

Il principio della modificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche deve essere sempre temperato con la necessità che l'amministrazione appaltante verifichi il possesso dei requisiti da parte dei soggetti partecipanti

di Marco Lesto

Data di pubblicazione: 16-7-2016

1. Nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati, ciò al fine "di consentire alla stazione appaltante l'accertamento dell'impegno e dell'idoneità delle imprese, indicate quali esecutrici delle prestazioni in caso di aggiudicazione, a svolgere effettivamente le "parti" di servizio indicate.

2. Non è ammesso che all'interno di un raggruppamento di imprese si proceda ad una redistribuzione delle prestazioni oggetto del contratto laddove ciò comporti l'assegnazione ad una o più imprese di attività rispetto alle quali non è stato verificato il possesso dei necessari requisiti.

GUIDA ALLA LETTURA

Nella sentenza in commento la seconda sezione del Tar Puglia – Lecce affronta il tema relativo alla portata applicativa del principio della **tendenziale immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche**.

Oggetto del giudizio è, in particolare, il provvedimento con cui una stazione appaltante ha negato ad un'associazione di imprese, aggiudicataria di un appalto di servizi, la possibilità di modificare il riparto delle prestazioni originariamente concordato fra i partecipanti al raggruppamento e indicato in sede di gara.

È accaduto che il suddetto RTI ha dichiarato, nella domanda di partecipazione, di voler costituire un **raggruppamento temporaneo di tipo verticale**, precisando che, in caso di aggiudicazione, le prestazioni oggetto dell'appalto sarebbero state eseguite secondo una specifica ripartizione dei compiti, fondata sull'assegnazione, a ciascuna associata, di attività di diversa natura e contenuto.

Nelle more della stipula del contratto le imprese riunite hanno, tuttavia, chiesto di essere autorizzate all'esecuzione delle prestazioni oggetto di gara secondo un sistema di riparto diverso da quello originariamente concordato e indicato, incentrato su un sostanziale concorso di ciascuna associata alla parziale esecuzione di tutte le attività componenti il servizio, in conformità allo schema tipico dell'**associazione di tipo orizzontale**.

L'autorizzazione è stata negata sul duplice rilievo che il nuovo modello di organizzazione del servizio proposto avrebbe determinato una **violazione dei principi contenuti nell'art. 37, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006**, che prevede l'obbligo di indicare sin dal momento della presentazione dell'offerta, "*le parti*" di servizio imputate a ciascun operatore raggruppato, e una **variazione della struttura della costituenda ATI rispetto a quella dichiarata in sede di gara** (che prevedeva un'associazione di tipo verticale), in tal modo contravvenendosi al richiamato **principio di tendenziale immutabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche**.

A tal ultimo riguardo va rilevato che il capo II del D.lgs. 163/06 stabilisce che la scelta del contraente nelle procedure di gara non ha per oggetto esclusivamente l'offerta ma anche i requisiti oggettivi e soggettivi del contraente, attribuendo così alla procedura il carattere di **strumento di scelta non solo dell'offerta migliore ma anche del contraente più affidabile**.

Identico principio è stabilito per i raggruppamenti di imprese, dalla fase di presentazione delle offerte fino all'aggiudicazione definitiva. Il comma 9 dell'art. 37 del richiamato decreto legislativo 163/06 (con una formula che viene specularmente riprodotta nell'art. 49, comma 9, del nuovo Codice) prevede, in particolare, il **divieto di modificazioni soggettive dopo la presentazione dell'offerta**: "*(...) è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari dei concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta*".

Il divieto in parola riguarda **l'arco intero della procedura di evidenza pubblica**[\[1\]](#), mentre le eccezioni previste dai commi 18 e 19 dell'art. 37[\[2\]](#), concernenti il fallimento del mandante e del mandatario, la morte, l'interdizione o inabilitazione dell'imprenditore individuale, nonché le ipotesi previste dalla normativa antimafia, si riferiscono a evenienze relative alla successiva fase dell'esecuzione del contratto[\[3\]](#), nella quale **prevale evidentemente l'interesse pubblico alla realizzazione delle opere e dei servizi**[\[4\]](#).

Durante la fase di gara, **la sostituzione di un'impresa partecipante incide sulla trasparenza delle operazioni e sulla par condicio dei partecipanti**. Per tali ragioni la mancanza o la perdita dei requisiti di gara in questa fase costituisce causa di esclusione e non semplice motivo di sanatoria.

Più nello specifico, il divieto di modificazione della composizione soggettiva dei raggruppamenti temporanei è volto a garantire l'amministrazione appaltante in ordine alla verifica dei requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economica, nonché alla legittimazione delle imprese che hanno partecipato alla gara, oltre che a presidiare la complessiva serietà delle imprese medesime, onde assicurare l'affidabilità del futuro

contraente dell'amministrazione.

Ne deriva che, una volta che un raggruppamento temporaneo di imprese abbia partecipato a una gara, non è possibile alcuna modifica, tanto meno soggettiva, in ordine alla composizione del raggruppamento stesso ed a quanto dichiarato nella fase di "qualificazione" con l'*impegno presentato in sede di offerta*, di cui parla il comma 9 dell'art. 37[5], pena il verificarsi delle conseguenze disciplinate dall'art. 37, co. 10, d.lgs. n. 163/2006, ossia, a seconda dei casi, l'esclusione dalla procedura, l'annullamento dell'aggiudicazione e la nullità del contratto eventualmente stipulato[6].

Tali principi si estendono finanche all'impresa ausiliaria, in quanto il contratto di avvalimento costituisce elemento che integra i requisiti di partecipazione alla gara, talvolta addirittura permettendo ad un soggetto privo dei requisiti di partecipare ad una gara alla quale altrimenti non avrebbe diritto di partecipare[7].

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato[8] ha, tuttavia, ritenuto **superato il principio di assoluta immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche**, sul punto richiamando quella giurisprudenza per la quale *"il divieto di modificazione soggettiva non ha l'obiettivo di precludere sempre e comunque il recesso dal raggruppamento in costanza di procedura di gara. Il rigore di detta disposizione va, infatti, temperato in ragione dello scopo che persegue, che è quello di consentire alla stazione appaltante, in primo luogo, di verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara e, correlativamente, di precludere modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli, e dunque, in grado di impedire le suddette verifiche preliminari. Tale essendo, dunque, la funzione di detta disposizione è evidente come le uniche modifiche soggettive elusive del dettato legislativo siano quelle che portano all'aggiunta o alla sostituzione delle imprese partecipanti e non anche quelle che conducono al recesso di una delle imprese del raggruppamento, in tal caso, infatti, le esigenze succitate non risultano affatto frustrate poiché l'amministrazione, al momento del mutamento soggettivo, ha già provveduto a verificare i requisiti di capacità e di moralità dell'impresa o delle imprese che restano, sicché i rischi che il divieto mira ad impedire non possono verificarsi."*[9]

Il suddetto principio è strettamente connesso, abbiamo visto, al precetto di cui al comma 4 del citato art. 37, secondo cui *"nel caso di forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati."*[10]

L'obbligo di specificazione delle quote di esecuzione di un appalto è espressione di un principio generale, che non consente distinzioni legate alla natura morfologica del raggruppamento (verticale o orizzontale) - non distinguendo il dettato normativo tra associazioni di tipo orizzontale e associazioni di tipo verticale - alla tipologia delle prestazioni (principali o secondarie, scorporabili o unitarie) o al dato cronologico del momento della costituzione dell'associazione (costituita o costituenda)[11]; esso è innanzitutto strumentale alle esigenze, di cui è portatrice l'amministrazione aggiudicatrice, di **conoscere nella fase prodromica all'affidamento del contratto il possesso dei necessari requisiti di qualificazione da parte di tutte le imprese facenti parte del raggruppamento temporaneo, con particolare riferimento alla parte di contratto assunta da ciascuna**

associata^[12].

Analoga strumentalità di tale obbligo è ravvisabile rispetto alle ulteriori esigenze della stazione appaltante di **apprendere prima della stipula del contratto chi materialmente eseguirà le varie prestazioni di cui quest'ultimo si compone e, pertanto, a chi ed in che misura potrà eventualmente essere addossata la relativa responsabilità per il caso di inadempimento**, indipendentemente dalla forma associativa prescelta dal raggruppamento di imprese (verticale, orizzontale o mista)^[13].

Applicando le esposte coordinate ermeneutiche al caso di specie, la II sezione del Tar Lecce ha respinto il ricorso sul principale rilievo che **il principio della modificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche deve essere sempre temperato con la necessità che l'amministrazione appaltante verifichi il possesso dei requisiti da parte dei soggetti partecipanti**.

In sostanza, il soggetto che intende espletare i servizi già appartenenti ad altro soggetto, deve essere stato sottoposto a verifica dall'amministrazione, e quindi i suoi requisiti di partecipazione devono essere stati valutati, all'atto della partecipazione alla gara e quindi prima dell'aggiudicazione. Un'interpretazione diversa sarebbe in netto contrasto con il più volte richiamato art. 37, comma 4, del D.lgs. 163/2006. Infatti, **l'ammettere la modificazione richiesta dalla ricorrente comporterebbe l'ammissione di un'impresa che non ha dimostrato il possesso dei requisiti; requisiti che, proprio in quanto mai stati dichiarati e comprovati, non sono stati oggetto di valutazione da parte dell'amministrazione**.

Nel caso in esame, la società ricorrente, all'atto della partecipazione alla gara, ha dichiarato che avrebbe svolto determinate prestazioni, con la conseguenza che la verifica sul possesso dei requisiti effettuata dalla stazione appaltante prima dell'aggiudicazione si è concentrata solo ed esclusivamente sulle attività dichiarate. Nessuna verifica è stata effettuata in ordine al possesso dei requisiti inerenti il servizio per cui la ricorrente ha chiesto, successivamente all'aggiudicazione, la possibilità di svolgerlo.

In conclusione, l'ammettere la modificazione richiesta dalla ricorrente comporterebbe l'ammissione di un'impresa che non ha dimostrato il possesso dei requisiti; requisiti che, proprio in quanto mai stati dichiarati e comprovati, non sono stati oggetto di valutazione da parte dell'amministrazione.

^[1] Cfr. Consiglio di Stato sez. IV, sentenza n. 3344 del 03.07.2014.

^[2] I commi 18 e 19 così statuiscano: "18. In caso di fallimento del mandatario ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o

fallimento del medesimo ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante può recedere dall'appalto. 19. In caso di fallimento di uno dei mandanti ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire”.

[3] *Cfr. Consiglio di Stato sezione V, sentenza n. 4350 del 29.07.2003, secondo cui ogni eccezione al principio di immodificabilità dell'offerta e della composizione dei partecipanti dopo l'offerta non può che essere applicata restrittivamente alle sole ipotesi espressamente disciplinate dal legislatore, tra le quali non rientra il caso del fallimento della mandataria di una ATI intervenuto in corso di gara.*

[4] *Cfr. Adunanza Plenaria Consiglio di Stato, sentenza n. 2155 del 15.04.2010.*

[5] *Cfr. Consiglio di Stato sez. IV, sentenza n. 3344 del 03.07.2014 – cit..*

[6] *Cfr. Consiglio di Stato sez. IV, sentenza n. 6446 del 14.12.2012.*

[7] *Cfr. Tar Lombardia – Milano sez. III, sentenza n. 3212 del 29.12.2014.*

- [\[8\]](#) *Cfr. Adunanza Plenaria Consiglio di Stato, sentenza n. 8 del 04.15.2012.*
- [\[9\]](#) *Cfr. Consiglio di Stato sez. VI, sentenza n. 2964 del 13.05.2009.*
- [\[10\]](#) *Il principio riprodotto anche nel nuovo codice (d.lgs. 50/2016) all'art. 48, comma 4.*
- [\[11\]](#) *Cfr., ex plurimis, Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, sentenze n. 22 del 13.06.2012 e n. 26 del 05.07.2012; Consiglio di Stato, sentenza n. 3317 del 02.07.2014.*
- [\[12\]](#) *Cfr. Consiglio di Stato sez. V, sentenza n. 3769 del 01.08.2015.*
- [\[13\]](#) *Cfr. Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, sentenze n. 22 del 13.06.2012 – cit.*

- omissis -

sul ricorso numero di registro generale 464 del 2016, proposto da:

Service Facility Logistics Soc Coop, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Saverio Sticchi Damiani C.F. STCSVR75E11D862Q, con domicilio eletto presso il suo studio in Lecce, Via 95 Rgt Fanteria, 9;

contro

Azienda Pubblica di Servizi alla Persona Ispe Istituto per i Servizi alla Persona per l'Europa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Gabriella De Giorgi Cezzi C.F. DGRGRL55C43F221O, con domicilio eletto presso il suo studio in Lecce, Via G. Paladini N. 50;

per l'annullamento

della nota prot. n. 0000141 del 28.1.2016, con la quale l'Azienda Pubblica di Servizi alla Persona "ISPE - Istituto per i Servizi alla Persona per l'Europa" ha dichiarato "inaccoglibile" l'istanza di variazione delle parti del servizio che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti nel RTI, di cui fa parte la ricorrente, risultato aggiudicatario del lotto n. 4 della procedura aperta "per l'appalto dei servizi socio sanitari, assistenziali, pulizia, lavanderia e ausiliari da erogarsi presso le strutture gestite dall'ASP - ISPE";

di ogni atto connesso, presupposto e/o consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Pubblica di Servizi alla Persona Ispe Istituto per i Servizi alla Persona per L'Europa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 giugno 2016 la dott.ssa Claudia Lattanzi e uditi l'avv. A. Savino, in sostituzione dell'avv. prof. S. Sticchi Damiani, per la ricorrente, e l'avv. prof. G. De Giorgi Cezzi per la P.A.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente, Service Facility Logistics Soc. Coop., unitamente ad Auxilium Società Cooperativa Sociale e Adapta Spa, con le quali in sede di domanda ha dichiarato di costituire un raggruppamento temporaneo di tipo verticale, si è aggiudicata *“l'appalto dei servizi socio sanitari – assistenziali, pulizia, lavanderia e ausiliari da erogarsi presso le strutture gestite dall'Asp <<ISPE>>”* in relazione ai lotti 1, 2, 3 e 4, a seguito di gara indetta dall'Azienda Pubblica di Servizi alla Persona, I.S.P.E. – Istituto per i Servizi alla Persona per l'Europa.

Le imprese raggruppate, al momento della partecipazione, hanno precisato che in caso di aggiudicazione avrebbero eseguito le prestazioni oggetto dell'appalto secondo la seguente ripartizione *“Auxilium Società Cooperativa Sociale (capogruppo-mandataria) svolgerà il servizio di assistenza infermieristica e di assistenza alla persona; Service Facility Logistics Soc. Cop. (mandante) svolgerà il servizio di pulizia, sanificazione, ausiliario; Società Adapta Spa (mandante) svolgerà il servizio di lavanderia”*.

Nelle more della stipula del contratto le imprese riunite nel RTI Auxilium hanno chiesto all'ISPE di voler autorizzare *“l'esecuzione delle prestazioni principali oggetto di gara, anziché in via esclusiva da parte dell'impresa capogruppo Auxilium, in via congiunta da parte di quest'ultima e dell'impresa mandante SFL”* secondo la seguente ripartizione dei servizi *“Auxilium Società Cooperativa Sociale (capogruppo-mandataria) svolgerà il servizio di assistenza infermieristica e di assistenza alla persona nella misura del 48,22 per un importo pari € 805.137,17 oltre iva; Service Facility Logistics Soc. Cop. (mandante) svolgerà il servizio di assistenza infermieristica e di assistenza alla persona e i servizi di pulizia, sanificazione, ausiliario nella misura del 48,07% pari a € 802.602,00 oltre iva; Società Adapta Spa (mandante) svolgerà il servizio di lavanderia per una percentuale del 3,71% pari a € 62,050,00 oltre iva”*.

Per effetto di tale nuova ripartizione il RTI Auxilium sarebbe diventata un raggruppamento di tipo misto.

L'ISPE, con la nota del 28 gennaio 2016, ha ritenuto l'istanza *“<<inaccoglibile alla luce dei principi contenuti nell'art. 37 del D.Lgs. n. 163/2006, che, tra l'altro, prevede l'obbligo di indicare sin dal momento della presentazione dell'offerta, “le parti” di servizio imputate a ciascun operatore raggruppato, al fine “di consentire alla Stazione Appaltante l'accertamento dell'impegno e dell'idoneità delle imprese, indicate quali esecutrici delle prestazioni di servizio in caso di aggiudicazione, a svolgere effettivamente le “parti” di servizio indicate ...” (Cfr. C.d.S. Ad. Plen. Sent., 13.06.2012, n. 22). Peraltro, la richiesta prevede una variazione della struttura della costituenda ATI rispetto a quella dichiarata in sede di gara, che prevedeva un'associazione di tipo verticale. Ogni diversa determinazione di questa Stazione Appaltante comporterebbe una violazione dei principi di trasparenza ed affidabilità che caratterizzano le procedure di gara>>”*.

Avverso questo provvedimento è stato proposto il presente ricorso per i seguenti motivi: violazione, falsa ed erronea interpretazione e applicazione dell'art. 37 d.lgs. 163/2006; violazione del principio di libertà delle forme associative; violazione dell'art. 4 direttiva 2004/18/CE alla luce degli artt. 19 e 63 della direttiva 2014/24/UE, eccesso di potere per difetto di motivazione e illogicità manifesta.

Sostiene la ricorrente: che l'art. 37 consente di apportare variazioni alle parti di servizio imputate a ciascun componente del raggruppamento e alla struttura di questo ultimo; che l'Ad. PI. 8/2012, in relazione al divieto di modificare la composizione soggettiva dei RTI come risultante dall'offerta, ha ritenuto la modificazione del RTI nell'ipotesi di recesso di una delle imprese raggruppate a condizione che le restanti imprese siano in possesso della qualificazione richiesta; che tale fattispecie è assimilabile a quella di cui è causa; che nel caso in esame non vi è una modifica della composizione soggettiva del RTI; che l'Ad. PI. 22/2012 non ha affrontato la questione sulla legittimità di variazioni delle parti di servizio affidate alle imprese; che per i lavori l'art. 92, comma 2, d.P.R. 207/2010 ha positivizzato la possibilità di variare le prestazioni assegnate a ciascuna impresa raggruppata rispetto a quanto indicato nell'offerta; che, qualora vi fosse nell'ordinamento un principio ostativo alla modificazione delle parti del servizio questo sarebbe in contrasto con il diritto comunitario.

L'ISPE, con controricorso del 14 marzo 2016, ha eccepito l'inammissibilità del ricorso in quanto la ricorrente non ha impugnato la successiva nota del 26 febbraio 2016 con la quale è stata rigettata un'ulteriore istanza e perché la ricorrente non ha impugnato la lex specialis nella parte in cui impone, a pena di esclusione, di dimostrare in sede di gara il possesso dei requisiti di partecipazione.

Nel merito ha rilevato: che la lex di gara impone ai concorrenti di dimostrare in sede di gara a pena di esclusione il possesso dei requisiti minimi di partecipazione e per i raggruppamenti è imposto di far conoscere le parti di servizio che saranno eseguite da ciascuno; che la ricorrente non ha dimostrato di possedere i requisiti in relazione al servizio di assistenza alla persona ma solo per il servizio di pulizia, sanificazione e ausiliariato; che non si può invocare il soccorso istruttorio; che la proposta dell'ATI è diretta a una modifica del raggruppamento di tipo oggettivo; che si applicano i principi stabiliti dall'Ad. PI. 22/2012 e 26/2012, per le quali è necessario rendere nota la suddivisione dei singoli servizi secondari; che la giurisprudenza ha negato la possibilità di trasformare un'ATI da raggruppamento orizzontale a verticale; che al di fuori delle ipotesi normativamente previste non è ammissibile alcuna modifica della composizione del raggruppamento affidatario; che l'art. 92 richiamato dalla ricorrente si riferisce espressamente agli appalti di lavori, che il divieto di modificare ex post un'offerta presentata in sede di gara è un principio fondamentale dell'ordinamento giuridico anche dell'Unione Europea così come risulta dalla stessa direttiva 24/2014.

Con ordinanza n. 145/2016 è stata respinta la richiesta misura cautelare.

Le parti hanno depositato ulteriori memorie.

Alla pubblica udienza del 15 giugno 2016 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Stante l'infondatezza del ricorso è possibile prescindere dall'esame delle eccezioni preliminari.

La questione oggetto del presente ricorso deve prendere le mosse dalla sentenza

dell'Adunanza Plenaria n. 8/2012.

In particolare, la sentenza citata, nel ritenere superato il principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche, ha richiamato la giurisprudenza per la quale *“il divieto di modificazione soggettiva non ha l'obiettivo di precludere sempre e comunque il recesso dal raggruppamento in costanza di procedura di gara. Il rigore di detta disposizione va, infatti, temperato in ragione dello scopo che persegue, che è quello di consentire alla stazione appaltante, in primo luogo, di verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara e, correlativamente, di precludere modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli, e dunque, in grado di impedire le suddette verifiche preliminari. Tale essendo, dunque, la funzione di detta disposizione è evidente come le uniche modifiche soggettive elusive del dettato legislativo siano quelle che portano all'aggiunta o alla sostituzione delle imprese partecipanti e non anche quelle che conducono al recesso di una delle imprese del raggruppamento, in tal caso, infatti, le esigenze succitate non risultano affatto frustrate poiché l'amministrazione, al momento del mutamento soggettivo, ha già provveduto a verificare i requisiti di capacità e di moralità dell'impresa o delle imprese che restano, sicché i rischi che il divieto mira ad impedire non possono verificarsi [Cons. St., sez. VI, 13 maggio 2009, n. 2964]”*.

La sentenza suddetta va letta anche alla luce dei principi affermati sempre dall'Adunanza plenaria nelle sentenze 13 giugno 2012, n. 22 e 5 luglio 2012, n. 26.

Nelle citate pronunce si è affermato che nelle procedure aventi per oggetto l'affidamento di servizi l'obbligo di provvedere alla specificazione delle parti del servizio da eseguire ad opera delle singole imprese raggruppate o consorziate, sancito dall'art. 37, comma 4, codice contratti pubblici, è espressione di un principio generale, che non consente distinzioni legate alla natura morfologica del raggruppamento (verticale o orizzontale) - non distinguendo il dettato normativo tra associazioni di tipo orizzontale e associazioni di tipo verticale - alla tipologia delle prestazioni (principali o secondarie, scorporabili o unitarie) o al dato cronologico del momento della costituzione dell'associazione (costituita o costituenda) (cfr. anche Cons. St., sez. V, 2 luglio 2014, n. 3317).

L'obbligo di specificazione delle quote di esecuzione derivante dalla citata disposizione del codice appalti, è innanzitutto strumentale alle esigenze di cui è portatrice l'amministrazione aggiudicatrice di conoscere nella fase prodromica all'affidamento del contratto il possesso dei necessari requisiti di qualificazione da parte di tutte le imprese facenti parte del raggruppamento temporaneo. Analoga strumentalità di tale obbligo è ravvisabile rispetto alle ulteriori esigenze della stazione appaltante di apprendere prima della stipula del contratto chi materialmente eseguirà le varie prestazioni di cui questo ultimo si compone e, pertanto, a chi ed in che misura potrà eventualmente essere addossata la relativa responsabilità per il caso di inadempimento.

È stato poi precisato che *“Deve a questo riguardo ancora evidenziarsi che la distinzione tra raggruppamenti orizzontali e verticali si basa, secondo quanto statuito dall'Adunanza plenaria nella citata sentenza 13 giugno 2012, n. 22 (in senso conforme: Sez. V, 21 dicembre 2012, n. 6614), sul contenuto delle competenze portate da ciascuna impresa raggruppata ai fini della*

qualificazione ad una determinata gara: il raggruppamento orizzontale è caratterizzato dal fatto che le imprese associate (o associande) sono portatrici delle medesime competenze per l'esecuzione delle prestazioni costituenti l'oggetto dell'appalto, mentre nel raggruppamento verticale l'impresa mandataria apporta le competenze necessarie ad eseguire la prestazione prevalente o principale. Conseguentemente, sul piano del regime delle responsabilità, nei raggruppamenti orizzontali ciascuna delle imprese riunite è responsabile solidalmente nei confronti della stazione appaltante, mentre nei raggruppamenti verticali le mandanti rispondono ciascuna per le prestazioni assunte e la mandataria risponde in via solidale con ciascuna delle imprese mandanti in relazione alle rispettive prestazioni secondarie (art. 37, comma 5, cod. contratti pubblici). Ricorre invece l'ipotesi del raggruppamento di tipo misto allorquando, in presenza di prestazioni complesse, le opere o i servizi della categoria prevalente o principale, o come nel caso di specie le i servizi secondari siano assunti in tutto o in parte orizzontalmente dalle imprese mandanti, secondo quanto previsto dall'art. 37, comma 6, cod. contratti pubblici, ferma restando l'assunzione dei servizi principali da parte della mandataria, almeno in parte.

Pertanto, anche per questa tipologia di raggruppamento ricorre l'esigenza, sopra evidenziata, di rendere nota all'amministrazione, già nella sede della procedura ad evidenza pubblica, la suddivisione dei singoli servizi secondari, al fine della conseguente ripartizione proporzionale della responsabilità nei confronti della medesima.

Ciò precisato in punti di fatto, devono essere applicati i principi stabiliti dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato (sentenza 30 gennaio 2014, n. 7) secondo cui, pur non sussistendo al di fuori del settore dei lavori alcun obbligo di rispettare il parallelismo tra quote di partecipazione al raggruppamento, requisiti di qualificazione ed esecuzione dei lavori, in ragione del fatto che il comma 4 del citato art. 37 si limita a richiedere alle imprese partecipanti a procedure di affidamento di servizi o forniture « il più modesto obbligo di indicare le parti del servizio o della fornitura facenti capo a ciascuna di esse », resta tuttavia fermo che « ciascuna impresa deve essere qualificata per la parte di prestazioni che si impegna ad eseguire ».

Come infatti sopra evidenziato, l'obbligo di specificazione delle quote di esecuzione previsto dalla disposizione del codice dei contratti pubblici da ultimo menzionata risponde, tra l'altro, all'esigenza della stazione appaltante di verificare il possesso delle necessarie qualificazioni in relazione alla parte di contratto assunta da ciascuna impresa facente parte del raggruppamento temporaneo" (Cons. St., sez. V. 1° agosto 2015, n. 3769).

“Secondo un condivisibile indirizzo, l'aggiudicazione di un appalto disposta in favore di un costituendo o costituito raggruppamento temporaneo di imprese si intende effettuata in favore della composizione del medesimo raggruppamento, così come risultante dall'impegno presentato in sede di offerta, in virtù del principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare. A tale principio (preordinato non solo a consentire all'amministrazione appaltante la verifica dei requisiti di idoneità morale, tecnico - organizzativa ed economica, nonché della legittimazione delle imprese che hanno partecipato alla gara, ma anche a presidiare la complessiva serietà delle imprese partecipanti e la migliore affidabilità del contraente), si vengono escluse le sole ipotesi eccezionali di cui ai commi 18 e 19 del citato articolo 37 del D. Lgs. n. 163 del 2006, che riguardano situazioni indipendenti dalla volontà del soggetto

partecipante alla gara” (Tar Lecce, sez. I, 23 aprile 2015, n. 1353).

Posti questi principi, è da ritenere che, pur considerando acquisito il principio della modificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche, questa modifica debba essere sempre temperata con la necessità che l'amministrazione verifichi il possesso dei requisiti da parte dei soggetti partecipanti.

In sostanza, il soggetto che intende espletare i servizi già appartenenti ad altro soggetto, deve essere stato sottoposto a verifica dall'amministrazione, e quindi i suoi requisiti di partecipazione devono essere stati valutati, all'atto della partecipazione alla gara e quindi prima dell'aggiudicazione.

Un'interpretazione diversa sarebbe in netto contrasto con l'art. 37 del d.lgs. 163/2006, comma 4, per il quale “nel caso di forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati”, principio riprodotto anche nel nuovo codice (d.lgs. 50/2016) all'art. 48, comma 4.

In sostanza, l'ammettere la modificazione richiesta dalla ricorrente comporterebbe l'ammissione di un'impresa che non ha dimostrato il possesso dei requisiti; requisiti che, proprio in quanto mai stati dichiarati e comprovati, non sono stati oggetto di valutazione da parte dell'amministrazione.

Nel caso in esame, il provvedimento impugnato è da ritenere corretto e immune dai vizi denunciati, posto che la società ricorrente, all'atto della partecipazione alla gara, ha dichiarato che avrebbe svolto il servizio di pulizia, sanificazione e ausiliario, con la conseguenza che la verifica sul possesso dei requisiti effettuata dalla stazione appaltante prima dell'aggiudicazione ha avuto a riguardo solo ed esclusivamente questo servizio.

Nessuna verifica ha fatto la stazione appaltante in ordine al possesso del requisito inerente il servizio di assistenza infermieristica e di assistenza alla persona, servizio per cui la ricorrente ha chiesto successivamente all'aggiudicazione la possibilità di svolgerlo.

In conclusione, l'ammettere la modificazione richiesta dalla ricorrente comporterebbe l'ammissione di un'impresa che non ha dimostrato il possesso dei requisiti; requisiti che, proprio in quanto mai stati dichiarati e comprovati, non sono stati oggetto di valutazione da parte dell'amministrazione.

Il ricorso deve quindi essere respinto.

- omissis -

