

## **Parere n.37 del 27/03/2013**

### **PREC 131/12/S**

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da : Rtp: 2 Di Tec s.a.s. (capogruppo) – Arch. Festa – Arch. Spiezia – Ing. Russo – Ing. Petrillo – Geom. Petrella – Arch. Servodidio – Procedura aperta per l'affidamento di *“Incarico di direzione lavori e coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione relativamente all'intervento di realizzazione dell'emissario di fognario”* - Importo complessivo lordo €168.919,80 – Criterio di aggiudicazione: Offerta economicamente più vantaggiosa – S.A.: Comune di Grazzanise

**Servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria. Partecipazione in raggruppamento.**

**Legittima esclusione per mancanza, in capo alla mandataria, della quota di partecipazione maggioritaria richiesta dalla *lex specialis* di gara.**

**Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 22 marzo 2012, il Raggruppamento formato da : “2 Di Tec” s.a.s. (capogruppo) – Arch. Festa – Arch. Spiezia – Ing. Russo – Ing. Petrillo – Geom. Petrella – Arch. Servodidio ha presentato l'istanza di parere in oggetto, con cui ha chiesto l'avviso dell'Autorità in merito alla propria esclusione dalla procedura bandita dal Comune di Grazzanise per l'affidamento di incarico di direzione lavori e coordinamento della sicurezza. L'istante ha precisato di essere stata esclusa in quanto, a parere della Commissione giudicatrice, i mandanti Spiezia, Russo, Petrillo, Petrella e Servodidio sarebbero sprovvisti dei requisiti secondo le rispettive quote di partecipazione, alla luce dell'insegnamento del Consiglio di Stato (Sez. III, n. 6848 del 16/11/2011) e di questa Autorità (parere di precontenzioso n. 142 del 22/07/2010).

Secondo l'istante, sussisterebbero nel caso in esame i presupposti per la riammissione in gara in quanto, alla luce della normativa di riferimento del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006) e del relativo regolamento di esecuzione (d.p.r. n. 207/2010), i mandanti sarebbero cumulativamente in possesso dei requisiti nella programmata quota di partecipazione, pari al 49% complessivo, frutto della sommatoria delle quote di spettanza di ciascun mandante come regolarmente indicate nella domanda di gara. L'istante ha quindi chiesto a questa Autorità non solo la riammissione alla gara, ma anche la verifica, con riferimento a tutti i partecipanti, degli adempimenti di cui all'art. 37, comma 4, del d.lgs. n. 163/06 e dell'art. 253, comma 5, del d.P.R. n. 207/2010.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 13 giugno 2012, la stazione appaltante, nel precisare che nelle more la gara è stata definitivamente aggiudicata all'operatore economico ing. Cosma Niutta, ha confermato la correttezza del proprio operato, osservando che i soggetti riuniti nel costituendo raggruppamento istante non sarebbero qualificati secondo le rispettive quote di partecipazione. Ha aggiunto che la invocata verifica su tutti i partecipanti non sarebbe necessaria e che sarebbe inapplicabile al caso di specie l'art. 253, comma 5, del d.P.R. n. 207/2010 perché non riguarda le prestazioni in appalto.

#### *Ritenuto in diritto*

Oggetto della richiesta di parere è la legittimità del provvedimento di esclusione, disposto dalla commissione di gara sulla base dell'assunto che il costituendo raggruppamento istante sarebbe

privo dei requisiti di qualificazione secondo le rispettive quote di partecipazione dei soggetti raggruppati. Infatti, il provvedimento di esclusione, come si desume dalla disamina del verbale di gara prot. n. 2008 del 01/03/12, è motivato sia per la mancanza, in capo alla mandataria, di una quota di partecipazione maggioritaria sia perché le mandanti su indicate *“partecipano alla gara con quote di partecipazione non coperte da corrispondenti percentuali di requisiti”*. Risulta, invero, dal medesimo verbale che il costituendo raggruppamento istante ha indicato, in sede di istanza di partecipazione alla gara, le seguenti quote di partecipazione: “2 Di Tec” s.a.s. 15% (capogruppo) – Arch. Festa 10% – Arch. Spiezia 40% – Ing. Russo 5% – Ing. Petrillo 14% – Geom. Petrella 14% – Arch. Servodidio 2%. Trova quindi riscontro quanto opinato dalla Commissione di gara a proposito della pretesa insussistenza di adeguati requisiti di qualificazione in capo ai singoli componenti del costituendo raggruppamento, esattamente perché il mandatario non risulta partecipare alla gara per una percentuale maggioritaria, ovvero sia almeno pari al 51%. In ordine al possesso dei requisiti di partecipazione il disciplinare di gara (punto 2.3), prevede che *“la mandataria deve possedere una percentuale pari almeno al 51% degli stessi requisiti [e]...in ogni caso possiede i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti”*. A sua volta la normativa generale in materia di procedure d'appalto statuisce nel medesimo senso, come correttamente indicato nello stesso provvedimento di esclusione ed in particolare, le norme di cui all'art. 37, commi 3 e 13 del d.lgs. n. 163/2010, ma soprattutto l'art. 261, comma 7, del relativo regolamento di esecuzione (d.P.R. n. 207/2010), appunto dedicato alle gare per il conferimento di servizi di architettura ed ingegneria. Ebbene, a fronte di tali univoche disposizioni, la mandataria “2 Di Tec” s.a.s. partecipa alla esecuzione dei lavori per una percentuale ben inferiore non solo al limite del 60%, in proporzione dei requisiti posseduti, ma anche al 51%, siccome pari alla percentuale del 15%. Sul punto l'istante afferma di aver dichiarato, in sede di istanza di partecipazione al costituendo raggruppamento, una percentuale di servizi, nella veste di mandataria capogruppo, pari al 51%, ma tale asserzione non è comprovata da alcuna documentazione, risultando invece dal verbale di gara che ha dichiarato di partecipare per il solo 15% della prestazione.

La domanda di partecipazione alla gara della mandataria va esaminata alla luce dell'esatta formula di cui al comma 7 dell'art. 261 del regolamento di esecuzione, il quale prevede che *“In caso di raggruppamenti temporanei di cui all'articolo 90, comma 1, lettera g), del codice, i requisiti finanziari e tecnici di cui all'articolo 263, comma 1, lettere a), b) e d), devono essere posseduti cumulativamente dal raggruppamento. Il bando di gara, la lettera di invito o l'avviso di gara possono prevedere, con opportuna motivazione, ai fini del computo complessivo dei requisiti del raggruppamento, che la mandataria debba possedere una percentuale minima degli stessi requisiti, che, comunque, non può essere stabilita in misura superiore al sessanta per cento; la restante percentuale deve essere posseduta cumulativamente dal o dai mandanti, ai quali non possono essere richieste percentuali minime di possesso dei requisiti. La mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura maggioritaria percentuale superiore rispetto a ciascuna dei mandanti. La mandataria, ove sia in possesso di requisiti superiori alla percentuale prevista dal bando di gara, dalla lettera di invito o dall'avviso di gara, partecipa alla gara per una percentuale di requisiti pari al limite massimo stabilito”*. Orbene, atteso che il Disciplinare di gara, in applicazione della facoltà attribuita dalla norma in esame alla S.A., statuisce che *“Ai fini del computo complessivo dei requisiti del raggruppamento, la mandataria deve possedere una percentuale pari almeno al 51% degli stessi requisiti”*, la mandataria non risulta non essere in possesso di tale coefficiente minimo per quanto attiene al requisito del personale medio annuo di cui all'art. 263, comma 1 lett. d) d.P.R. n. 207/2010, in quanto pari soltanto al 50% (n. 2 su 4 complessivi). Inoltre, non risulta che la partecipazione della mandataria sia conforme alla statuizione di cui alla riprodotta norma del regolamento di esecuzione, laddove prevede che *“La mandataria, ove sia in possesso di requisiti superiori alla percentuale prevista dal bando di gara, dalla lettera di invito o dall'avviso di gara, partecipa alla gara per una percentuale di requisiti pari al limite massimo stabilito”*, in quanto, pur in possesso di requisiti in percentuale

preponderante (dal 108 al 173% del totale dei requisiti minimi richiesti, ad esclusione del personale medio annuo), partecipa alla gara soltanto per il 15% dei servizi in appalto, quindi inferiore al 60% richiesto dalla predetta normativa.

Quanto sopra vale dunque a ritenere legittima l'esclusione disposta nei confronti del raggruppamento istante.

Tuttavia, per mere esigenze di completezza, si ritiene di dover esaminare anche il secondo motivo posto a base del provvedimento in contestazione, secondo cui il raggruppamento è stato escluso anche perché le *“mandanti partecipano alla gara con quote di partecipazione non coperte da corrispondenti percentuali di requisiti”*.

La Commissione di gara osserva, nel richiamato verbale di gara, che, a fronte della rispettive percentuali di partecipazione al raggruppamento, i soggetti Arch. Festa – Arch. Spiezia – Ing. Russo – Ing. Petrillo – Geom. Petrella – Arch. Servodidio non presentano proporzionali requisiti di partecipazione, connessi al *“fatturato ultimi 5 esercizi”*, all'*“importo dei lavori classe VIII ultimi 10 anni”*, nonché all'*“importo dei lavori per due esercizi al personale medio annuo”*.

Al riguardo però non può non rilevarsi la fondatezza del rilievo mosso dall'istante in quanto è proprio alla luce della citata norma regolamentare che la stazione appaltante avrebbe dovuto limitarsi a motivare l'esclusione in contestazione in ragione della mancanza in capo alla mandataria di una quota di partecipazione maggioritaria. Infatti, l'art. 261, comma 7 del D.P.R. n. 207/2010 stabilisce che *“In caso di raggruppamenti temporanei di cui all'articolo 90, comma 1, lettera g), del codice, i requisiti finanziari e tecnici di cui all'articolo 263, comma 1, lettere a), b) e d), devono essere posseduti cumulativamente dal raggruppamento”*. Pertanto, contrariamente a quanto sostenuto dalla stazione appaltante, il fatto che le mandanti, a fronte delle rispettive percentuali di partecipazione non presentassero proporzionali requisiti di partecipazione, non si pone in contrasto con la disposizione appena richiamata e non costituisce, di per sé, motivo valido di esclusione, essendo i requisiti finanziari e tecnici posseduti cumulativamente dal raggruppamento.

Con l'istanza in esame il raggruppamento *“2 DI TEC”* chiede anche la verifica, con riferimento a tutti i partecipanti, degli adempimenti di cui all'art. 37, comma 4, del d.lgs. n. 163/06 e dell'art. 253, comma 5, del d.P.R. n. 207/2010, ma tale vaglio deve ritenersi assistito da un ridimensionato profilo di interesse, secondo l'orientamento di costante giurisprudenza che, con riguardo ad un soggetto legittimamente escluso da una gara d'appalto, esclude in linea generale la legittimazione a ricorrere, *“a meno che non permene l'interesse a ricorrere strumentale alla rinnovazione della selezione qualora si contesti l'ammissione di tutti gli altri partecipanti ovvero censuri un vizio idoneo a travolgere in radice la competizione, ciò in quanto tali deduzioni, ove fondate, comporterebbero l'onere per l'Amministrazione di indire una nuova procedura selettiva alla quale l'impresa precedentemente esclusa può partecipare, con conseguente chance di divenire aggiudicataria”* (cfr. TAR Lombardia – Brescia, Sez. II, n. 2510 del 28 dicembre 2009; C. Stato, Sez. V, n. 2871 del 11 maggio 2009 e n. 2629 del 4 giugno 2008). Alla luce di tanto, l'istanza non è meritevole di accoglimento, in quanto, come osservato dalla S.A. nella sua memoria, non vi è necessità di verificare gli adempimenti di cui all'art. 37, comma 4, del d.lgs. n. 163/06 (*“nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati”*) e dell'art. 253, comma 5, del d.P.R. n. 207/2010 (*“i raggruppamenti temporanei previsti dallo stesso articolo 90, comma 1, lettera g), del codice devono prevedere quale progettista la presenza di almeno un professionista laureato abilitato da meno di cinque anni all'esercizio della professione”*), atteso che il definitivo aggiudicatario dell'appalto (ing. Cosma Niutta) ha partecipato alla gara *singulatim* e comunque l'unico altro raggruppamento in gara (R.T.P. PAGOTTO – SESSA – MERCURIO – MARTINO) è stato già escluso dalla selezione.

In base a quanto sopra considerato, pertanto,

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il costituendo R.T.P. “2 Di Tec s.a.s.” (capogruppo) sia stato legittimamente escluso per mancanza, in capo alla mandataria, della quota di partecipazione maggioritaria richiesta dalla *lex specialis* di gara.

Il Consigliere Relatore: Alfredo Meocci

Il Presidente : Sergio Santoro

*Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 10 aprile 2013*

Il Segretario Maria Esposito