PARERE N. 138 DEL 26 agosto 2015

PREC 17/15/S

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del d.lgs.163/2006 presentata congiuntamente dal Comune di S. Donà di Piave e dall'impresa Markas S.r.l. in qualità di mandataria dell'ATI Markas Sr.l. – City Service S.r.l. – Procedura aperta per l'affidamento del servizio di refezione con pasti veicolati alle suole dell'Infanzia e delle Primarie. Durata triennale (anni scolastici 2014/2015 – 2015/2016 – 2016/2017) – Importo a base di gara: euro 2.156. 804,00

Appalto di servizi – Partecipazione di raggruppamento di tipo verticale — Favor partecipationis

Negli appalti per l'affidamento di servizi rientranti nell'Allegato IIB al Codice dei contratti, in ragione dei principi di proporzionalità, tutela della concorrenza e *favor partecipationis*, è ammessa la partecipazione di RTI verticali quando il bando o le peculiarità del servizio da appaltare non ostano all'utilizzo di detto istituto, anche se il bando non individua espressamente le prestazioni principali e quelle secondarie.

Art. 37 d.lgs. 163/2006

Il Consiglio

VISTA l'istanza prot. n. 101615 del 19 settembre 2014 presentata congiuntamente dal Comune di S. Donà di Piave e dall'impresa Markas S.r.l. in qualità di mandataria dell'ATI Markas S.r.l. – City Service S.r.l. con la quale è stato chiesto parere in ordine alla legittimità dell'esclusione dalla gara del citato ATI per essersi presentato nella configurazione di ATI verticale in assenza dell'espressa individuazione nel bando delle prestazioni principali e secondarie, tenuto conto del consolidato orientamento giurisprudenziale (Consiglio di Stato, sez. III, 9 maggio 2012, n. 2689), condiviso dall'Autorità (pareri di precontenzioso n. 196 del 21 novembre 2012 e n. 36 del 13 marzo 2013), secondo cui la possibilità di costituzione di raggruppamenti di tipo verticale è condizionata alla puntuale indicazione nel bando di gara delle prestazioni principali e di quelle secondarie;

VISTE le memorie pervenute;

CONSIDERATO che l'ATI composto dalle due richiamate società ha dichiarato di ripartirsi il servizio nel modo seguente: il 51 % corrispondente all'attività di coordinamento e controllo, trasporto e distribuzione pasti attrezzature, canoni e spese relative alle migliorie offerte sarà eseguito da Markas

S.r.l. e il 49 % corrispondente all'attività di approvvigionamento derrate alimentari, produzione pasti, manutenzione attrezzature e utenze da City Service S.r.l.;

VISTO il parere di precontenzioso n. 47 del 10 marzo 2011 nel quale, in un caso simile a quello in esame, l'Autorità ha ritenuto che dalla dichiarazione resa dai due operatori economici componenti l'ATI, con le quali sono state nettamente distinte le prestazioni inerenti la produzione e il confezionamento dei pasti, attribuite alla sola capogruppo, da quelle inerenti il trasporto e la distribuzione dei pasti e la consegna delle derrate alimentari, attribuite alla mandataria «non risultano elementi che possano essere espressione di una ripartizione orizzontale delle prestazioni oggetto dell'appalto» e nel quale, ancorché la *lex specialis* non contenesse la specificazione delle prestazioni ritenute principali e di quelle da considerare secondarie, si è tuttavia tenuto in debito conto le peculiarità del caso sottoposto all'esame dell'Autorità, evidenziando che «l'oggetto dell'appalto non è identificato dalle norme di gara come un unico servizio bensì come "*servizio di refezione scolastica, servizi accessori e fornitura di generi alimentari*" e che la procedura, per un verso, è senza dubbio sottratta alla disciplina integrale del Codice dei contratti pubblici, ai sensi dell'art. 20 del D.Lgs. n. 163/2006, trattandosi di un appalto avente ad oggetto servizi di cui all'Allegato II B del D.Lgs. n. 163/2006, (…) per altro verso, è comunque soggetta ai principi generali di proporzionalità, tutela della concorrenza e *favor partecipationis*, in base ai quali deve consentirsi agli operatori economici di presentare offerta nella forma del raggruppamento temporaneo verticale, laddove il bando o le peculiarità del servizio da appaltare non ostino all'utilizzo di detto istituto (cfr., per una fattispecie analoga, TAR Puglia, Bari, Sez. I, 2 dicembre 2009, n. 2990)»;

VISTO l'articolo 2 del bando di gara che definisce l'oggetto dell'appalto nel modo seguente: «a) la preparazione e la fornitura di pasti caldi con trasporto (comprese le attività di sporzionatura, scodellamento e distribuzione) per gli alunni e gli insegnanti aventi diritto, delle seguenti scuole (…)»; b) la preparazione, il disbrigo e la completa pulizia della sale di refezione»;

VISTO l'articolo 11 del bando di gara che, benché non individui espressamente le prestazioni principali e quelle secondarie, menziona **le** ATI verticali e precisa che «per gli assuntori di prestazioni secondarie la responsabilità è limitata all'esecuzione delle prestazioni di rispettiva competenza»;

RITENUTO che il richiamato articolo 2 individua le diverse prestazioni di differente tipologia in cui il servizio è articolato;

CONSIDERATO che il richiamato articolo 11 del bando – quantunque appaia una ricostruzione di carattere generale della normativa relativa ai raggruppamenti temporanei di imprese - facendo esplicito riferimento alle ATI di tipo verticale è senza dubbio idoneo a trarre in errore gli operatori economici circa la possibilità di partecipazione alla gara anche delle ATI aventi tale struttura;

RITENUTO che in un contesto di incertezza circa l'interpretazione della portata precettiva di una clausola ambigua della legge di gara, deve accordarsi prevalenza all'interesse pubblico alla più ampia

partecipazione dei concorrenti in vista della selezione della migliore offerta proposta (pareri di precontenzioso n. 208 del 31 luglio 2008; n.66 del 10 ottobre 2007; sentenza TAR Piemonte, Sez. I, n. 252 del 24 febbraio 2012), ma anche dell'orientamento più volte espresso dall'Autorità, secondo cui eventuali omissioni o errori nella redazione della *lex specialis* non possono riverberarsi a danno dei concorrenti che hanno fatto legittimo affidamento su di essa, in quanto il principio di correttezza dell'azione amministrativa, in correlazione con la generale clausola di buona fede, che informa l'amministrazione nel suo complesso, non consente di traslare a carico del soggetto partecipante ad una gara le conseguenze di una condotta colposa della stazione appaltante (pareri di precontenzioso n.125 del 19 luglio 2012, n.117 del 16 giugno 2010; n. 93 del 10 settembre 2009; n. 21 del 12 febbraio 2009);

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- non è legittima l'esclusione dell'ATI Markas S.r.l. – City Service S.r.l. in quanto il bando e le peculiarità del servizio da appaltare non ostano all'utilizzo dell'istituto delle associazioni verticali di imprese.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio

In data 10 settembre 2015

Il segretario Adele Fioroni