

Parere n.114 del 21/05/2014

PREC 304/13/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Società Engineering.MO S.p.A. – Procedura ristretta per l’affidamento del Servizio di gestione e manutenzione del Sistema Informativo della Polizia Stradale – Criterio di aggiudicazione: Offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base d’asta: €4.785.480,00 – S.A.: Ministero dell’Interno – Dipartimento della Pubblica Sicurezza.
Raggruppamenti sovrabbondanti.

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 30 ottobre 2013 è pervenuta l’istanza di parere in oggetto, con la quale la Società Engineering.MO S.p.A. chiede lumi a questa Autorità in ordine alla legittimità della disciplina della gara indetta dal Ministero dell’Interno - Dipartimento della Pubblica Sicurezza.

L’istante, dopo aver premesso che la gara si trova nella fase della prequalifica, evidenzia che il Disciplinare di gara - Capitolo 2, rubricato Condizioni di partecipazione - richiede determinati requisiti di capacità economica-finanziaria (“solo 2 referenze bancarie”) e di capacità tecnica (“fatturato specifico [2 contratti con fatturato nel triennio di 500 k] e alcuni profili professionali”). A ciò si aggiungono, a pena di esclusione, le “norme di garanzia della qualità”, includenti la certificazione ISO9001 e ISO27001.

Evidenzia inoltre che l’art. 6 punto 2, lett. d) 2 del Disciplinare di gara contempla la espressa esclusione di RTI che siano in grado di soddisfare singolarmente i requisiti economici e tecnici di partecipazione.

L’istante pertanto, preso atto anche dei chiarimenti forniti ai quesiti posti in sede di gara, chiede all’Autorità se le richiamate “norme di garanzia della qualità” non debbano essere ritenute “requisiti di capacità tecnica”, permettendo così una più ampia partecipazione di RTI alla gara. Chiede inoltre se sia legittima, oltre che ragionevole, la esclusione di RTI formati da due aziende che, possedendo singolarmente i requisiti di capacità tecnica ed economica, sono in posizione di controllo una dell’altra.

All’istruttoria procedimentale formalmente avviata da questa Autorità in data 20 dicembre 2013, ha fatto seguito la memoria della S.A. in difesa del proprio operato, la quale ha evidenziato che le certificazioni di qualità hanno natura di requisiti soggettivi, tanto da non esserne consentito l’avvalimento, e che l’esclusione di raggruppamenti cosiddetti sovrabbondanti sarebbe giustificata dall’esigenza, nel caso di specie particolarmente avvertita, di evitare intese restrittive della concorrenza.

Ritenuto in diritto

L’istante contesta in primo luogo l’art. 6, punto 2, lett. d) 2 del Disciplinare di gara, laddove prevede che “Non è ammessa la partecipazione in RTI di due o più imprese che siano in grado di soddisfare singolarmente i requisiti economici e tecnici di partecipazione, a pena di esclusione dalla gara del RTI così composto”.

L’istante evidenzia inoltre quanto statuito dall’art. 6, punto 2, lett. d), nel senso che: “In caso di RTI tale certificazione (di qualità, ndr) dovrà essere posseduta soggettivamente da ogni componente del raggruppamento medesimo”, auspicando la riconsiderazione della certificazione di qualità in termini di requisito di capacità tecnica e/o economica, in modo che l’azienda che ne risulti priva possa riunirsi in raggruppamento temporaneo al fine di sopperire al requisito mancante.

Ebbene, tale lettura della disciplina di *lex specialis* non può essere condivisa.

L'Autorità, con la Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012, al punto 7.3.1. ha ritenuto “non ammissibile un divieto generale di partecipazione per i raggruppamenti “sovrabbondanti” (sul punto, Cons. St., 11 giugno 2012, n. 3402), dovendo la questione essere valutata in relazione alla eventuale concreta portata anticoncorrenziale, nella medesima ottica che connota l'art. 38, comma 1, m-quater”.

Non è tuttavia infrequente imbattersi in una previsione di gara che sancisca il “divieto di raggruppamento sovrabbondanti”, anche noto come “clausola antitrust”, ma la giurisprudenza più recente (TAR Lazio Roma, III, 9 aprile 2013, 3558) ha escluso l'ammissibilità di tale fattispecie escludente, ponendosi in contrasto con il principio di tassatività delle clausole di esclusione introdotto dall'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163/2006. Il giudice amministrativo si è quindi, coerentemente, pronunciato per la nullità della clausola antitrust, che, nel caso di specie, stabiliva che non potessero partecipare alla gara riunite in RTI due o più imprese che fossero singolarmente in grado di soddisfare – anche mezzo di avvalimento – il possesso dei requisiti richiesti per partecipare all'affidamento del singolo lotto.

Al fine di ulteriormente chiarire la portata applicativa di clausole siffatte, il Presidente dell'Autorità ha emanato un Comunicato in data 12 maggio u.s. con il quale ha chiarito che “le indicazioni contenute nella determinazione n. 4/2012 devono essere intese nel senso che è sempre consentita la possibilità di costituire raggruppamenti temporanei, anche sovrabbondanti, e che l'eventuale esclusione può avvenire solo in alcuni casi particolari, cioè qualora ciò sia proporzionato e giustificato in relazione alla tipologia o alla dimensione del mercato di riferimento.

In ogni caso, si rammenta che l'esclusione non potrà mai essere automatica e che la stazione appaltante, qualora ravvisi possibili profili anticoncorrenziali nella formazione del raggruppamento, ha l'onere di valutare in concreto la situazione di fatto, richiedendo ai concorrenti le relative giustificazioni, che potranno basarsi non solo su elementi legati ad eventuali stati di necessità, in termini di attuale capacità produttiva, ma su ogni altro fattore rientrante nelle libere scelte imprenditoriali degli operatori economici, come l'opportunità ovvero la convenienza di partecipare in raggruppamento alla luce del valore, della dimensione o della tipologia del servizio richiesto. Nell'ambito della valutazione di tali elementi, la stazione appaltante dovrà, quindi, accertare se la formazione del raggruppamento ha avuto per oggetto o per effetto quello di falsare o restringere la concorrenza, e solo in caso di esito positivo dovrà essere disposta l'esclusione dalla gara”.

Nel caso di specie, la S.A. ha evidenziato nella sua memoria di controdeduzioni che il Disciplinare di gara introduce un importante temperamento al principio della esclusione dei RTI cosiddetti sovrabbondanti, statuendo che l'esclusione di tali soggetti riuniti “non sarà comunque automatica”. La legge di gara prevede, infatti, che << sarà assicurata alle imprese la possibilità di giustificare, di fronte alla stazione appaltante, la necessità di unirsi in raggruppamento temporaneo presentando idonea documentazione. Tale giustificazione non dovrà tuttavia limitarsi ad una mera “autocertificazione”, ma dovrà essere basata su precisi elementi in grado di corroborare la tesi delle imprese associate quali, ad esempio, il piano di business che evidenzia l'opportunità di partecipare in RTI alla luce del valore/dimensione/tipologia del servizio richiesto o dell'attuale stato delle imprese coinvolte (coinvolgimento in altri servizi, stato di difficoltà, temporanea impossibilità di utilizzare) >> (art. 6, punto 2, lett. d) del Disciplinare).

Tuttavia, alla luce delle indicazioni fornite dal Presidente dell'Autorità alle stazioni appaltanti in tema di raggruppamenti sovrabbondanti, un'eventuale esclusione potrà essere disposta solamente qualora ciò sia proporzionato e giustificato in relazione alla tipologia o alla dimensione del mercato di riferimento.

Con riferimento al quesito relativo al possesso della certificazione di qualità, si osserva che trattasi di requisito tecnico di carattere soggettivo dell'impresa, preordinato ad assicurare che l'impresa svolga il servizio secondo un livello minimo di prestazioni, accertate da un organismo qualificato, secondo parametri rigorosi delineati a livello europeo, che valorizzano l'organizzazione

complessiva dell'attività e l'intero svolgimento nelle diverse fasi. Nel caso di raggruppamenti di imprese, i requisiti tecnici di carattere soggettivo, tra i quali deve essere annoverata la certificazione di qualità, devono essere posseduti singolarmente da ciascuna impresa, a meno che non risulti che essi siano incontestabilmente riferiti solo ad una parte delle prestazioni, eseguibili da alcune soltanto delle imprese associate (Consiglio di Stato, Sez. V, 30 maggio 2005 n. 2765 e 25 luglio 2006 n. 4668; Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, parere 10 dicembre 2008 n. 254).

La previsione di cui all'art. 6, punto 2, lett. d) del Disciplinare di gara appare dunque del tutto ragionevole, logica e non arbitraria, laddove richiede il possesso delle certificazioni in capo a tutte le componenti del raggruppamento partecipante, in quanto si tratta di un requisito tecnico di carattere soggettivo volto ad assicurare che l'impresa svolga il servizio secondo determinati standard qualitativi accertati da organismi qualificati. Appare quindi ragionevole che tale valutazione venga estesa a tutti i soggetti tenuti ad eseguire le prestazioni contrattuali.

Come chiarito dall'Autorità, "in caso di partecipazione alla gara di un raggruppamento, ciascuna impresa facente parte dello stesso deve dimostrare il possesso delle certificazioni (di qualità) richieste dalla lex specialis. Ciò in quanto il possesso di queste ultime mira ad assicurare alla stazione appaltante l'esecuzione dell'appalto secondo un livello minimo di prestazioni in conformità a parametri qualitativi ed ambientali rigorosamente predefiniti, e, pertanto, ciascuna impresa esecutrice deve avere le certificazioni richieste (AVCP determinazione n.27 del 6.02.2007)" (Parere n. 206/2012).

In base a quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

- ritiene che sia consentita la possibilità di costituire raggruppamenti temporanei, anche sovrabbondanti, e l'eventuale esclusione possa avvenire solo qualora ciò sia proporzionato e giustificato in relazione alla tipologia o alla dimensione del mercato di riferimento, secondo le indicazioni fornite con Comunicato del Presidente del 12 maggio 2014.

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 5 giugno 2014

Il Segretario: Maria Esposito