Parere n. 159 del 17/12/2009

Protocollo PREC 122/09/S

Oggetto: Istanze di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentate dalle Società Odontotecnica B. Rinaldi & C. S.r.l., Dentaliums S.r.l. e High Dental Technology s.n.c.– Affidamento in convenzione del servizio di erogazione di protesi dentali per gli utenti delle Aziende UU.SS.LL. 1 Massa Carrara – 2 Lucca – 6 Livorno – 12 Viareggio.- Importo a base d'asta: 1° lotto € 1.380.000,00 - 2° lotto €1.200.000,00 – 3° Lotto 450.000,00 – 4° lotto € 1.200.000,00 - S.A: ESTAV Nord – Ovest – Ente per i Servizi Tecnico Amministrativi di Area Vasta – Struttura Organizzativa di Lucca

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In relazione alla procedura di gara in oggetto, sono pervenute, rispettivamente in data 7 agosto 2009, 18 agosto 2009 e 5 ottobre 2009, le tre istanze di parere indicate in epigrafe, che sono state riunite per connessione oggettiva in un unico procedimento, con le quali le Società Odontotecnica B. Rinaldi & C. S.r.l., Dentaliums S.r.l. e High Dental Technology s.n.c. hanno contestato la legittimità del provvedimento di esclusione disposto nei confronti dei raggruppamenti di cui erano componenti, in attuazione della prescrizione contenuta nella *lex specialis* che imponeva ai concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo di dimostrare il possesso del requisito di capacità economico-finanziaria in capo a ciascuna delle imprese facenti parte del raggruppamento.

In particolare, gli istanti hanno evidenziato che la Stazione Appaltante, nel bando di gara, alla sezione III.2.2., paragrafo 3.2., relativo alla Capacità economico-finanziaria, richiedeva quale requisito di partecipazione “un importo globale delle forniture realizzate negli ultimi tre esercizi corrispondenti ad almeno una volta l'ammontare complessivo presunto dei singoli lotti indicati al punto II.2.1. (IVA esclusa)” e nel disciplinare di gara prescriveva, al punto 5, comma 3 che “in caso di partecipazione dei soggetti di cui all'articolo 34, comma 1, lettere d), e) ed f) del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i. i requisiti di capacità economica e finanziaria dovranno essere posseduti da ciascuna impresa costituente il raggruppamento/consorzio/gruppo”.

Tali prescrizioni, secondo quanto asserito da tutti i soggetti istanti, contrasterebbero palesemente con la *ratio* dell'istituto del raggruppamento temporaneo di imprese di cui al D.Lgs. n. 163/2006, volto a favorire l'ingresso nel mercato dei contratti pubblici di quelle imprese che, per dimensione strutturale, economica e finanziaria, ne sarebbero escluse, mortificando così la concorrenza e la possibilità che la Stazione Appaltante scelga effettivamente l'offerta migliore.

In particolare, si contesta la violazione dell'articolo 47 della direttiva 2004/18/CE, nonché dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità che informano la disciplina in materia di affidamenti dei contratti pubblici.

Stante dunque tale illegittimità delle previsioni del bando relative all'obbligo di detenzione del richiamato requisito di capacità economico-finanziaria in capo a ciascuno dei componenti del

raggruppamento, la decisione di esclusione adottata dall'ESTAV non sarebbe conforme all'ordinamento.

Alle suddette contestazioni la Società Odontotecnica B. Rinaldi & C. S.r.l. ha aggiunto altresì che i profili di illegittimità investono anche la prescrizione di cui all'articolo 13 del Capitolato speciale, che, nello stabilire i punteggi da attribuire ai fini dell'aggiudicazione, sancisce che "il laboratorio concorrente dovrà essere localizzato, prima della stipula del contratto, nel territorio ricompreso nell'Area Vasta Nord-Ovest". Tale previsione violerebbe il principio di eguaglianza di cui all'articolo 3 della Costituzione, configurando un trattamento differenziato *ratione loci* e quindi un'ingiusta discriminazione tra imprese operanti sul territorio nazionale basata sulla mera localizzazione territoriale e, conseguentemente, il provvedimento di esclusione disposto sarebbe illegittimo.

Dal suo canto, la Società High Dental Technology s.n.c., che ha partecipato in raggruppamento con la società Odontotecnica B. Rinaldi & C. S.r.l., ha rappresentato di aver già sollevato gli indicati profili di legittimità alla Stazione Appaltante, formulando chiarimenti sulla *lex specialis*.

Già in quella sede l'ESTAV evidenziava la legittimità del proprio operato, sostenendo che la prescrizione di cui alla *lex specialis* definisce i requisiti minimi che i concorrenti devono possedere in caso di partecipazione in raggruppamento temporaneo, precisando altresì che, per quanto riguarda la capacità economico-finanziaria, il requisito deve essere posseduto per intero da ciascun concorrente, mentre per quanto riguarda la capacità tecnica il requisito può essere raggiunto nelle seguenti modalità: il 70% del requisito deve essere posseduto da almeno una delle imprese componenti il raggruppamento, mentre ciascuna delle altre imprese raggruppate deve possedere almeno il 15% del requisito richiesto ed il raggruppamento nel suo complesso deve comunque raggiungere il 100% del requisito richiesto.

La formulazione di tali previsioni rientrerebbe nella discrezionalità della Stazione Appaltante, in relazione alla quale l'Amministrazione è legittimata ad introdurre, nella *lex specialis*, disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti per consentire la partecipazione alla gara solo di soggetti particolarmente qualificati, fissando requisiti speciali più restrittivi, purchè non irragionevolmente limitativi della concorrenza.

Le argomentazioni così rappresentate dalla Stazione Appaltante non sono invece condivise dalle Società istanti, che all'uopo hanno formulato istanza di parere all'Autorità al fine di conoscere la posizione della stessa in ordine all'operato dell'ESTAV.

Conseguentemente, si è avviata l'istruttoria procedimentale, a riscontro della quale ciascuno dei soggetti istanti ha ribadito la posizione assunta in sede di formulazione dell'istanza e l'ESTAV, dal suo canto, ha confermato la legittimità delle proprie scelte, sulla base delle argomentazioni già formulate in sede di chiarimenti alla *lex specialis*.

Ritenuto in diritto

Le problematiche sottoposte a questa Autorità con la prospettazione dei fatti rappresentati attengono, da un lato, alla legittimità della prescrizione della *lex specialis* che impone il possesso del requisito di capacità economico-finanziaria in capo a tutti i componenti di un raggruppamento temporaneo di imprese e, dall'altro, alla conformità all'ordinamento della prescrizione che impone la localizzazione territoriale dell'impresa concorrente.

In ordine al primo profilo, la questione presuppone l'accertamento dell'ammissibilità, da parte dell'ordinamento in materia di contratti pubblici, della cumulabilità dei requisiti speciali di partecipazione, in caso di soggetti che concorrono alla gara associandosi in un raggruppamento temporaneo di imprese.

Sul punto, fermo restando il consolidato orientamento che riconosce piena discrezionalità alla Stazione Appaltante nella definizione dei requisiti speciali, purchè logicamente e ragionevolmente connessi all'oggetto del contratto (cfr., da ultimo, parere AVCP n. 64 del 20 maggio 2009), la giurisprudenza amministrativa, da un lato, ha affermato il principio per cui il possesso dei requisiti speciali può essere dimostrato facendo riferimento alla sommatoria dei mezzi e delle qualità delle imprese facenti parte del raggruppamento, dall'altro, ha riconosciuto che la sommatoria delle capacità degli operatori economici possa essere ritenuta insufficiente, qualora la *lex specialis* preveda una soglia minima quantitativa per ciascuna impresa.

Tale limitazione troverebbe giustificazione nell'esigenza di tutelare un interesse pubblico superiore, consistente nella necessità di scongiurare il rischio che un eccessivo frazionamento del requisito renderebbe l'accertamento scarsamente attendibile, diminuendo l'efficacia del giudizio sull'affidabilità dell'impresa e la tutela del correlato all'interesse pubblico, con l'obbligo che sussista una necessaria corrispondenza tra il requisito posseduto e la parte del servizio, dell'opera o della fornitura effettuata da ciascuna delle imprese associate (cfr. in tal senso Consiglio di Stato, sezione V, sentenza n. 6353 del 24 ottobre 2006).

Più precisamente si è sostenuto che il legislatore comunitario e quello nazionale manifestano uno spiccato apprezzamento per i raggruppamenti temporanei di imprese dal momento che essi consentono un ampliamento della dinamica concorrenziale e favoriscono l'ingresso nel mercato di imprese di minore dimensione. Tuttavia, a tale *favor* corrisponde una disciplina che costituisce il necessario contemperamento di diversi interessi: da un lato, infatti, i raggruppamenti non possono rappresentare uno strumento di trattamento discriminante rispetto a quello previsto per gli altri concorrenti che partecipano *uti singuli* e, dall'altro, si intende evitare che l'istituto possa costituire, di fatto, una forma di elusione delle regole volte a garantire alla Stazione Appaltante la scelta di un concorrente affidabile e in grado di eseguire correttamente la prestazione contrattuale.

Da tale contemperamento di interessi deriva la necessità di operare, in relazione alla dimostrazione dei requisiti, una distinzione sia tra requisiti generali e requisiti speciali sia tra requisiti speciali stessi, economico-finanziari ovvero tecnico-professionali.

Se infatti è pacifico che i requisiti generali di carattere morale e di affidabilità devono essere posseduti da ciascuna delle imprese riunite singolarmente (cfr. da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 490 del 12 febbraio 2008), per quanto concerne i requisiti di ordine speciale non può adottarsi un criterio unitario, essendo piuttosto necessario distinguere tra requisiti di capacità economico-finanziaria e requisiti di capacità tecnico-professionale: mentre il cumulo costituisce la regola ai fini della dimostrazione dei requisiti di natura tecnica, la medesima regola non vale in caso di requisiti di natura economico-finanziaria, in ordine ai quali occorre considerare il regime di responsabilità che vige nei confronti della Stazione Appaltante in capo alle imprese raggruppate.

Nel caso in cui sussiste un regime di responsabilità solidale nei confronti della pubblica amministrazione in capo a tutte le imprese raggruppate, la verifica del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria in capo al raggruppamento partecipante deve essere condotta nei confronti delle singole imprese, onde garantire la possibilità alla Stazione Appaltante di potersi rivolgere efficacemente a fini risarcitori all'una o all'altra delle imprese raggruppate.

Alla luce di tali argomentazioni e al fine di definire la fattispecie oggetto della presente controversia, occorre accertare la legittimità della prescrizione di cui alla *lex specialis* che impone l'obbligo di dimostrare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria in capo a tutte le imprese facenti parte del raggruppamento, sulla base di una valutazione di proporzionalità, ragionevolezza, logicità della prescrizione in questione che prende le mosse dalla tipologia di prestazione oggetto del contratto e da come essa incida in ordine alle forme di raggruppamenti ammessi a partecipare alla procedura.

Al riguardo, dalla documentazione di gara, si evince che essa consiste nell'affidamento del servizio di fornitura di protesi dentali, identificata con CPV 85131000.

Trattandosi di una specie di servizio da ritenersi di tipo omogeneo, essendo prevista nella *lex specialis* come un'unica prestazione, appare evidente che esso consenta la possibilità di partecipazione ai soli raggruppamenti di tipo orizzontale, ovvero quei raggruppamenti in cui, ai sensi dell'articolo 37, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006 gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione.

La peculiarità di tali raggruppamenti consiste nel fatto che, ai sensi dell'articolo 37, comma 5, tutte le imprese costituenti il raggruppamento assumono una responsabilità solidale nei confronti della Stazione Appaltante.

Tali elementi determinano la legittimità della previsione della *lex specialis* che impone l'obbligo di dimostrare il possesso del requisito di capacità economico-finanziaria in capo a tutti i partecipanti al raggruppamento concorrente: la giustificazione ragionevole e logica del requisito prescritto è, infatti, rinvenibile non solo nella natura della prestazione oggetto del contratto, ma anche nell'esigenza, da parte della Stazione Appaltante, di tutelare quell'interesse pubblico superiore, consistente nell'avere la garanzia, in capo a ciascuna delle imprese facenti parte del raggruppamento, di una capacità economico-finanziaria tale da poter rispondere nei propri confronti del valore del contratto alla stregua del un vincolo solidale tra le imprese raggruppate.

Alla luce di tali argomentazioni, la contestata previsione della *lex specialis* che impedisce la dimostrazione del possesso cumulativo dei requisiti di capacità economico-finanziaria è conforme all'ordinamento in materia di contratti pubblici e, conseguentemente, risulta corretto il provvedimento di esclusione disposto dall'ESTAV nei confronti dei raggruppamenti temporanei concorrenti.

In ordine al secondo profilo oggetto di contestazione, relativo alla richiesta di localizzazione del laboratorio concorrente nel territorio ricompreso nell'Area Vasta Nord-Ovest, di cui all'articolo 13 del Capitolato speciale, il cui possesso conferisce un punteggio nell'ambito del criterio di aggiudicazione, occorre precisare che il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa e di questa Autorità ritiene che l'attribuzione di uno specifico punteggio che miri a valorizzare in maniera differenziale un determinato nesso di collegamento con il territorio di riferimento della Stazione Appaltante può considerarsi ammissibile soltanto se non preponderante rispetto ad altri criteri di selezione e, soprattutto, se funzionale all'esigenza di migliorare l'erogazione dei servizi affidati (cfr. in tal senso, Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 28 del 11 gennaio 2006 e parere AVCP n. 251 del 10 dicembre 2008).

La valutazione di legittimità di siffatta clausola presuppone pertanto l'accertamento in concreto della rilevanza di peso ponderale attribuito all'elemento della localizzazione all'interno del criterio di aggiudicazione, così come modificato dall'ESTAV con deliberazione n. 798 del 11 giugno 2009.

Nel caso di specie, il criterio di aggiudicazione attribuiva un punteggio massimo di 30 punti all'offerta economica e un punteggio massimo di 70 punti all'aspetto qualitativo, a sua volta suddiviso in un punteggio di massimo 15 punti, conferiti alle "caratteristiche del laboratorio concorrente che deve essere localizzato nel territorio ricompreso nell'Area Vasta Nord Ovest, prima della stipula del contratto" e in un punteggio di massimo 55 punti alla "valutazione della campionatura".

Ne deriva che il peso ponderale conferito alla localizzazione nel territorio non assume un ruolo preponderante rispetto agli altri elementi, acquisendo invece un valore recessivo rispetto alla valutazione dei campioni offerti.

A tale circostanza si aggiunge il fatto che la previsione *de qua* trova specifica giustificazione nella necessità di tutelare un interesse pubblico superiore consistente in una esecuzione del contratto maggiormente funzionale all'erogazione del servizio nei confronti degli utenti delle protesi dentali e che, pertanto, è compatibile con i principi di parità di trattamento e non discriminazione.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che le previsioni della *lex specialis* oggetto di contestazione sono conformi ai principi che regolano la disciplina dei contratti pubblici.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Giuseppe Brienza

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 13 gennaio 2010