

Autorità per la vigilanza

sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

Parere n. 28

del 26.2.2009

PREC 357/08/S

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dal Comune di Rende - Affidamento in concessione, della durata di anni nove, del servizio di installazione e gestione degli impianti pubblicitari per l'affissione diretta da collocare nel Comune di Rende su aree di proprietà comunale. - S.A.: Comune di Rende (CS).

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 10 aprile 2008 il Comune di Rende ha pubblicato il bando di gara a procedura aperta per l'affidamento in concessione, della durata di nove anni, del servizio di installazione e gestione degli impianti pubblicitari per l'affissione diretta da collocare nel Comune di Rende su aree di proprietà comunale, in esecuzione del vigente Piano Generale degli Impianti Pubblicitari (P.G.I.P.).

In data 10 luglio 2008 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in oggetto, con la quale la S.A. ha rappresentato che alle operazioni concorsuali di cui sopra ha preso parte anche l'ATI Publidoro S.r.l. (capogruppo), Publidoro Service (mandante), Focus Pubblicità S.r.l. (mandante) e Publifull (mandante), producendo, tra la documentazione di rito, un atto pubblico di costituzione dell'ATI per lo svolgimento del servizio di cui trattasi, senza specificare la quota di partecipazione di ciascun soggetto al raggruppamento medesimo, come prescritto invece dal disciplinare di gara, art. 7, punto 4 dell'elenco dei documenti da inserire nella busta "A - Documentazione".

Conseguentemente, la Commissione di gara ha contestato l'operato dell'ATI concorrente di cui trattasi, considerando la mancata indicazione delle quote di partecipazione al raggruppamento atto obbligatorio, come prescritto dal disciplinare di gara, da rendere in sede di istanza di partecipazione, ossia in via preventiva, la cui omissione costituisce motivo di esclusione dal prosieguo delle operazioni concorsuali.

A sua volta la suddetta ATI ha controdedotto, precisando che nella specie si tratta di ATI di tipo orizzontale e non verticale e che tutti i componenti dell'ATI sono responsabili dell'intero e in solido nei confronti del committente ed ha, inoltre, evidenziato che trattasi di gara di servizi e non di lavori.

In sede di contraddittorio documentale, infine, ha presentato memoria la società controinteressata Pubbliemme S.r.l., secondo la quale l'indicazione delle percentuali di servizio che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati è obbligatoria e prescinde dal tipo di raggruppamento costituito (verticale od orizzontale), stante il tenore letterale dell'art. 37, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006 che, nel prevedere tale obbligo, non distingue tra ATI orizzontali e verticali.

Ritenuto in diritto

Occorre preliminarmente rilevare che la mancata indicazione, da parte dell'ATI Pubblidoro S.r.l. (capogruppo), Pubblidoro Service (mandante), Focus Pubblicità S.r.l. (mandante) e Pubblifull (mandante), della quota di partecipazione di ciascun soggetto al raggruppamento, corrispondente alla percentuale di servizi che saranno eseguiti da ciascun operatore economico raggruppato, è stata censurata, nel caso di specie, sia sotto il profilo della non conformità alla norma primaria in materia, costituita dall'art. 37, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006, sia in quanto contrastante con le prescrizioni contenute nel disciplinare di gara.

Con riferimento alla prima censura, si evidenzia che la stessa trova fondamento nel tenore letterale del comma 4 dell'art. 37 del D.Lgs. n. 163/2006, che recita *“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”*, senza operare alcuna distinzione tra ATI orizzontali e verticali.

Tuttavia, è necessario segnalare al riguardo che, sotto il vigore dei previgenti artt. 11, D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157 e 10 D.Lgs. 24 luglio 1992, n. 358, che contenevano analoghe prescrizioni, si è affermato in giurisprudenza un orientamento interpretativo che, muovendo dal rilievo che la norma parla di *“parti”* della prestazione e non di quote, ha escluso che la stessa ponga un obbligo di specificare la ripartizione quantitativa di un *“unico”* servizio tra le imprese raggruppate.

Di conseguenza, si è dedotto che la disposizione di cui trattasi è applicabile alla sola ipotesi di raggruppamenti “verticali” o “misti”, vale a dire con scorporo di singole parti, per le quali rispondono in solido solo l’impresa esecutrice e quella mandataria, rendendosi in tal caso necessario specificare i diversi servizi destinati a essere svolti da ciascuna impresa. Viceversa, la suddetta disposizione non trova margini di applicazione nel caso di riunioni “orizzontali”, laddove tutti gli operatori economici eseguono il tutto, e quindi il medesimo tipo di prestazione, e tutte le imprese sono responsabili dell’intero in solido (Cons. Stato, Sez. V, 28 marzo 2007, n. 1440; Tar Lazio, Roma, Sez. IIIter 25 agosto 2006, n. 7524).

Peraltro, che nel caso di specie il servizio in affidamento sia da ritenersi di tipo omogeneo è dimostrato dallo stesso bando di gara, che indica una sola categoria di servizi tra quelli previsti dall’allegato II A del D.Lgs. n. 163/2006, vale a dire la categoria dei “Servizi pubblicitari”, numero di riferimento CPV 74412000-0.

Relativamente alla seconda censura, non appare condivisibile l’assunto della Commissione di gara, secondo cui la mancata indicazione, da parte dell’ATI concorrente, della quota di partecipazione di ciascun soggetto al raggruppamento medesimo si pone in contrasto con quanto prescritto dal disciplinare di gara, costituendo per ciò stesso motivo di esclusione dal prosieguo delle operazioni concorsuali.

Infatti, l’art. 7, punto 4 dell’elenco dei documenti da inserire nella busta “A - Documentazione” richiede solo “***nel caso di associazione o consorzio o GEIE non ancora costituiti: dichiarazioni, rese da ogni concorrente, attestanti:....la quota di partecipazione al raggruppamento, corrispondente alla percentuale di servizi che verranno eseguiti da ciascun concorrente***”, limitandosi a richiedere “***nel caso di associazione o consorzio o GEIE già costituito: mandato collettivo irrevocabile con rappresentanza conferito alla mandataria per atto pubblico o scrittura privata autenticata, oppure l’atto costitutivo in copia autentica del consorzio o GEIE***”.

Atteso che dalla documentazione in atti risulta che l’ATI Pubblidoro S.r.l. (capogruppo), Pubblidoro Service (mandante), Focus Pubblicità S.r.l. (mandante) e Pubblifull (mandante), si è regolarmente costituita, con atto notarile del 12 maggio 2008, prima del termine di scadenza delle offerte, prorogato al 27 maggio 2008 con avviso di rettifica del 29 aprile 2008, la stessa, in quanto ATI costituita e non costituenda, non era tenuta, ai sensi della richiamata previsione del disciplinare di gara, a rendere la dichiarazione attestante la quota di partecipazione al raggruppamento.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l’esclusione dalla gara dell’ATI Pubblidoro S.r.l. (capogruppo), Pubblidoro Service (mandante), Focus Pubblicità S.r.l. (mandante) e Pubblifull (mandante) non è conforme alla normativa di settore e alle prescrizioni contenute nel disciplinare di gara.

I Consiglieri Relatori

Alessandro Botto

Giuseppe Brienza

Il Presidente f.f.

Guido Moutier

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 5.3.2009