

Parere n. 47 del 10 marzo 2011

PREC 253/10/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n), del D.Lgs. n. 163/2006, presentata dal Comune di Maranello – Affidamento del servizio di refezione scolastica, servizi accessori e fornitura di generi alimentari anni 2010-2012 – Importo a base d'asta €1.473.951,00– S.A.: Comune di Maranello.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 11 ottobre 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale il Comune di Maranello ha rappresentato alcuni dubbi in ordine al Raggruppamento Temporaneo di Imprese aggiudicatario provvisorio, composto dalla Markas Service S.r.l. (capogruppo mandataria) e dalla Ghirlandina S.r.l. (mandante), chiedendo in merito una pronuncia di questa Autorità.

La prima perplessità esposta riguarda la reale tipologia, verticale o orizzontale, del suddetto R.T.I., rilevante al fine di stabilire se sia da ritenersi sufficiente il possesso del requisito della certificazione di qualità in capo alla sola capogruppo Markas Service S.r.l., stante il chiarimento fornito dalla stessa stazione appaltante secondo cui è possibile prescindere dal requisito in questione solo in caso di A.T.I. verticale.

Il secondo dubbio concerne la coerenza delle quote di partecipazione dichiarate dal suddetto R.T.I. in sede di offerta (51% per Markas Service S.r.l. e 49% per La Ghirlandina S.r.l.) con quanto previsto dagli atti di gara, tenuto conto che la ripartizione delle attività oggetto del servizio all'interno del raggruppamento medesimo non è avvenuta sulla base della suddivisione in lotti adottata dalla stazione appaltante – all'interno dei quali sono previste sia le prestazioni di produzione e confezionamento pasti sia quelle di trasporto e distribuzione degli stessi – bensì scorporando tali attività e attribuendo le prime, ritenute prestazioni principali, alla capogruppo Markas Service S.r.l., e le seconde, ritenute prestazioni secondarie, alla mandante La Ghirlandina S.r.l..

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, con nota pervenuta il 25 novembre 2010 la Markas Service S.r.l. – capogruppo mandataria del Raggruppamento Temporaneo di Imprese con La Ghirlandina S.r.l. (costituito il 12 agosto 2010) aggiudicatario della gara in oggetto – ha rappresentato quanto segue.

Il dubbio circa l'asserita incoerenza tra la dichiarazione di ripartizione dell'appalto all'interno del raggruppamento ed il reale valore delle quote di appalto da eseguire a cura delle associate, è frutto

di un errore indotto dalla Concerta S.p.A. (seconda classificata nella gara) la quale ritiene che la Markas Service S.r.l. si sarebbe riservata l'esecuzione dei lotti 1 (€846.988,80) e 2 (€159.600,00) per un valore complessivo di €1.006.668,80, pari al 68,3% del servizio, mentre la Markas Service S.r.l. non ha mai dichiarato di voler eseguire entrambi i lotti, avendo precisato di impegnarsi ad eseguire il servizio di gestione dell'intera produzione e confezionamento pasti, eseguendo le prestazioni relative al lotto 2 e a parte del lotto 1, come confermato dagli accordi tra le associate risultanti dall'articolo 8 dell'atto costitutivo dell'associazione temporanea.

Per quanto riguarda, poi, la natura del R.T.I. aggiudicatario, la Markas Service S.r.l. ha precisato che trattasi di un raggruppamento di natura verticale, considerando che la produzione ed il confezionamento dei pasti integrano la prestazione principale del "servizio di refezione" mentre il trasporto e la distribuzione degli stessi nonché la fornitura di derrate sono prestazioni secondarie, anche in termini economici. Conseguentemente, alla Markas Service S.r.l. (capogruppo mandataria) è stata attribuita la prestazione principale, inerente la produzione e il confezionamento dei pasti (comprensiva di tutte le fasi quali: approvvigionamento, stoccaggio, preparazione, confezionamento, lavaggio etc.), mentre a La Ghirlandina S.r.l. (mandante) è stata attribuita la prestazione secondaria, inerente il trasporto e la distribuzione dei pasti, nonché la consegna di derrate alimentari; non vi sono, pertanto, elementi che possano essere espressione di una latente ripartizione orizzontale. Ciò considerato, stante il richiamato chiarimento reso dalla stazione appaltante il 7 luglio 2010 (prodotto in atti) La Ghirlandina S.r.l. non era tenuta a presentare la certificazione di qualità in quanto mandante in raggruppamento temporaneo di natura verticale.

Con note pervenute il 29 novembre 2010 ed il 2 febbraio 2011, a riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, la Concerta S.p.A. – seconda classificata all'esito della gara d'appalto bandita dal Comune di Maranello – ha rappresentato, preliminarmente, che in base a quanto stabilito dall'art. 5 del Capitolato Speciale d'Appalto, ai fini della partecipazione alla gara gli operatori economici avrebbero dovuto essere in possesso di certificazione ISO 9001:2000 o 9001:2008 in corso di validità, con campo di applicazione relativo alla gestione del servizio ristorazione scolastica, come meglio precisato al successivo articolo 37, rilasciata da organismo accreditato. In risposta ad un apposito quesito l'Amministrazione ha precisato, altresì, che in caso di A.T.I. di tipo verticale sarebbe stato sufficiente il possesso del requisito indicato in capo alla ditta capogruppo/mandataria, mentre nel caso di A.T.I. orizzontale tutte le ditte del raggruppamento avrebbero dovuto essere in possesso della certificazione di qualità.

Ciò premesso, secondo la Concerta S.p.A. il R.T.I. aggiudicatario non ha natura verticale e pertanto avrebbe dovuto essere escluso dalla gara, atteso che La Ghirlandina S.r.l. non era in possesso della richiesta certificazione di qualità. Ciò in quanto nel bando di gara l'Amministrazione non ha precisato e indicato le prestazioni principali e quelle secondarie, per cui non sarebbe possibile definire come verticale alcun raggruppamento partecipante e, in ogni caso, una partecipazione al 49% non può essere considerata secondaria, nemmeno in termini economici. Peraltro, la verticalità è esclusa dal fatto che – ad avviso della Concerta S.p.A. – vi sarebbero prestazioni svolte da entrambe le concorrenti in A.T.I. La mandataria, infatti, si propone di svolgere per due lotti l'attività di produzione e confezionamento pasti, mentre la mandante si propone di svolgere la fornitura di generi alimentari destinati al Centro Produzione Pasti Melograno, ma è evidente – secondo la predetta impresa seconda classificata – che l'ampia dizione del bando induce a considerare come prestazioni "principali" sia la refezione scolastica che la fornitura di generi alimentari e che la fornitura di generi alimentari ad una cucina è del tutto coincidente con l'attività di approvvigionamento che è necessaria per la produzione dei pasti nell'altra cucina (avuto riguardo, peraltro, a quanto stabilito dall'art. 21 del Capitolato Speciale d'Appalto). Posto, dunque, che entrambe le concorrenti devono provvedere all'acquisizione, trasporto e stoccaggio dei generi alimentari, siffatta coincidenza esclude ogni ipotesi di verticalità e, quindi, non può prescindere dall'obbligo di possedere la certificazione di qualità richiesta.

Inoltre, sotto altri profili non oggetto della presente istanza di parere, inerenti l'istituto dell'avvalimento, la Concerta S.p.A. ha evidenziato, per un verso, che non è possibile la partecipazione alla stessa gara, ad alcun titolo, dell'impresa ausiliaria e, per altro verso, che non è ammissibile un generico avvalimento senza effettiva e specifica messa a disposizione di risorse aziendali dell'impresa ausiliaria, mentre, nella fattispecie, La Ghirlandina S.r.l., in relazione al possesso di alcuni requisiti, avrebbe genericamente dichiarato di avvalersi della Markas Service S.r.l., trattandosi, peraltro, di servizi di cui all'Allegato IIB del Codice dei contratti pubblici per i quali l'avvalimento non è consentito.

Ritenuto in diritto

La questione controversa sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in esame investe due distinti profili.

Il primo profilo in contestazione riguarda l'effettiva natura verticale del Raggruppamento Temporaneo di Imprese aggiudicatario provvisorio, composto dalla Markas Service S.r.l. (capogruppo mandataria) e dalla Ghirlandina S.r.l. (mandante) e la legittimità di concorrere in tale forma alla procedura di gara in oggetto, in quanto nel bando di gara l'Amministrazione non ha precisato e indicato le prestazioni principali e quelle secondarie.

Il secondo aspetto controverso concerne la coerenza delle quote di partecipazione dichiarate dal suddetto R.T.I. in sede di offerta (51% per Markas Service S.r.l. e 49% per La Ghirlandina S.r.l.) con quanto stabilito negli atti di gara, che si limitano a prevedere una suddivisione in lotti – all'interno dei quali sono previste sia le prestazioni di produzione e confezionamento pasti sia quelle di trasporto e distribuzione degli stessi – mentre il R.T.I. aggiudicatario provvisorio ha scorporato tali attività, attribuendo le prime, ritenute prestazioni principali, alla capogruppo Markas Service S.r.l., e le seconde, ritenute prestazioni secondarie, alla mandante La Ghirlandina S.r.l. Relativamente alla natura del Raggruppamento aggiudicatario, appare opportuno premettere che, in ordine agli appalti di servizi, il Codice dei contratti pubblici distingue i Raggruppamenti Temporanei di Imprese verticali da quelli orizzontali, prevedendo che per raggruppamento di tipo verticale si intende un raggruppamento di concorrenti in cui il mandatario esegua le prestazioni di servizi indicati come principali anche in termini economici e i mandanti quelle indicate come secondarie; mentre per raggruppamento orizzontale si intende quello in cui gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione; le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara la prestazione principale e quelle secondarie (art. 37, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006).

Nel caso di specie, l'accertamento della reale tipologia, verticale o orizzontale, del R.T.I. aggiudicatario provvisorio acquista rilievo dirimente al fine di stabilire se sia da ritenersi sufficiente il possesso del requisito della certificazione di qualità in capo alla sola capogruppo Markas Service S.r.l., atteso che l'art. 5 del Capitolato prevedeva che *“per la partecipazione alla gara è necessario e obbligatorio per la ditta: essere in possesso di certificazione ISO 9001:2000 o 9001:2008 in corso di validità, il cui campo di applicazione sia relativo alla gestione del servizio ristorazione scolastica, come meglio precisato al successivo art. 37, rilasciata da organismo accreditato. Sarà valutato positivamente il possesso di certificazioni ambientali od etica”* e che in sede di chiarimenti, il 7 luglio 2010 la stazione appaltante ha precisato che *“In caso di A.T.I. sono a comunicare che se intendete costituire una ATI di tipo verticale, come indicato all'art. 37 comma 2 del D.Lgs. 163/2006 e s.m.i. in cui il mandatario esegue i servizi ritenuti principali e i mandanti quelle secondarie (anche in termini economici) è sufficiente il possesso del requisito in capo alla ditta capogruppo/mandataria. Nel caso di ATI di tipo orizzontale, nel quale tutti i concorrenti eseguono le medesime lavorazioni richieste dall'appalto, è necessaria per tutte le ditte del raggruppamento la certificazione di qualità richiesta dal bando di gara”*.

Ciò posto si deve considerare che il R.T.I. Markas Service S.r.l. – La Ghirlandina S.r.l. non ha chiarito espressamente la propria natura di raggruppamento verticale o orizzontale, ma ha reso una dichiarazione – prodotta anche nel presente procedimento – dalla quale non risultano elementi che

possano essere espressione di una ripartizione orizzontale delle prestazioni oggetto dell'appalto, nel senso sopra chiarito.

Infatti, la capogruppo Markas Service S.r.l. si è impegnata “*ad eseguire il servizio di gestione dell'intera produzione e confezionamento pasti presso il centro di cottura Pomo d'Oro (e pertanto equivalente all'intera gestione del lotto 2 ed alla parte del lotto 1 inerente la produzione ed il confezionamento dei pasti) e dunque corrispondente ad una quota percentuale pari al 51%*” mentre La Ghirlandina S.r.l. (mandante) si è impegnata “*ad eseguire il servizio di distribuzione dei pasti prodotti dal centro produzione pasti Melograno, la fornitura di generi alimentari da destinarsi al medesimo centro e il trasporto e distribuzione pasti prodotti dal centro Pomo d'Oro (e pertanto equivalente all'intera gestione dei lotti 3 e 4 ed al trasporto e distribuzione di cui al lotto 1) e dunque corrispondente ad una quota percentuale pari al 49%*”. Pertanto, sono stata nettamente distinte le prestazioni inerenti la produzione e il confezionamento dei pasti – naturalmente comprensive di tutte le fasi quali: approvvigionamento, stoccaggio, preparazione, confezionamento, lavaggio etc. – attribuite alla sola capogruppo, da quelle inerenti il trasporto e la distribuzione dei pasti, nonché la consegna di derrate alimentari, attribuite alla sola mandante, e risulta di fatto smentita l'asserzione dell'impresa seconda classificata Concerta S.p.A., secondo la quale la Markas Service S.r.l. si sarebbe riservata l'esecuzione dei lotti 1 (€846.988,80) e 2 (€159.600,00) per un valore complessivo di €1.006.668,80, pari al 68,3% del servizio, atteso che dalla sopra richiamata dichiarazione resa emerge inequivocabilmente che la Markas Service S.r.l. non ha mai dichiarato di voler eseguire entrambi i lotti 1 e 2.

Pertanto, quanto affermato dalla Markas Service S.r.l. in relazione all'attribuzione della parte del lotto 1 inerente la sola produzione e confezionamento dei pasti (per un importo pari a €750.048,08), si rivela verosimile anche alla luce degli accordi tra le associate risultanti dall'atto costitutivo dell'associazione temporanea (allegato alla nota del 19 novembre 2010). All'art. 8 dell'atto costitutivo si prevede, infatti, che alla Markas Service S.r.l. spetti solo una quota del prezzo di vendita inerente il lotto 1, e più precisamente €3,79, poiché la differenza, pari a €1,80, è attribuita a La Ghirlandina S.r.l. per l'esecuzione del servizio di trasporto e distribuzione (al riguardo, non risulta contestato che il prezzo offerto in sede di gara per il lotto 1 sia pari alla somma delle due quote: €5,59).

Inoltre, ancorché la *lex specialis* non contenesse la specificazione delle prestazioni ritenute principali e di quelle da considerare secondarie, in assenza della quale è controversa in giurisprudenza l'astratta ammissibilità della partecipazione di A.T.I. verticali, si devono tuttavia tenere in debito conto le peculiarità del caso di specie sottoposto all'esame di questa Autorità. Al riguardo si evidenzia che l'oggetto dell'appalto non è identificato dalle norme di gara come un unico servizio bensì come “*servizio di refezione scolastica, servizi accessori e fornitura di generi alimentari*” e che la procedura in esame, per un verso, è senza dubbio sottratta alla disciplina integrale del Codice dei contratti pubblici, ai sensi dell'art. 20 del D.Lgs. n. 163/2006, trattandosi di un appalto avente ad oggetto servizi di cui all'Allegato II B del D.Lgs. n. 163/2006, (in tal senso cfr. art. 5 del Bando di gara), per altro verso, è comunque soggetta ai principi generali di proporzionalità, tutela della concorrenza e *favor participationis*, in base ai quali deve consentirsi agli operatori economici di presentare offerta nella forma del raggruppamento temporaneo verticale, laddove il bando o le peculiarità del servizio da appaltare non ostino all'utilizzo di detto istituto (cfr., per una fattispecie analoga, TAR Puglia, Bari, Sez. I, 2 dicembre 2009, n. 2990). Ciò a maggior ragione in presenza del richiamato chiarimento, fornito dalla stazione appaltante in data 7 luglio 2010, che ammetteva esplicitamente la possibilità per i concorrenti di costituire un'A.T.I. verticale e di partecipare in tale veste alla procedura di gara di cui trattasi.

Per quanto sopra argomentato, appare dunque possibile nella specie, pur in assenza di specifiche indicazioni della *lex specialis*, distinguere tra prestazioni principali e prestazioni secondarie, e a tal fine appare ragionevole separare la “produzione ed il confezionamento dei pasti”, da considerare quale prestazione principale del servizio di refezione, dalla “distribuzione e fornitura di derrate”, qualificabili in termini di prestazioni secondarie anche in termini economici.

Ciò consente di risolvere anche il secondo aspetto controverso, concernente la coerenza delle quote di partecipazione dichiarate dal suddetto R.T.I. in sede di offerta (51% per Markas Service S.r.l. e 49% per La Ghirlandina S.r.l.) con quanto stabilito negli atti di gara, che si limitano a prevedere una suddivisione in lotti – all'interno dei quali sono previste sia le prestazioni di produzione e confezionamento pasti sia quelle di trasporto e distribuzione degli stessi – mentre il R.T.I. aggiudicatario provvisorio ha scorporato tali attività, attribuendo le prime, ritenute prestazioni principali, alla capogruppo Markas Service S.r.l., e le seconde, ritenute prestazioni secondarie, alla mandante La Ghirlandina S.r.l.

In merito si può rilevare che tale coerenza va ricercata nell'ammissibile scelta di ripartire i servizi non sulla base di un elemento meramente formale, quale la suddivisione in lotti adottata dalla stazione appaltante, ma secondo un criterio sostanziale che permettesse di separare in modo effettivo le prestazioni principali di produzione dei pasti da quelle secondarie. Ne consegue che, nella ripartizione delle attività all'interno del Raggruppamento Temporaneo di Imprese aggiudicatario provvisorio le due società componenti il raggruppamento medesimo si sono prevalentemente attenute alla sostanza dell'appalto: la capogruppo Markas Service S.r.l. si è impegnata ad eseguire la prestazione principale inerente la produzione dei pasti (comprensiva di tutte le fasi quali l'approvvigionamento, lo stoccaggio, la preparazione, il confezionamento, il lavaggio, etc.) per un importo pari a complessivi stimati € 750.048,08, equivalente al 51%; mentre la mandante La Ghirlandina S.r.l. si è impegnata ad eseguire la prestazione secondaria inerente la veicolazione dei pasti, la loro distribuzione e la consegna di derrate alimentari. In questo quadro va valutata l'esecuzione del lotto 4 (fornitura di generi alimentari) a cura de La Ghirlandina S.r.l. e la distribuzione dei pasti attribuita in via esclusiva alla medesima società per un importo pari a complessivi stimati € 720.634,44, equivalente al 49%.

Ciò considerato e tenuto conto del chiarimento fornito all'Amministrazione in data 7 luglio 2010, deve, quindi, ritenersi che La Ghirlandina S.r.l. non era tenuta a presentare la certificazione di qualità in quanto mandante in raggruppamento temporaneo di natura verticale.

Da ultimo, si deve precisare, altresì, che esulano dall'oggetto dell'istanza di parere presentata dal Comune di Maranello, sul quale l'Autorità è chiamata ad esprimere il proprio avviso, gli ulteriori profili evidenziati, in sede di contraddittorio documentale, dalla Concerta S.p.A. in materia di avvalimento, ferma restando, tuttavia, la necessità che la stazione appaltante valuti con attenzione il ricorso all'istituto dell'avvalimento nel caso concreto ed il puntuale rispetto della disciplina in materia, espressamente richiamata nella *lex specialis* di gara.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che al R.T.I. aggiudicatario provvisorio, composto dalla Markas Service S.r.l. (capogruppo mandataria) e dalla Ghirlandina S.r.l. (mandante), debba riconoscersi natura di raggruppamento verticale e che la sua partecipazione alla gara in tale veste sia conforme alla *lex specialis* e ai chiarimenti forniti dalla stazione appaltante in ordine al possesso della certificazione di qualità.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 21 marzo 2011

Il Segretario: Maria Esposito