

Parere n. 57 del 25/03/2010

Protocollo PREC 89/09/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n), del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'ATI Interimpianti S.r.l. (mandataria) - Ditta L.R. di Lacerenza Rosita (mandante) – Servizio di pulizia dei locali della biblioteca “A. Tiraboschi” di via San Bernardino n. 74 del Comune di Bergamo – Importo a base d’asta €272.143,88 – S.A.: Comune di Bergamo

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 3 marzo 2009 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere in epigrafe, con la quale l'A.T.I. Interimpianti S.r.l. (mandataria) - Ditta L.R. di Lacerenza Rosita (mandante) ha rappresentato di aver partecipato in A.T.I. orizzontale alla procedura di gara in oggetto, indetta dal Comune di Bergamo, e di aver indicato in sede di gara come percentuali di esecuzione del servizio il 50% per l'impresa capogruppo ed il 50% per l'impresa mandante, anche in virtù della sentenza del Consiglio di Stato 28 Marzo 2007, n. 1440, con la quale è stato chiarito che, in caso di raggruppamento di tipo orizzontale (come quello di specie), senza scorporo di parti, non è necessario indicare le parti del servizio da eseguire da ciascuna impresa, perché tutte le imprese sono responsabili in solido dell'intero. Nonostante tale orientamento giurisprudenziale, la stazione appaltante ha escluso dalla gara la concorrente A.T.I. istante, con la motivazione che l'impresa capogruppo non possedeva in misura maggioritaria i requisiti previsti dal bando, essendo stata indicata una percentuale di esecuzione dell'appalto in parti uguali tra mandante e mandataria. In sostanza, la stazione appaltante ha ritenuto che l'impresa capogruppo avrebbe dovuto indicare come percentuale di esecuzione del servizio almeno il 50,01% e l'istante medesima, ritenendo ingiustificata una siffatta esclusione, ha chiesto all'Autorità di esprimere un parere in merito alla legittimità del provvedimento adottato dal Comune di Bergamo.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nel corso dell'istruttoria procedimentale, con nota pervenuta in data 6 agosto 2009, il Comune di Bergamo ha ribadito la correttezza del proprio operato, evidenziando che la necessità che la capogruppo mandataria possieda i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi previsti dal bando di gara in misura maggioritaria rispetto alle mandanti discende dalla specifica disposizione di cui all'art. 95, comma 2, del D.P.R. n. 554/1999 e che, di conseguenza, l'art. 93, comma 4, del medesimo D.P.R. n. 554/1999, prevede che le imprese riunite in raggruppamento devono eseguire la prestazione nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento.

Ritenuto in diritto

Ai fini della definizione della questione oggetto della controversia in esame occorre, preliminarmente, rilevare che per raggruppamento orizzontale si intende quello in cui ciascuna delle imprese riunite è in possesso di una identica specializzazione e fra di esse vi è una suddivisione meramente quantitativa delle prestazioni oggetto del contratto d'appalto. Conseguentemente, poiché

in tale tipologia di raggruppamento tutte le imprese riunite eseguono il tutto, e quindi il medesimo tipo di prestazione, ciascuna di esse è responsabile nei confronti dell'amministrazione committente dell'intera prestazione in solido e la distribuzione della prestazione dedotta nel contratto tra le imprese medesime non rileva all'esterno.

Per raggruppamento verticale si intende, invece, quello in cui un'impresa (ordinariamente capace per la prestazione prevalente), si associa ad altre imprese provviste della capacità per le prestazioni scorporabili. In questo secondo caso, il presupposto è che si tratti di appalto complesso, costituito da prestazioni che richiedono diverse specializzazioni, in relazione alle quali dovrà essere il bando di gara a indicare quali assumono carattere prevalente e quali sono scorporabili. Ciò comporta una diversa articolazione della responsabilità delle imprese "verticalmente" raggruppate, per cui solo la capogruppo mandataria rimane responsabile dell'intero appalto, mentre le mandanti rispondono esclusivamente delle prestazioni scorporabili. La distinzione tra raggruppamenti verticali e orizzontali dipende, quindi, dalla presenza, per ogni tipo di appalto (lavori, servizi e forniture), di prestazioni principali e di prestazioni secondarie (o scorporabili).

Tali principi sono ora codificati, per quanto qui interessa, nell'art. 37, comma 2, del D.Lgs. n. 163/06, secondo cui "Nel caso di forniture o servizi, per raggruppamento di tipo verticale si intende un raggruppamento di concorrenti in cui il mandatario esegua le prestazioni di servizi o di forniture indicate come principali anche in termini economici, i mandanti quelle indicate come secondarie; per raggruppamento orizzontale quello in cui gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione.". La norma stabilisce, poi, che le stazioni appaltanti devono indicare nel bando di gara la prestazione principale e quelle secondarie.

E' necessario, tuttavia coordinare i suddetti principi con l'ulteriore obbligo, sancito dal successivo comma 4 del medesimo art. 37 del D.Lgs. n. 163/2006 – al quale fa complessivamente riferimento anche la formulazione del punto 8 del bando di gara in esame – in forza del 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.".

Ebbene, al riguardo non vi è motivo di discostarsi da quanto stabilito da questa Autorità nel parere n. 74 del 9 luglio 2009, nel quale è stato richiamato l'orientamento giurisprudenziale che si è affermato in relazione ai previgenti artt. 11, D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157 e 10 D.Lgs. 24 luglio 1992, n. 358, che contenevano prescrizioni di contenuto analogo al citato l'art. 37, comma 4 del D.Lgs. n. 163/2006, circa la corretta interpretazione da attribuire a disposizioni di siffatto tenore letterale. In particolare, evidenziando che il legislatore parla propriamente di "parti" della prestazione e non di quote, la giurisprudenza amministrativa, condivisa anche da questa Autorità, ha escluso che sussista 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 (parere dell'Autorità n. 28 del 26 febbraio 2009; Cons. Stato Sez. VI 4 maggio 2009 n. 2783; Cons. Stato, Sez. V, 26 novembre 2008, n. 5849; Cons. Stato, Sez. V, 28 marzo 2007, n. 1440; Tar Lazio, Roma, Sez. IIIter 25 agosto 2006, n. 7524).

Conseguentemente, non sussistendo nella fattispecie di cui trattasi la necessità di indicare le parti del servizio da eseguire da ciascuna impresa riunita, poiché non vi è una correlazione logica tra il possesso dei requisiti e la misura della partecipazione individuale all'esecuzione del servizio, va

disatteso il richiamo operato dalla stazione appaltante (nella nota pervenuta all'Autorità in data 6 agosto 2009) alla normativa regolamentare di cui agli artt. 95, comma 2 e 93, comma 4 del D.P.R. n. 554/1009, specificamente dettata per i soli lavori pubblici e concernente l'obbligo del possesso maggioritario dei requisiti da parte della mandataria in caso di A.T.I. orizzontali.

Infatti – come già evidenziato dall'Autorità nel parere 14 maggio 2008 n. 156 – non è praticabile la strada della trasposizione della disciplina dei lavori pubblici alla materia dei servizi se non con riguardo alle disposizioni che costituiscono espressione di principi generali applicabili a tutte le gare pubbliche, con la conseguenza che restano, dunque, escluse da tale estensione analogica le disposizioni dettate per le specifiche caratteristiche del settore dei lavori pubblici, come quelle di cui trattasi, connesse all'esigenza, tipica di tale settore, che sia in ogni caso garantita dall'A.T.I. una stretta corrispondenza tra quote di qualificazione possedute, quote di partecipazione all'associazione e quote di esecuzione dei lavori, la cui applicazione al settore dei servizi richiederebbe una specifica previsione in tal senso (Tar Sardegna, 15 maggio 2007, n. 904).

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione disposta dalla stazione appaltante nei confronti dell'ATI Interimpianti S.r.l. (mandataria) e Ditta L. R. di Lacerenza Rosita (mandante) non è conforme alla normativa di settore.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 1 Aprile 2010