

Parere n.13 del 08/02/2012

PREC 270/11/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'Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale "Santobono Pausilipon" – "*Procedura aperta per l'affidamento dei servizi per la gestione del CUP aziendale, sportelleria, front-office, gestione ricoveri, back-office, call center ed altri servizi informatici di durata triennale (prorogabile di un ulteriore biennio)*" – Data di pubblicazione del bando: 4.7.2011 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base d'asta: euro 1.682.127,00 – S.A.: Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale "Santobono Pausilipon"- Napoli.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 9 novembre 2011 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con la quale l'Azienda Ospedaliera "Santobono Pausilipon" ha chiesto un parere in merito alla legittimità dell'esclusione disposta nei confronti dell'ATI Fastweb S.p.A./Input Data S.r.l. per aver violato l'art. 275, comma 2, del D.P.R. n. 207/2010.

Più specificamente, la stazione appaltante specifica che nell'ambito della procedura di gara in oggetto, come risulta dal verbale n. 1 del 29.9.2011, la Commissione ha ravvisato la necessità di acquisire un parere in ordine al seguente aspetto: nell'ambito del RTI orizzontale Fastweb S.p.a. (mandataria) – Input Data S.r.l. (mandante) *ex* art. 37, commi 2, 4, e 13, la Ditta mandataria partecipa nella quota minoritaria del 31% e la Ditta mandante nella residua quota del 69%. Nel rispetto della legge e del disciplinare di gara, il raggruppamento ha dichiarato e dimostrato il possesso del requisito di capacità tecnica nella misura di almeno il 40% in capo alla mandataria, ai sensi del combinato disposto degli articoli 253, comma 9, del D.lgs n. 163/2006 e 95, comma 2, del D.P.R. n. 554/1999. La Ditta mandataria, tuttavia, ha dichiarato, come già detto, una misura minoritaria di partecipazione al RTI e, di conseguenza, di esecuzione dell'appalto.

Ciò premesso, la S.A. formula il seguente quesito: "*se il mancato rispetto dell'art. 275, comma 2, del D.P.R. n. 207/2010 (secondo il quale "la mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria")*", ai sensi dell'art. 46, comma 1-bis del D.Lgs n. 163/2006 configuri un inadempimento ad una prescrizione normativa da sanzionare con l'esclusione dalla procedura di gara, benché l'esclusione non sia espressamente disposta dall'art. 275, comma 2, richiamato".

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 5 dicembre 2011, entrambe le ditte del raggruppamento ribadiscono l'illegittimità del provvedimento di esclusione sull'assunto della mancata previsione di una tale sanzione sia ad opera dell'art. 275, comma 2, del D.P.R. n. 207/2010 che del disciplinare di gara, nonché in base alla asserita inestensibilità, agli appalti di servizi, del principio, consolidato per gli appalti di lavori, di corrispondenza tra quote di partecipazione al RTI, quote di esecuzione della prestazione oggetto del contratto e quote di

possesso dei requisiti di capacità tecnico organizzativa. Entrambe le ditte osservano, inoltre, che *“nulla vieta poi, considerata, appunto, la mancanza di una esplicita sanzione di esclusione in caso di violazione di quanto disposto dall’art. 275 e la assoluta vacatio sul punto della lex specialis di gara, che il RTI concorrente modifichi la percentuale di ripartizione delle attività in modo da conformarsi al precetto regolamentare. Tale ipotesi è stata indebitamente e frettolosamente esclusa dalla stazione appaltante pur non arrecando alcun nocumento alla par condicio dei concorrenti”*.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne *il mancato rispetto, ad opera del raggruppamento partecipante alla gara in oggetto, dell’art. 275, comma 2, del D.P.R. n. 207/2010 (secondo il quale la mandataria deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria), per cui la stazione appaltante chiede se, ai sensi dell’art. 46, comma 1-bis del D.Lgs n. 163/2006, possa parlarsi al riguardo di un inadempimento ad una prescrizione normativa da sanzionare con l’esclusione dalla procedura di gara, benché l’esclusione non sia espressamente disposta dal richiamato art. 275, comma 2.*

Al riguardo, va anzitutto premesso quanto segue.

A norma dell’art. 95, comma 2, del D.P.R. n. 554 del 1999 –costituente il precedente della disposizione di cui all’art. 275, comma 2, del D.P.R. n. 207/2010 – per *“le associazioni temporanee di imprese e per i consorzi di cui all’articolo 10, comma 1, lettere d), e) ed e-bis), della Legge di tipo orizzontale, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara per le imprese singole devono essere posseduti dalla mandataria o da una impresa consorziata nelle misure minime del 40%; la restante percentuale è posseduta cumulativamente dalle mandanti o dalle altre imprese consorziate, ciascuna nella misura minima del 10% di quanto richiesto all’intero raggruppamento. L’impresa mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura maggioritaria”*.

Senonché, il citato precedente normativo si riferisce alla disciplina dei lavori pubblici, costituendo una disposizione regolamentare di attuazione della legge Merloni.

Su tale disciplina si è consolidato l’orientamento giurisprudenziale (v., tra le altre, Cons. giust. amm. Reg. Sic. 12 novembre 2008 n. 931; Cons. Stato, Sez. V, 11 dicembre 2007 n. 6363 e 19 febbraio 2007 n. 832; TAR Liguria, Sez. II, 17 dicembre 2009 n. 3781; TAR Lazio, Latina, 5 maggio 2009 n. 397) che ha ritenuto che, nel disporre che in caso di associazione temporanea di imprese la mandataria posseda, in ogni caso, in misura maggioritaria i requisiti prescritti, la norma intendesse assicurare che l’impresa capogruppo fosse effettivamente, e non solo astrattamente o potenzialmente, il soggetto più qualificato in rapporto all’importo dei lavori a base d’asta.

Va ancora premesso che al quesito sollevato, con riferimento ad un appalto di servizi, la giurisprudenza amministrativa dà soluzioni non univoche, come esattamente osservato dalla S.A. nella richiesta di parere.

Non di meno, non può non rilevarsi quanto segue.

Anzitutto, che non è possibile attualmente sostenere che la chiara disposizione di cui all’art. 275, comma 2, del DPR n. 207/2010 per cui *“la mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria”* – diversamente dalla precedente di cui all’art. 95,

comma 2, del DPR n. 554/1999 che si limitava a statuire che “*l’impresa mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura maggioritaria*” – non implichi l’obbligo della stessa mandataria di assumere su di sé la quota maggioritaria dell’appalto.

Nel caso all’esame, pertanto, l’esclusione a carico del RTI orizzontale Fastweb s.p.a. – Input Data s.r.l. (art. 37, commi 2, 4 e 13) si profilerebbe perché nel documento con cui il costituendo raggruppamento chiedeva di essere ammesso alla procedura di gara veniva espressamente indicato che la mandataria partecipava nella quota minoritaria del 31% e la ditta mandante nella quota residua del 69%, pur avendo la prima, nel rispetto della legge e del disciplinare di gara, dichiarato e dimostrato il possesso del requisito di capacità tecnica nella misura di almeno il 40% e senza che il disciplinare contempli espressamente quanto sopra, con espressa indicazione di una conseguente interdizione dalla gara.

Per quanto riguarda la dichiarazione circa le quote di partecipazione, si deve osservare, in via preliminare e in linea generale, che, (anche) nelle procedure concorsuali riguardanti forniture e servizi, gli operatori economici riuniti o consorziati hanno l’obbligo di specificare le parti delle prestazioni che saranno eseguite da ciascuna impresa del gruppo, nonché le quote di partecipazione.

Nel caso in esame, il silenzio della *lex specialis* non fa venir meno la necessità, non irragionevole, che l’impresa mandataria, in linea con il ruolo preminente che riveste all’interno dell’ATI, in quanto rappresentante dell’associazione e interlocutrice diretta dell’Amministrazione, assuma anche la quota maggioritaria dell’appalto, previa corrispondente partecipazione nel raggruppamento. E ciò va affermato, in virtù dell’eterointegrazione legale del contratto *ex art. 1339 c.c.*, a prescindere dalla presenza o meno di una disposizione (di legge, regolamentare, o contenuta nella *lex specialis* della gara) che imponga la corrispondenza tra quota di requisiti per la partecipazione alla gara, quota di partecipazione al raggruppamento e quota di esecuzione della prestazione oggetto del contratto.

È pur vero, però, che una nutrita giurisprudenza ritiene all’opposto che l’art. 37 del d. lgs. 163/06 non sia espressione di principi generali e non possa, quindi, trovare applicazione in relazione all’affidamento di servizi, dove è molto più ampia la discrezionalità riconosciuta alla stazione appaltante nell’individuazione dei requisiti di capacità tecnica e nella correlazione tra questi e le prestazioni da eseguirsi nell’ambito del raggruppamento di imprese.

Da ciò conseguirebbe che solo una clausola inequivoca della *lex specialis* di gara potrebbe legittimamente estendere agli appalti di servizi il sopra richiamato principio di corrispondenza tra requisiti di capacità tecnica quote di partecipazione e quote di esecuzione del contratto.

Vale tuttavia rilevare che una tale opinione, largamente condivisa con riferimento alla previgente normativa di settore, deve fare i conti, oggi, con la sopravvenienza del DPR 207/2010 – che ha espressamente previsto, all’art. 275, che, anche in relazione all’affidamento dei servizi, “*la mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria*” – in quanto entrato in vigore l’8 giugno 2011 (e cioè prima della pubblicazione del bando avvenuta il 4 luglio 2011) e, quindi, applicabile alla fattispecie in esame.

Oltre a ciò, si consideri la più recente giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 18 luglio 2011, n. 4355), secondo cui “*poiché l’art. 37, comma 4, in combinato disposto con il comma 13, del d.lvo 12 aprile 2006 n. 163, stabilisce l’obbligo di specificare le parti di servizio da eseguirsi da parte di ognuno (co. 4) e, con disposizione valida anche per gli appalti di servizi, che i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento (co.13), è evidente che deve sussistere una perfetta corrispondenza tra quota di servizi eseguita dal singolo operatore*

economico e quota di effettiva partecipazione al raggruppamento e vi è necessità che sia l'una che l'altra siano specificate dai componenti del raggruppamento all'atto della partecipazione alla gara".

In tale senso è ormai orientata la giurisprudenza (Cons. Stato, III, 11 maggio 2011, n. 2804; III, 7 marzo 2011, n. 1422; III, 6 aprile 2011, n. 2132; si veda anche Sez. VI, 1 ottobre 2009, n.5946; V, 28 agosto 2009, n.5098) che ha messo in luce come, con la disposizione posta dall'art. 37, comma 13, valida anche per gli appalti di servizi, il legislatore abbia inteso evitare che ai requisiti di partecipazione e di qualificazione non corrisponda un identico impegno in sede di esecuzione dei lavori, con conseguente obbligo di specificazione delle parti delle prestazioni che saranno eseguite da ciascuna delle imprese partecipanti al raggruppamento.

La prefata disposizione è espressione di un principio di carattere generale che risponde a diverse esigenze di pubblico interesse:

- a) consentire la conoscenza preventiva da parte della stazione appaltante di chi tra i diversi partecipanti al RTI sia il soggetto che si è impegnato effettivamente a eseguire le varie parti del servizio ;
- b) agevolare la verifica da parte della commissione di gara delle competenze tecniche degli esecutori per ogni parte del servizio;
- c) rendere la composizione del raggruppamento effettiva e rispondente a reali esigenze di sinergia delle capacità tecniche-finanziarie integrative e complementari;
- d) rendere possibile una maggiore speditezza nella fase di esecuzione del contratto;
- e) non consentire la partecipazione di imprese non qualificate che potrebbero aggirare (anche solo per parte del servizio) le norme di ammissione stabilite dal bando;
- f) non consentire, ai fini della valutazione tecnica delle offerte, la partecipazione di un raggruppamento composto da imprese con una presenza meramente fittizia.

Il suddetto obbligo di specificazione delle quote di partecipazione trova applicazione anche per i raggruppamenti costituenti, che sono tenuti anch'essi a indicare già nella fase di ammissione alla gara, e dunque prima della aggiudicazione, le quote di partecipazione di ciascuna impresa al futuro raggruppamento e le quote di ripartizione delle prestazioni oggetto dell'appalto (Cons. Stato, III, 11 maggio 2011, n. 2804 cit.).

In sintesi, si può concludere che, a prescindere dal contenuto della *lex specialis*, si impone il rispetto delle prescrizioni dell'art. 37 del d.lgs. n.163 del 2006 e che, ai sensi dell'art. 46, comma 1-bis, del Codice, vanno esclusi i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, senza che alla stazione appaltante sia lasciato alcun margine di discrezionalità.

Per il principio di etrointegrazione legale delle clausole del contratto, inoltre, la *lex specialis*, pur nel silenzio, va interpretata nel senso di avere comunque prefissato oltre che un livello di qualificazione, anche un livello di partecipazione ed esecuzione delle prestazioni della mandataria in misura maggioritaria rispetto alle mandanti. La *ratio* di tale interpretazione risiede nell'esigenza di assicurare che la mandataria sia effettivamente il soggetto più qualificato in rapporto al complesso delle prestazioni oggetto dell'appalto, ancorché di servizi, nell'ottica della già

evidenziata corrispondenza sostanziale tra la quota di qualificazione, la quota di partecipazione alla associazione e quella di esecuzione delle prestazioni, fissata dall'art. 37 soprarichiamato.

In conclusione, non può che ritenersi illegittima la formazione di un raggruppamento di imprese nel quale le mandanti assumano, come nel caso esaminato, una quota di partecipazione superiore a quella della mandataria, qualora, in corrispondenza della attestazione richiesta a quest'ultima del possesso di requisiti in misura maggioritaria, manchi l'impegno della stessa mandataria, pur nel silenzio della *lex specialis* sul punto, a svolgere il servizio oggetto dell'appalto in misura maggioritaria .

Nei suesposti sensi è il parere di questa Autorità, per ogni conseguente provvedimento conformativo dell'iter procedimentale della gara in oggetto che la S.A., nel suo prudente apprezzamento, ritenga in autotutela di adottare.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, conforme alla vigente normativa di settore l'esclusione dalla gara in oggetto dell'ATI Fastweb S.p.A./Input Data S.r.l..

I Relatori: Cons. Giuseppe Borgia, Pres. f.f. Sergio Santoro

Il Presidente f.f.: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 febbraio 2012

Il Segretario: Maria Esposito