

Parere n. 28 del 13 febbraio 2014

PREC 199/13/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dallo Studio INGEO – Procedura aperta per l'affidamento di “Servizi di direzione lavori, misure e contabilità, assistenza al collaudo, coordinamento per la sicurezza in fase di esecuzione dell'intervento lavori di consolidamento del versante collinare nord – zona ospedale. VI e VII intervento.” – Importo a base di gara: €337.335,15 – S.A.: Comune di Lucera. **RTP costituendo. Possesso dei requisiti in misura maggioritaria da parte della mandataria.**

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

L'associazione di Professionisti STUDIO INGEO – Ingegneri e Geologi Associati – ha presentato l'istanza di parere in oggetto, con la quale ha chiesto l'avviso dell'Autorità in merito alla propria esclusione dalla procedura bandita dal Comune di Lucera. L'istante, che ha partecipato alla selezione nella veste di mandataria di costituendo RTP, ha precisato di essere stata esclusa a causa del mancato possesso del requisito di capacità tecnica in misura maggioritaria percentuale superiore rispetto a ciascuno dei mandanti, con riferimento alla categoria IXc (art. 261, comma 7, d.P.R. n. 207/2010).

Secondo l'istante sussisterebbero, nel caso in esame, i presupposti per la riammissione in gara in quanto, in primo luogo, la S.A. non ha richiesto il possesso di una quota minima dei requisiti economico-finanziari e tecnici. Inoltre il possesso dei requisiti “in misura maggioritaria” non sarebbe da rapportare a ciascun requisito o sotto-requisito, e quindi la propria posizione sarebbe conforme al disposto dell'art. 261, comma 7, primo e terzo periodo, non avendo dichiarato, in sede di offerta, le modalità di costituzione del RTP, che sarebbe da considerare misto.

L'istante ha espresso le proprie perplessità anche in ordine alla previsione del bando di gara che indica la misura del ribasso che non può essere superata “in relazione alla tipologia dell'intervento”, la quale sarebbe decisamente inferiore alla media dei ribassi correnti.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale, la Stazione appaltante ha confermato la correttezza del proprio operato evidenziando che si è provveduto, nelle more, a disporre l'aggiudicazione provvisoria in favore della ditta R.P.A. S.r.l. di Perugia.

La S.A. ha evidenziato che è comunque obbligatorio, a norma dello stesso art. 261, comma 7, il possesso del requisito minimo in capo alla mandataria secondo le ripartizioni per categoria previste dalla legge di gara. Inoltre la natura orizzontale del raggruppamento sarebbe desumibile dalla unicità della garanzia assicurativa. A sua volta l'istante ha fatto pervenire nota illustrativa dei rilievi sollevati, anche ricorrendo a una tabella di verifica circa il possesso dei requisiti di partecipazione, redatta secondo le prescrizioni di questa Autorità, la quale rispecchierebbe la reale natura mista, invece che orizzontale, del raggruppamento, natura che non potrebbe essere desunta dalle sole modalità di presentazione della cauzione.

Ritenuto in diritto

L'istante associazione di professionisti INGEO ha partecipato alla selezione indetta dal Comune di Lucera nella qualità di capogruppo mandataria di costituendo RTP. Le perplessità sollevate si appuntano sul provvedimento di esclusione emesso dalla Commissione di gara dalla seguente testuale motivazione: “relativamente al possesso dei requisiti di ordine speciale di cui al punto III.2.3 del bando di gara (capacità tecnica, art. 263, comma 1, lettere b), c) e d) del D.P.R. n. 207/2010) e dalla valutazione degli importi dei servizi prestati (relativi alla lettera b), in relazione a quelli degli altri componenti del raggruppamento (mandanti), si evince che la stessa capogruppo

mandataria non possiede il requisito in misura maggioritaria percentuale superiore rispetto a ciascuno dei mandanti, con riferimento alla categoria IXc (art. 261, comma 7 del D.P.R. n. 207/2010)”. Invero, il punto II.2.1 del bando di gara prevede che “L’importo complessivo stimato dei lavori, cui si riferiscono i servizi da affidare, è pari a €8.412.117,01 Iva esclusa, così suddiviso: Classe VII categoria A €5.706.393,66 Classe IX categoria C €2.705.723,35”.

L’istante richiama l’art. 261 del D.P.R. n. 207/2010 (rubricato: “Disposizioni in materia di affidamento dei servizi attinenti all’architettura e all’ingegneria”), nella parte in cui (comma 7, primo periodo) attribuisce alla S.A. la facoltà, non l’obbligo, di prevedere in capo alla mandataria il possesso di una percentuale minima dei requisiti del raggruppamento, facoltà della quale, sottolinea l’istante, la S.A. ha espressamente dichiarato di non volersi avvalere, come testualmente previsto dal punto 2.4 numero 2) del Disciplinare di Gara.

In realtà, come correttamente evidenziato dalla S.A., l’art. 261, comma 7 prevede che “La mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna dei mandanti”. Il contestato provvedimento di esclusione si fonda proprio su tale specifica disposizione normativa la cui applicazione non è condizionata dalle scelte della S.A., residuando qualche discrezionalità soltanto ai fini della individuazione della percentuale minima del possesso dei requisiti in capo alla mandataria. Il principio, coniato in termini generali per i servizi dall’art. 275 D.P.R. n. 207/2010, prevede che “la mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria”.

La previsione del bando non incide quindi sulla necessità, normativamente prevista, del possesso dei requisiti in misura percentuale maggiore in capo all’istante, nell’assunta veste di mandataria, rispetto a ciascuna delle mandanti.

A tal proposito l’Autorità, con il Parere n. 76 del 16 maggio 2012, nel richiamare precedenti atti (*determinazione n. 25 del 20 dicembre 2001 e pareri n. 54 del 2007, n. 236 del 2008, nn. 65, 80 e 203 del 2010*), ha evidenziato che l’espressione «*l’impresa mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura maggioritaria*» debba essere intesa con riferimento ai requisiti minimi richiesti per la partecipazione allo specifico appalto, e non in assoluto. Non è pertanto consentito che una mandante “spenda” una quota di importo superiore o uguale a quella della mandataria, rinvenendosi la *ratio* della norma *de qua* nell’esigenza di assicurare che la mandataria sia effettivamente e non astrattamente il soggetto più qualificato in rapporto non al complesso dei lavori a base d’asta, ma in rapporto a ogni singola categoria. Proprio al fine di assicurare in concreto tale corrispondenza, il requisito del possesso maggioritario in capo alla capogruppo mandataria non può essere riferito all’importo complessivo dei lavori, ma all’importo di ciascuna delle singole categorie di cui risulta composto l’appalto.

L’Autorità ha altresì evidenziato nel Parere n. 13 dell’8 febbraio 2012 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”. (...) 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 richiamare la giurisprudenza del 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", si è sottolineato che "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)".

Inoltre "per il principio di eterointegrazione legale delle clausole del contratto, 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".

L'istante contesta la legittimità della disposta esclusione anche secondo argomentazioni riferite alla natura del raggruppamento al quale appartiene, assumendo che questo sarebbe da qualificare misto invece che orizzontale, e depositando una tabella riassuntiva dei requisiti in possesso di ciascuno dei soggetti raggruppati secondo la pretesa natura mista del RTP, in cui per la categoria in questione IX.c la veste di mandataria sarebbe assunta dall'ing. Napoli, in possesso dei requisiti richiesti in misura maggioritaria rispetto alla relativa mandante (arch. Perelli).

In effetti nei raggruppamenti misti – riconosciuti espressamente dal legislatore nel settore dei lavori per la prima volta con la L. n.166/ 2002 e ora dall'art. 37 comma 6, D.Lgs. n.163/2006, ma ritenuti ammissibili anche negli appalti di servizi e forniture, e caratterizzati per il fatto che la prestazione principale e/o quelle secondarie sono oggetto di un sub-raggruppamento orizzontale – ogni sub-raggruppamento deve essere esaminato autonomamente, con la conseguenza che la verifica del possesso della qualificazione nella misura minima del 40% deve essere eseguita in capo alla capogruppo del sub-raggruppamento (da ultimo, T.A.R. Genova Liguria sez. II, 04 ottobre 2013, n. 1190).

Tuttavia, in sede di formulazione della domanda di partecipazione alla gara non è stata specificata la natura del raggruppamento in esame, e la distribuzione anche solo parzialmente verticale dei servizi in appalto tra i singoli soggetti raggruppati contrasta con la presentazione della garanzia richiesta dal bando da parte del solo Studio INGEO nella dichiarata veste di capogruppo mandataria. Tale circostanza assume rilievo sufficientemente significativo della natura orizzontale del raggruppamento, imponendo l'art. 128 D.P.R. n. 207/2010 la presentazione di distinte garanzie da parte degli operatori economici in raggruppamento verticale, ciascuno "in relazione alla propria quota di partecipazione".

Il punto III.1.1 del bando di gara ha espressamente recepito il testo del richiamato art. 128, riproponendone il suo esatto tenore letterale. Ne consegue che la mandataria di un raggruppamento partecipante alla gara, in base alla stessa *lex specialis*, è da ritenersi autorizzata alla presentazione delle garanzie "in nome e per conto di tutti i concorrenti", come avvenuto da parte di Studio INGEO, soltanto nel caso di raggruppamento orizzontale.

Considerata quindi la natura orizzontale del raggruppamento, nel quale lo Studio INGEO assume la veste di sola mandataria, questa non risulta in possesso, come peraltro si desume dalla stessa tabella riassuntiva prodotta dall'istante nel corso del procedimento, dei requisiti richiesti in misura maggioritaria secondo le previsioni di *lex specialis*.

L'istante lamenta infine la illegittimità della non meglio specificata previsione di *lex specialis* che impone la misura di massimo ribasso pari al 20 %, valore che secondo l'istante sarebbe tale da rendere irrilevante la previsione medesima siccome "decisamente inferiore alla media dei ribassi correnti per servizi della tipologia oggetto del bando". Si allude evidentemente al punto 4, lett. e.6 del Disciplinare, laddove prevede l'esclusione delle offerte "che riportino un ribasso superiore al 20,00%". Tale statuizione, come lo stesso istante evidenzia, costituisce applicazione dell'art. 266,

comma 1, lett. c), punto 1) del regolamento di attuazione (D.P.R. n. 207/2010), laddove prevede l'obbligo di fissare nel bando la percentuale del ribasso che non può essere superata "in relazione alla tipologia dell'intervento". Tale locuzione utilizzata dal legislatore denota che è riservata alla S.A. la determinazione della soglia di massimo ribasso secondo le caratteristiche dell'oggetto dell'appalto. Ne consegue l'infondatezza del rilievo in esame in assenza di elementi, non riscontrabili negli atti del procedimento, che denotino la palese inadeguatezza della misura indicata. Tale pretesa inadeguatezza, inoltre, è destinata ad influire sulla consistenza della platea dei concorrenti, ma non può di certo riflettersi, come paventa l'istante, sulla fase comparativa delle offerte.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione della mandataria Studio INGEO sia conforme alla normativa di settore e alla lex specialis.

Il Presidente
Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 20 febbraio 2014
Il Segretario Maria Esposito