

**SULL'OBBLIGO DI SPECIFICARE LE "PARTI DEL SERVIZIO"
CHE SARANNO ESEGUITE DAI SINGOLI OPERATORI
ECONOMICI RIUNITI IN R.T.I.**

Nota della dott.ssa C. Tosolini

[estratto da *Informator*, 1, 2010]



T.R.G.A. di Trento, 25 febbraio 2009, n. 59

La disposizione di cui all'art. 37, IV comma del D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 - norma imperativa che si applica anche in mancanza di una espressa previsione della lex specialis - per la quale l'offerta presentata da un raggruppamento temporaneo di imprese deve indicare le parti del servizio che saranno assunte da ciascun operatore economico, si deve considerare tale da assumere rilievo solo nel caso in cui il raggruppamento sia di tipo verticale, mentre l'obbligo di indicare le parti da eseguire da ciascuna impresa, nel caso di raggruppamento di tipo orizzontale, in cui non sussiste affatto lo scorporo delle singole prestazioni, è del tutto privo di ogni giuridico significato, essendo tutte le imprese responsabili in solido dell'intera prestazione.



Cons. Stato, Sez. IV, 2 novembre 2009, n. 6787

L'obbligo generale di specificazione delle parti del servizio da eseguire da ciascuna impresa, riunita in R.T.I. con altre imprese, si applica, in termini letterali, indistintamente ai raggruppamenti di tipo verticale o di tipo orizzontale, trattandosi, per la Stazione Appaltante, di un dato conoscitivo essenziale al fine di verificare il possesso, in capo a tutti i concorrenti, dei richiesti requisiti di idoneità (Cons. Stato, Sez. IV, 2 novembre 2009, n. 6787).

1. Le massime, sopra riportate, che sono state rese in relazione ad un medesimo giudizio, si riferiscono alla problematica questione dell'interpretazione dell'art. 37, quarto comma del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, concernente l'obbligo per i raggruppamenti di imprese, che intendano partecipare ad un appalto di servizi o di forniture, di indicare puntualmente le parti del servizio/fornitura che saranno assunte e svolte da ciascuna impresa riunita.

Come è noto, nel caso di appalti di forniture o di servizi, secondo quanto disposto dall'art. 37, IV comma, del Codice degli Appalti, i raggruppamenti di imprese, in sede di offerta, sono tenuti a specificare le parti del servizio o della fornitura che saranno assunte da ciascun operatore del raggruppamento. Ed è, altrettanto, noto, che tale disposizione di legge è, in sostanza, ripetitiva di quanto già previsto dall'art. 11, II co., D.lgs. 17 marzo 1995, n. 157 (per i servizi), nonché

dall'art. 10, II co., D.lgs. 24 luglio 1992, n. 358 (per le forniture) che, infatti, contenevano disposizioni del tutto analoghe a quella in esame.

2. Riguardo all'applicazione dell'obbligo di specificazione delle "parti" del servizio, il T.R.G.A. di Trento, con la sentenza richiamata, dopo aver ritenuto che l'art. 37, IV co., del D.lgs. n. 163/06, anche se non richiamato espressamente negli atti di gara, costituisce una norma imperativa che si integra direttamente nella *lex specialis* di gara¹, ha aderito all'orientamento giurisprudenziale, che sarà in prosieguo oggetto di esame, secondo il quale l'obbligo di specificazione delle parti del servizio che saranno oggetto di esecuzione da parte dei singoli operatori, sia riferibile soltanto ai raggruppamenti di tipo verticale.

Nel caso di specie, il Collegio aveva ritenuto che, in un raggruppamento di tipo orizzontale, *"la distribuzione del lavoro per ciascuna impresa non rileva all'esterno (...) perché, non essendovi lo scorporo delle singole parti della prestazione da eseguire, resta privo di ogni giuridico significato l'obbligo di indicare le parti da eseguire da ciascuna impresa, essendo tutte responsabili in solido dell'intero (cfr., nello stesso senso: Cons. St., V, 26.11.2008, n. 5849; id., 24.4.2002, n. 2208; id., sez. VI, 4.1.2002, n. 35)"*².

In grado di appello, l'esito è stato profondamente riformato. Infatti, il Consiglio di Stato, aderendo ad altro orientamento, ha condiviso che l'art. 37, IV co., D.lgs. n. 163/06 vada interpretato nel senso che *"il raggruppamento temporaneo (quindi, sia di tipo verticale che di tipo orizzontale, come tali definiti al secondo comma) di imprese (o professionisti), che partecipi ad una gara per l'affidamento di un appalto di servizi, «ha l'obbligo di indicare nella sua offerta le parti del servizio che saranno eseguite» da ciascuna delle imprese (o associazioni professionali) facenti parte del raggruppamento, trattandosi per la stazione appaltante di dato conoscitivo essenziale al fine di verificare il possesso dei requisiti di idoneità"*³. In particolare, *"l'obbligo di specificazione ha conseguenze non solo sulla suddivisione interna delle attività, formalmente non rilevante all'esterno, ma anche sulla distribuzione delle quote di partecipazione"*.

¹ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 13 giugno 2008, n. 2969.

² Cfr. T.R.G.A. di Trento, 25 febbraio 2009, n. 59.

³ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 2 novembre 2009, n. 6787.

Pertanto, il Consiglio di Stato ha, in tal modo, correlato l'obbligo di specificazione delle parti del servizio all'esigenza di una preventiva verifica dei requisiti di qualificazione dei concorrenti, nonché all'esigenza di impedire che tale verifica possa essere vanificata od elusa tramite modificazioni soggettive, in corso di gara, delle imprese riunite nel raggruppamento.

3. Posto che entrambe le pronunzie ruotano intorno all'istituto dei raggruppamenti di imprese – che, come si sa, rappresentano uno strumento di cooperazione fra imprese di natura occasionale e temporanea, al fine precipuo di consentire ad una molteplicità di operatori, che sarebbero privi dei requisiti per partecipare singolarmente, di presentare un'offerta unitaria in gare di appalto – sia consentito ricordare che i raggruppamenti di imprese di tipo orizzontale sono quelli nei quali tutte le imprese, che sono munite della stessa specializzazione, eseguono il medesimo tipo di prestazione, e sono responsabili, in solido, per l'intera prestazione, nei confronti della Stazione Appaltante, sebbene la prestazione sia suddivisa, tra le medesime, per quote. Mentre, i raggruppamenti di tipo verticale sono quelli nei quali le imprese che lo costituiscono sono in possesso di specializzazioni diversificate e, quindi, distribuiscono l'esecuzione della prestazione secondo le proprie specifiche competenze, ovvero l'impresa mandataria esegue le prestazioni di servizi indicate come principali, anche in termini economici, mentre le imprese mandanti quelle indicate come secondarie. Con la conseguenza che nei raggruppamenti cd. verticali solo l'impresa mandataria deve possedere requisiti di idoneità poziori rispetto ai mandanti, essendo responsabile dell'intera prestazione nei confronti della Stazione Appaltante, mentre le altre imprese mandanti, che hanno assunto le parti scorporate, lo sono esclusivamente con riguardo alla parte che ciascuna ha eseguito.

Il Legislatore ha chiaramente stabilito che *“per gli assuntori di lavori scorporabili e, nel caso di servizi e forniture, per gli assuntori di prestazioni secondarie, la responsabilità è limitata all'esecuzione delle prestazioni di rispettiva competenza, ferma restando la responsabilità solidale del mandatario”*⁴.

4. Ritornando al contrasto tra orientamenti che, sia consentito segnalare, sussisteva già sotto il vigore del previgente art. 11, II co., D.Lgs. n. 157/95 (ora art. 37, IV co., D.lgs. n. 163/06), secondo il primo orientamento interpretativo, che parte dal presupposto che l'art.

⁴ Art. 37, V co., D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

37, IV co., D.lgs. n. 163/06 non distingue tra i raggruppamenti di tipo verticale e i raggruppamenti di tipo orizzontale, si ritiene che deve escludersi che la disposizione in esame preveda un obbligo di specificare la ripartizione quantitativa di un “*unico*” servizio tra le imprese raggruppate, in quanto è prevista una mera indicazione delle “*parti*” della prestazione e non delle quote. Con la conseguenza che la suddetta disposizione appare applicabile solamente ai raggruppamenti di tipo “verticale”, in cui sussiste lo scorporo di singole parti del servizio, per le quali rispondono, in solido, l’impresa esecutrice e l’impresa mandataria. Da qui la ragione giustificativa dell’obbligo di specificazione dei diversi servizi destinati a essere svolti da ciascuna impresa singola e il convincimento che l’art. 37, IV, co., in esame, non sia applicabile nel caso di raggruppamenti di tipo “orizzontale”, posto che, in essi, tutti gli operatori economici sono tenuti ad eseguire la medesima prestazione per l’intero e, quindi, sono responsabili, in via solidale, della prestazione che è unica⁵.

In particolare, è stato affermato che “*in materia di appalti di servizi (...) «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.lg. n. 163 del 2006 non è estendibile agli appalti di servizi (per i quali, come è noto, il nostro 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’imprese» (così, testualmente, T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 27 febbraio 2009 n. 423). D’altronde, l’art. 37 comma 4, del decreto legislativo n. 163 del 2006 si limita a stabilire che le associazioni temporanee di imprese devono specificare le parti del servizio che saranno eseguite da ciascun singolo operatore, mentre il successivo art. 42 nulla dispone in merito al rapporto tra requisiti di capacità tecnica e quota di partecipazione all’associazione temporanea (cfr. in tal senso, più di*

⁵ cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 4 maggio 2009, n. 2783; id, Sez. V, 26 novembre 2008, n. 5849; id., Sez. V, 28 marzo 2007, n. 1440; id., Sez. VI, 30 maggio 2003, n. 2989; id., Sez. VI, 4 gennaio 2002, n. 35; Tar Calabria Reggio Calabria, Sez. I, 27 febbraio 2009, n. 113; Tar Lazio Roma, Sez. II, 9 ottobre 2009, n. 9861; nonché, cfr. Tar Lazio Roma, Sez. IIIbis, 22 maggio 2009, n. 5196; Tar Toscana Firenze, Sez. I, 28 febbraio 2008, n. 233; Tar Lazio, Roma, Sez. IIIter, 25 agosto 2006, n. 7524; Tar Bari, Sez. I, 26 luglio 2005, n. 3605; Tar Campania Napoli, Sez. I, 30 gennaio 2004, n. 1146; Tar Lazio, Sez. IIIbis, 30 dicembre 2003, n. 13636; cfr., altresì, parere dell’Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, dd. 26 febbraio 2009, n. 28.

*recente, T.A.R. Lazio, Sez. III, 22 maggio 2009 n. 5196 ed ancora T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 7 maggio 2008 n. 1092). (...) Analoga esigenza non s'avverte in ipotesi di affidamento di appalti di servizi ovvero di forniture, dovendo le ditte riunite in raggruppamento dimostrare, ai fini della partecipazione e dell'ammissione delle domande, il possesso dei requisiti indicati nel bando (...) e ciò sotto il profilo della sussistenza di quegli elementi idonei a fotografare la disponibilità tecnica e finanziaria delle partecipanti al raggruppamento (soprattutto se questo sia del tipo "orizzontale") e corrispondenti al tipo di servizio o di fornitura da eseguirsi. Il comma 4 dell'art. 37 non fa riferimento ad alcuna corrispondenza tra quota di partecipazione al raggruppamento, dovendosi soltanto specificare nella domanda da parte del raggruppamento le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati"*⁶.

Come si rileva, secondo tale orientamento non sussiste, infatti, una correlazione logica tra il possesso dei requisiti e la misura della partecipazione individuale all'esecuzione del contratto, mentre la verifica della sussistenza dei requisiti di capacità tecnica ed economico-finanziaria avviene nella sede più appropriata, che è rappresentata dalla specificazione dei requisiti nella domanda di partecipazione alla procedura di evidenza pubblica. Inoltre, considerato che nel caso di appalti di servizi – a differenza degli affidamenti di lavori pubblici in cui vige un rigido sistema di qualificazione delle imprese esecutrici – non vi è una norma che imponga l'assoluta simmetria tra requisiti dichiarati, parti dell'appalto e quote del raggruppamento, si è pure chiaramente suggerito che *“solo una clausola inequivoca della lex specialis di gara potrebbe legittimamente estendere agli appalti di servizi il su richiamato principio di corrispondenza tra requisiti soggettivi e quote di partecipazione”*⁷.

5. Venendo ora al secondo orientamento giurisprudenziale, si è affermato che in forza del carattere imperativo dell'art. 37, IV co., D.lgs. n. 163/06 le imprese di qualsiasi raggruppamento sarebbero tenute ad indicare le parti del servizio, oggetto di esecuzione da parte di ciascuna singola impresa, senza alcuna differenziazione tra raggruppamenti di tipo verticale o di tipo orizzontale e indipendentemente da specifiche previsioni della *lex specialis* di gara.

⁶ Cfr. Tar Lazio Roma, Sez. II, 9 ottobre 2009, n. 9861; nonché, cfr. Tar Lazio Roma, Sez. IIIbis, 22 maggio 2009, n. 5196.

⁷ Cfr. Tar Lazio Roma, Sez. IIIbis, 22 maggio 2009, n. 5196.

E ciò perché la *ratio legis* è quella di impedire aggiramenti fraudolenti e pretestuosi dei requisiti di partecipazione alla gara da parte di operatori economici che, in via individuale, ne sarebbero privi⁸.

In particolare, è stato illustrato che *“la ratio (...) consiste nell'intento di assicurare alle Amministrazioni aggiudicatrici la conoscenza preventiva del soggetto che in concreto eseguirà il servizio non solo per consentire una maggiore speditezza nella fase di esecuzione del contratto, essendo individuato il responsabile della prestazione delle singole parti dell'appalto, ma anche, trattandosi di un regime di gara al quale non si applica il rigoroso sistema di qualificazione previsto per l'affidamento dei lavori pubblici, per effettuare la previa verifica sulla competenza tecnica dell'esecutore sia in relazione alla documentazione di gara che in esito ad attività istruttorie del responsabile del procedimento (v. la decisione della Sezione 5 marzo 2003, n. 1213), nonché di assolvere alla funzione di rendere, nei confronti dell'amministrazione, parziaria l'obbligazione del raggruppamento appaltante per le prestazioni che ciascuna delle imprese è tenuta a svolgere e non solidale, come l'obbligazione sarebbe in mancanza della specificazione (v. la decisione della Sezione 14 gennaio 2009 n. 98)”*, nonché di *“evitare che le imprese si avvalgano del raggruppamento, non per unire le rispettive disponibilità tecniche e finanziarie, ma per aggirare le norme d'ammissione stabilite dal bando di gara e consentire così la partecipazione di imprese non qualificate, con effetti negativi sull'interesse pubblico che il servizio è destinato a soddisfare e che non sempre è ristorabile mercè la garanzia patrimoniale derivante dalla responsabilità solidale delle imprese riunite (V. le decisioni della Sezione V, 19 febbraio 2003, n. 917 e 19 gennaio 1998, n. 84)”*⁹.

6. Per il vero, il secondo orientamento interpretativo, che si ispira ad un eccessivo rigore, non appare del tutto convincente.

In primo luogo, non sembra perfettamente in linea con la lettera della disposizione di cui all'art. 37, IV co., D.lgs. n. 163/06, posto che la stessa non impone l'obbligo di specificazione di quote, bensì solo di parti del servizio/fornitura da eseguire. Ciò mentre, nei raggruppamenti orizzontali, sarebbero precisate solo quote percentuali.

⁸ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 28 agosto 2009, n. 5098; id., Sez. V, 14 gennaio 2009, n. 98; id., Sez. V, 28 settembre 2007, n. 5005; id., Sez. VI, 19 febbraio 2003, n. 917; id., 3 luglio 2002, n. 3636; C.g.c.a., 12 aprile 2007, n. 247; Tar Lazio Roma, Sez. III, 4 dicembre 2008, n. 11006; Tar Sicilia Catania, Sez. III, 8 luglio 2008, n. 1320.

⁹ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 28 agosto 2009, n. 5098.

Cosicché, un siffatto obbligo (di precisare le quote) potrebbe ritenersi sussistente solo se appositamente introdotto da un'espressa previsione della *lex specialis* di gara.

Non sembrano suffragare detto orientamento gli argomenti pure illustrati nelle numerose decisioni, e cioè quelli secondo i quali l'imposizione dell'obbligo sarebbe congruente alla finalità di evitare che alcune imprese, unendosi in raggruppamento, aggirassero le prescrizioni della *lex specialis* in tema di requisiti di partecipazione, ovvero per conseguire la finalità di "isolare" la responsabilità delle imprese alla "quota" di prestazione da eseguire.

Non convince il secondo argomento a fronte della responsabilità solidale tra le imprese, che contrassegna i raggruppamenti di tipo orizzontale.

Non convince nemmeno il primo argomento poiché, posto che non esiste l'obbligo di corrispondenza tra la quota di requisiti e la quota percentuale di prestazione da eseguire, non si comprende come l'obbligo per le imprese partecipanti all'A.T.I. di indicare la quota percentuale possa contribuire a garantire la Stazione Appaltante circa la sussistenza dei requisiti in capo alle imprese partecipanti. Tra l'altro, questa argomentazione, che pure affiora nelle pronunzie esaminate, non convince perché, in difetto di una disciplina legislativa negli appalti di servizi e di forniture che imponga la quota minima di requisiti in capo alle imprese mandanti, si sa che è solo il bando di gara che può introdurre una prescrizione in tal senso; una prescrizione che deve pure tener conto del peculiare e condivisibile orientamento dell'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato che ha evidenziato la necessità di impedire la partecipazione di imprese in raggruppamento con altre imprese, qualora le medesime siano già in possesso dei requisiti per svolgere, singolarmente, l'intera prestazione¹⁰. Ma se è così, parimenti dovrà essere il bando di gara a

¹⁰ A.G.C.M., segnalazione As n. 251, dd. 30 gennaio 2003 (bollettino n. 5/2003): *"Allo scopo di garantire la partecipazione alla gara del più ampio numero di imprese possibile, l'Autorità auspica, inoltre, un corretto utilizzo di strumenti associativi quali il raggruppamento temporaneo d'impresa (RTI). In proposito, l'Autorità intende ribadire che il RTI, proprio in quanto strumento di collaborazione tra le imprese, può facilmente prestarsi ad un uso restrittivo della concorrenza, attuale o potenziale, tra le imprese stesse, esito certamente non desiderato dall'amministrazione appaltante, né tanto meno voluto dal legislatore comunitario e nazionale, stante la valenza di principio fondamentale che la tutela della concorrenza ha sia nel Trattato CE, sia nella nostra Costituzione (Cfr. artt. 3 e 4, Trattato CE, artt. 41 e 117, Costituzione e art.1, comma 1, legge n. 287/90, nonché, da ultimo, Consiglio di Stato, Sez. VI, 1 ottobre 2002, n. 5156; VI, 16*

prescrivere, alle imprese partecipanti al raggruppamento, l'obbligo di indicare le quote percentuali di esecuzione, che, eventualmente, potranno essere, sempre per espressa indicazione della *lex specialis*, coerenti con la misura del requisito posseduto.

Ad avviso di chi scrive, appare più convincente il primo orientamento giurisprudenziale, di cui è espressione la sentenza del T.R.G.A. annotata, poiché in linea con il dettato normativo e maggiormente rispettosa degli spazi di discrezionalità, lasciati dalla disciplina

ottobre 2002, n. 5640). Si osserva al riguardo che, secondo la consolidata giurisprudenza amministrativa e civile relativa al RTI (Cfr.: Consiglio di Stato, Sez. VI, 22 marzo 2001 n. 1682; Consiglio di Stato, Sez. V, 15 giugno 2001, n. 3188; Consiglio di Stato, Sez. V, 18 ottobre 2001, n. 5517; Consiglio di Stato, Sez. V, 30 aprile 2002 n. 2294; Consiglio di Stato, 30 gennaio 2001, n. 2641; Corte di Cassazione, I, 2 marzo 1996, n. 1650), la ratio fondamentale dell'istituto è da individuarsi nella sua capacità di ampliare il novero dei partecipanti, abbattendo le barriere costituite dai requisiti dimensionali e tecnico-finanziari di volta in volta fissati dalle stazioni appaltanti. Questa ratio esalta le potenzialità del RTI quale strumento idoneo ad accentuare il confronto concorrenziale in gara, consentendo alla Pubblica Amministrazione di selezionare l'offerta migliore, in termini economici e tecnici, tra quelle presentate da una platea più ampia di imprese. Tenuto conto, pertanto, della ratio anti-monopolistica e pro-concorrenziale del RTI, volta ad ampliare il novero degli offerenti ed accentuare, per tale via, il confronto concorrenziale in sede di gara, appare legittimo che le stazioni appaltanti, e nella fattispecie CONSIP, pur nel silenzio della legge, limitino la possibilità di associarsi in RTI da parte di due o più imprese che singolarmente sarebbero in grado di soddisfare i requisiti finanziari e tecnici per poter partecipare alla gara. D'altra parte, l'imposizione di limiti al ricorso all'istituto del RTI è conforme alla stessa ragion d'essere della gara, che è quella di garantire che la fornitura pubblica abbia luogo alle condizioni che emergono come risultato di un confronto concorrenziale tra una pluralità di fornitori alternativi.

Solo in presenza di esigenze eccezionali dell'amministrazione - che andrebbero debitamente motivate nel bando, in modo da esplicitare le ragioni per cui, nella specie, il raggruppamento delle imprese singolarmente idonee a prendere parte alla gara può avere di per sé una valenza per così dire "virtuosa" – potrebbe ammettersi, in via del tutto straordinaria, il raggruppamento anche tra imprese che singolarmente possiedono i requisiti richiesti dal bando (Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 8 aprile 2000, n. 2056, e TAR del Veneto 16 marzo 2002, n. 1097. In entrambe le pronunce, l'utilizzo dell'istituto da parte di imprese singolarmente idonee a partecipare alla gara è ammesso con riferimento ad ipotesi particolari: si tratta di forniture consistenti in servizi di tesoreria di pertinenza di enti pubblici locali, in cui l'aggregazione delle imprese è strettamente funzionale al soddisfacimento dell'interesse specifico della Pubblica Amministrazione alla capillarità del servizio di tesoreria. Nella sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 8 aprile 2000, n. 2056, in particolare, si legge: "... l'Amministrazione ha consentito e favorito la costituzione di raggruppamenti proprio allo scopo di ottenere offerte meglio rispondenti all'interesse pubblico alla capillarità del servizio"). Al di fuori di queste ipotesi, tale previsione del RTI sarebbe contraria alla ratio dell'istituto".

vigente, all'iniziativa della Stazione Appaltante nel redigere la *lex specialis* di gara.