

Parere n.122 del 06/06/2014

PREC 49/14/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dallo Studio Techne s.r.l. – “*Concorso di progettazione in due gradi per la realizzazione di un ponte sul fiume Serchio in Lucca*” – importo a base di gara euro 15.000.000,00 – S.A.: Provincia di Lucca.

Art. 37, secondo comma, del Codice – Art. 261, settimo comma, del Regolamento – Quote di partecipazione al raggruppamento temporaneo di progettisti.

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

Con bando del 19 aprile 2013, la Provincia di Lucca ha indetto un concorso in due gradi, ai sensi dell’art. 109 del Codice dei contratti pubblici, per la progettazione preliminare di un ponte sul fiume Serchio, *di importo complessivo presunto pari ad euro 15.000.000,00.*

Per quanto qui interessa, il paragrafo 7.1. del disciplinare di gara richiedeva ai fini della partecipazione il possesso di uno dei seguenti requisiti di capacità tecnica ed economica: “Avvenuto espletamento negli ultimi 10 anni di servizi di cui all’art. 252 del D.P.R. n. 207/2010, relativi a lavori appartenenti ad ognuna delle classi e categorie dei lavori cui si riferiscono i servizi da affidare. In particolare dovrà essere dimostrato l’avvenuto svolgimento di servizi relativi a lavori appartenenti alla classe IX cat. B (ex L. n. 143/49) per un importo pari ad almeno €6.000.000,00 e ed alla classe VI cat. A per importo pari ad almeno di €3.700.000,00”; oppure, in alternativa: “Avvenuto espletamento negli ultimi dieci anni di due servizi di cui all’art. 252 del D.P.R. n. 207/2010, relativi a lavori appartenenti ad ognuna delle classi e categorie dei lavori cui si riferiscono i servizi da affidare. In particolare dovrà essere dimostrato l’avvenuto svolgimento di servizi relativi a lavori appartenenti alla classe IX cat. B (ex L. n. 143/49) per un importo pari ad almeno €2.400.000,00 e ed alla classe VI cat. A per un importo pari ad almeno di €1.500.000,00. Si evidenzia che, ai sensi del comma 8 dell’art. 261, questo requisito non è frazionabile per i raggruppamenti temporanei”.

La verifica della documentazione amministrativa prodotta dai concorrenti è iniziata il 14 novembre 2013. Nella seduta pubblica del 14 febbraio 2014, il raggruppamento istante ha appreso di essere stato escluso dalla procedura, a causa della mancata dimostrazione dei requisiti di qualificazione in percentuale maggioritaria da parte della mandataria Studio Techne s.r.l., ai sensi dell’art. 261 del D.P.R. n. 207 del 2010.

Con istanza di precontenzioso trasmessa all’Autorità il 20 febbraio 2014, la Studio Techne s.r.l. contesta la legittimità del provvedimento di esclusione ed espone, a tal fine, di aver presentato offerta nella forma del r.t.p. di tipo verticale. All’interno del costituendo raggruppamento sarebbero state ripartite le differenti attività progettuali, in perfetta corrispondenza con la qualificazione posseduta per le classi VI-A (dalla mandataria Studio Techne s.r.l.) e XI-B (dalla mandante Redesco Progetti s.r.l.). In ogni caso, il raggruppamento nel suo insieme sarebbe in grado di soddisfare cumulativamente i requisiti di qualificazione tecnico-economica richiesti dal bando. Al più, si tratterebbe di un errore formale nell’indicazione delle percentuali di qualificazione e la stazione appaltante avrebbe dovuto concedere un termine per rettificare la domanda di partecipazione, mediante l’inversione dei ruoli tra mandante (Redesco Progetti s.r.l.) e mandataria (Studio Techne s.r.l.).

La Provincia di Lucca, formalmente avvisata con nota dell’Autorità del 14 marzo 2014, ha trasmesso le proprie osservazioni.

Ritenuto in diritto

Il quesito all'esame dell'Autorità riguarda il provvedimento di esclusione adottato dalla Provincia di Lucca nei confronti del r.t.p. Studio Techne s.r.l., nell'ambito della procedura aperta per il concorso di progettazione in due gradi avente ad oggetto la realizzazione di un ponte sul fiume Serchio. Nel modello "C" allegato alla domanda di partecipazione del raggruppamento istante, le quote di partecipazione e le prestazioni progettuali risultano ripartite nel modo seguente:

- la Studio Techne s.r.l. (capogruppo) assume una quota del 40% del r.t.p., per "progettazione stradale, idraulica, sicurezza";
- la Redesco Progetti s.r.l. (mandante) assume una quota del 50% del r.t.p., per "progettazione opere d'arte";
- l'arch. Ignazia Favata (mandante) assume una quota del 7% del r.t.p., per "progettazione architettonica e verifica ambientale";
- lo Studio Gaia (mandante) assume una quota del 3% del r.t.p., per "geologia".

Quanto ai requisiti di qualificazione prescritti dal paragrafo 7.1. del disciplinare di gara, va rilevato che la mandataria Studio Techne s.r.l. ha dichiarato di aver svolto nell'ultimo decennio servizi di progettazione appartenenti alla classe VI-A (richiesti per un importo minimo di 3.700.000,00 euro), mentre la mandante Redesco Progetti s.r.l. ha dichiarato aver svolto servizi nella classe IX-B (richiesti per un importo minimo di 6.000.000,00 euro).

Su tali presupposti, l'esclusione è legittima.

E' infatti evidente che la mandataria non ha assunto una posizione maggioritaria all'interno del raggruppamento, in relazione tanto alla percentuale di partecipazione (limitata al 40%) quanto alla percentuale di qualificazione (inferiore alla metà del fatturato complessivamente richiesto dal bando).

La stazione appaltante ha mostrato di ravvisare il motivo di esclusione nella seconda delle anzidette circostanze, e cioè nel fatto che la società capogruppo non possiede i requisiti tecnici ed economici di qualificazione in misura maggioritaria, in violazione di quanto prescritto dall'art. 261, settimo comma, del D.P.R. n. 207 del 2010.

La norma, come è noto, dispone che nelle gare per l'affidamento dei servizi di architettura ed ingegneria i requisiti finanziari e tecnici di cui all'art. 263, primo comma – lett. a), b) e d), del Regolamento devono essere posseduti cumulativamente dal raggruppamento, che ai fini del computo complessivo dei requisiti il bando di gara può prevedere che la mandataria debba possedere una percentuale minima degli stessi requisiti in misura superiore al sessanta per cento, che la restante percentuale deve essere posseduta cumulativamente dalle mandanti senza che sussista la possibilità di richiedere loro percentuali minime di possesso dei requisiti, che "la mandataria, in ogni caso, deve possedere i requisiti in misura maggioritaria percentuale superiore rispetto a ciascuna dei mandanti" e che essa, ove sia in possesso di requisiti superiori alla percentuale minima prevista dal bando di gara, partecipa per una percentuale di requisiti pari al limite massimo stabilito.

L'Autorità ha già chiarito in via interpretativa che la disposizione dell'art. 261, settimo comma, del Regolamento, riguardante il possesso dei requisiti in misura maggioritaria in capo alla mandataria, si applica soltanto nel caso di raggruppamento di tipo orizzontale o misto (per la sub-associazione orizzontale), mentre nel caso di raggruppamento verticale puro è sufficiente che ogni concorrente possieda i requisiti per la parte della progettazione che intende eseguire (così A.V.C.P., determinazione 10 ottobre 2012 n. 4).

Ed appunto la capogruppo Studio Techne s.r.l. lamenta che la stazione appaltante non abbia tenuto in considerazione la natura verticale del raggruppamento temporaneo.

Nella procedura in esame, in effetti, non poteva negarsi ai concorrenti la facoltà di partecipare nella forma del r.t.p. verticale, sebbene il bando ed il disciplinare di gara non contenessero l'esplicita distinzione tra prestazione principale e prestazioni secondarie ai sensi dell'art. 37, secondo comma, del Codice dei contratti pubblici (sulla indiscussa necessità, in materia di appalti di servizi, che il bando rechi tale indicazione affinché sia possibile la costituzione di un'a.t.i. verticale: A.V.C.P.,

parere 24 luglio 2013 n. 130; Id., parere 13 marzo 2013 n. 36; Id., parere 21 novembre 2012 n. 196). Va infatti considerato che, nei bandi ed avvisi per l'affidamento dei servizi di architettura ed ingegneria, all'onere di specificazione dell'attività principale e delle attività secondarie può assolversi anche mediante la mera individuazione delle classi e categorie di progettazione, con i relativi importi. E' tuttora risolutivo il richiamo degli indirizzi interpretativi espressi dall'Autorità in relazione al previgente D.P.R. n. 554 del 1999: "(...) Nel caso dei servizi tecnici l'ipotesi che siano presenti nell'oggetto del contratto più prestazioni, una delle quali è da definirsi la principale (quella di importo maggiore) e le altre secondarie, è molto frequente, in quanto gli interventi da progettare rientrano spesso in più classi e categorie, così come definite dall'articolo 14 della più volte citata legge n. 143/1949. (...) Alla luce di quanto illustrato, si possono quindi verificare due ipotesi: l'appalto prevede l'affidamento di servizi appartenenti ad una sola classe e categoria; l'appalto prevede l'affidamento di servizi appartenenti a più classe e categorie. Nel primo caso, possono partecipare all'appalto concorrenti singoli e raggruppamenti temporanei di tipo orizzontale. Nel secondo caso, possono partecipare concorrenti singoli e concorrenti in raggruppamento di tipo verticale o misto. Si precisa che, nel caso di raggruppamenti orizzontali, il requisito di cui all'articolo 65, comma 4 del D.P.R. n. 554/1999 per la mandataria riguarda una percentuale di requisiti minimi, che la stazione appaltante può fissare entro il limite massimo del 60%. Le mandanti devono coprire la restante quota del limite stabilito per la mandataria. (...) Nel caso di raggruppamento di tipo verticale, la mandataria, ai sensi di quanto disposto dall'articolo 37, comma 2, del Codice, deve possedere i requisiti nella percentuale del 100% di quanto previsto nel bando e con riferimento alla classe e categoria dei lavori di maggiore importo e, pertanto da considerarsi la classe e categoria principale in termini economici, e ognuna delle mandanti deve possedere i requisiti nella percentuale del 100% di quanto previsto nel bando e con riferimento alla classe e categoria dei lavori che intende progettare" (così A.V.C.P., determinazione 27 luglio 2010 n. 5; nello stesso senso, Id., parere 12 gennaio 2011 n. 10).

Dunque, nella gara indetta dalla Provincia di Lucca la prestazione principale si identificava nei servizi della classe IX-B ("Dighe, conche, elevatori. Ponti di ferro. Opere metalliche di tipo speciale di notevole importanza costruttiva e richiedenti calcolazioni particolari") per i quali il bando richiedeva ai concorrenti un fatturato pregresso di almeno 6.000.000,00 euro, mentre la prestazione secondaria in quelli della classe VI-A ("Strade ordinarie, linee tramviarie e strade ferrate in pianura e collina, escluse le opere d'arte di importanza da compensarsi a parte") con obbligo di dimostrare un fatturato pregresso di almeno 3.700.000,00 euro.

Ne discende che i concorrenti potevano senz'altro partecipare nella forma del raggruppamento verticale. Tuttavia, l'esclusione del raggruppamento istante deve essere giudicata legittima per altro profilo.

Si è visto, dall'esame del modello "C" allegato alla domanda, che la mandataria Studio Techne s.r.l. ha dichiarato la propria partecipazione al costituendo r.t.p. nella misura del 40% (impegnandosi ad eseguire la prestazione secondaria della classe VI-A) e che la mandante Redesco Progetti s.r.l. ha dichiarato di partecipare al costituendo r.t.p. nella misura del 50% (impegnandosi ad eseguire la prestazione principale della classe IX-B).

La posizione minoritaria della società capogruppo contrasta irrimediabilmente con la regola posta dall'art. 37, secondo comma, del Codice in tema di raggruppamenti temporanei d'impresa. Anche nella gare per l'affidamento dei servizi di architettura ed ingegneria, la capogruppo deve essere titolare di una partecipazione maggioritaria e ciò avviene, nei raggruppamenti verticali, con l'assunzione della prestazione principale (cfr., su fattispecie analoga: A.V.C.P., parere 27 marzo 2013 n. 37).

Infine, non appare accoglibile la pretesa della Studio Techne s.r.l. in ordine alla modificazione del raggruppamento in corso di gara, mediante l'inversione dei ruoli tra mandataria e mandante. La giurisprudenza ha chiarito, in termini generali, che le modificazioni soggettive delle associazioni temporanee non danno luogo a violazione della *par condicio* soltanto quando avvengano per esigenze organizzative proprie della compagine ovvero per vicende patologiche sopravvenute che

colpiscono una delle imprese associate, ma non sono ammissibili per eludere la legge di gara ed evitare l'esclusione per difetto di un requisito di ammissione al momento della presentazione dell'offerta (cfr., per tutte: Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2012 n. 8; nello stesso senso A.V.C.P., parere 27 marzo 2013 n. 44; Id., *parere AG 23/11 del 21 novembre 2012*).

Per quanto detto, deve concludersi che il r.t.p. Studio Techne s.r.l. non ha rispettato la norma che impone alla società capogruppo di assumere una partecipazione maggioritaria all'interno del raggruppamento ed è stato, pertanto, legittimamente escluso dalla gara in epigrafe.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

che la Provincia di Lucca ha legittimamente escluso il raggruppamento istante *per aver rilevato, ai sensi dell'art. 37, secondo comma, del Codice dei contratti pubblici, che la mandataria Studio Techne s.r.l. ha assunto una quota di partecipazione minoritaria ed ha dichiarato la volontà di eseguire una prestazione progettuale secondaria.*

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 17 giugno 2014

Il Segretario Maria Esposito