

Parere n.36 del 13/03/2013

PREC 139/12/S

Oggetto: Istanze di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentate dalla Provincia Regionale di Ragusa e dallo Studio Associato Ing. Giuseppe Feligioni - Ing. Giuseppe Guglielmino, nella qualità di capogruppo del raggruppamento temporaneo con Ing. Ivo Domenico Calì, Progettisti Associati Tecmare s.r.l., RCC Ingegneria, Omniatest s.r.l. e Dott. Geol. Sergio Dolfin- " *Procedura aperta per l'affidamento di servizi di ingegneria per la manutenzione straordinaria ai fini del riutilizzo del piano portico e della messa in sicurezza dell'edificio di Via G. Bruno*" - Data di pubblicazione del bando: 19 dicembre 2011 - Importo a base d'asta: euro 155.000,00 - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - S.A.: Provincia Regionale di Ragusa.

Appalto di servizi di ingegneria - Impossibilità di configurare riunioni di tipo verticale in assenza di indicazione espressa nel bando della prestazione principale e di quelle secondarie da parte della stazione appaltante cui compete il ruolo di definire e selezionare le prestazioni dedotte nel rapporto ed i relativi requisiti di qualificazione

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Ritenuto in fatto

Sono pervenute in data 31 maggio 2012 e in data 6 giugno 2012 le istanze di parere in oggetto, cui ha fatto seguito l'istruttoria procedimentale, formalmente avviata da questa Autorità in data 27 giugno 2012.

Dal verbale n. 10 del 14 maggio 2012, si evince che la Commissione giudicatrice della gara per l'affidamento dei servizi in oggetto si è riunita per dare seguito alla segnalazione ricevuta dalla ditta concorrente STIN s.r.l., secondo la quale la OMNIATEST s.r.l., mandante del costituendo RTI con mandatario lo Studio Ing. G. Feligioni - Ing. Giuseppe Guglielmino risultato primo nella graduatoria a pari punteggio con la predetta STIN ed aggiudicatario a seguito di sorteggio - non avrebbe avuto il requisito di ammissibilità richiesto dal bando di gara, non essendo né una società di ingegneria né di professionisti.

La Commissione ha, quindi, proceduto ad acquisire le controdeduzioni fornite in merito dal concorrente raggruppamento. Di seguito, ha preso atto che tanto il bando che il modello di partecipazione alla gara indicano espressamente al punto 6.5 che la prestazione dei servizi oggetto dell'appalto " *è riservata ai soggetti di cui all'art. 90, comma 1, lettere d), e), f), g), ed h) del Codice dei contratti pubblici e agli articoli 254 e 255 del DPR n. 207/2010*". Si tratta rispettivamente di " *liberi professionisti singoli od associati*", " *società di professionisti*", " *società di ingegneria*", " *consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria*" e " *raggruppamenti temporanei costituiti dai (medesimi) soggetti*".

La Commissione ha, quindi, accertato come la mandante OMNIATEST non rientrasse fra i soggetti cui il bando consentiva la partecipazione alla gara.

Di contro, il raggruppamento, nelle proprie controdeduzioni, ha rilevato come la tassatività dell'elenco dei soggetti previsto dall'art. 90 riguardasse soltanto l'attività di progettazione e direzione lavori, nel mentre l'oggetto della gara in questione sarebbe stato costituito, giusta punto 6.2 del bando, da quattro servizi nettamente distinti tra loro, tra cui quello di pertinenza della mandante consistente nella " *verifica del livello di sicurezza sismica mediante rilievi, indagini diagnostiche e geognostiche...*", in aggiunta agli altri tre consistenti in attività di progettazione. A conferma di tale distinzione (non solo formale) in quattro servizi dell'oggetto dell'appalto, asseritamente deducibile dalla lettera della *lex specialis*, il raggruppamento cita il dettato del bando che, in proposito, recita: " *ove a seguito dell'acquisizione dei risultati emergenti via via dalle attività svolte e in conseguenza di essi la Provincia non ritenga di procedere ulteriormente nella realizzazione della progettazione e/o delle opere, sarà in sua facoltà comunicare al contraente la risoluzione del contratto, salvo solo il pagamento delle prestazioni fino ad allora regolarmente effettuate, senza che per ciò il contraente possa avanzare pretesa alcuna, a tal fine dovendosi ritenere il servizio affidato per fasi distinte e frazionabili*".

Non di meno, la Commissione, uniformando le proprie determinazioni a quanto sentenziato dal Consiglio di Stato (Sezione III, 9 maggio 2012, n. 2689), in un caso ritenuto dalla stessa del tutto paragonabile a quello in discussione, ha proceduto all'esclusione del raggruppamento, in base al seguente ragionamento: nella procedura in questione (appalto di servizi), come in quella decisa dal Consiglio di Stato (appalto di fornitura), rileverebbe l'art. 37, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, in osservanza del quale, la possibilità di dar luogo ad una riunione di tipo verticale (quale sarebbe quella *ut supra* prospettata dal raggruppamento) sarebbe stata consentita solo laddove la stazione appaltante avesse indicato nel bando di gara la prestazione principale e quelle secondarie (da assumersi dalle mandanti), la qual cosa non sarebbe rinvenibile nel bando di gara in questione; resta, quindi, ad avviso della S.A., solo la possibilità delle riunioni di tipo orizzontale, nella quale non v'è differenza tra i requisiti richiesti a ciascun partecipante, tutti accomunati dalla configurazione soggettiva di cui alle citate lettere dell'art. 90 del Codice, espressamente richiamate dalla *lex specialis*.

Tutt'altro argomento sarebbe stato quello del possibile subappalto di talune prestazioni, qualora il concorrente ne avesse fatto esplicita riserva.

A confutazione delle suddette argomentazioni poste dalla S.A. a fondamento dell'esclusione del raggruppamento, quest'ultimo, nelle deduzioni fornite nella propria istanza di parere ribadisce che, per stessa volontà della S.A., evidenziata nel bando di gara, il servizio sarebbe stato suddiviso in più prestazioni distinte tra loro, richiedenti, per ciò solo, differenti requisiti; talché, a differenza del caso esaminato dal Consiglio di Stato, nella vicenda all'esame non si potrebbe in alcun modo sostenere " *la preclusione per il partecipante alla gara di poter procedere di sua iniziativa al frazionamento del contenuto della prestazione, distinguendo tra prestazioni principali e prestazioni secondarie, in quanto tale frazionamento è stato già operato in lex specialis dalla stessa stazione appaltante* ".

Aggiunge, al riguardo, il medesimo raggruppamento come, a suo dire, la stessa *lex specialis* abbia distinto tra prestazioni principali e prestazioni secondarie, configurando in tal modo la possibilità di un raggruppamento di tipo verticale. E tale conclusione, a dire del medesimo, sarebbe oltretutto in linea con la novella introdotta dall'art. 4 del d.l. n. 70 del 2011, che ha aggiunto il comma 1- *bis* all'art. 46 del Codice degli appalti, ove è recepito il criterio di tassatività (*rectius* tipicità) delle cause di esclusione, che sul piano ermeneutico porta a configurare come di stretta interpretazione le clausole della disciplina di gara cui possa ricondursi la sanzione espulsiva del concorrente.

Considerato in diritto

Su tali premesse, ad avviso di questa Autorità, l'operato della S.A. è da ritenere conforme all'ordinamento di settore ed alla *lex specialis* che dal primo trae direttamente vigore.

Invero, gli atti di gara individuano univocamente la natura composita della complessiva prestazione richiesta al contraente, rispetto a cui non è dato inferire il frazionamento asseritamente dedotto dal raggruppamento e, d'altronde, l'art. 37 del d.lgs. n. 163 del 2006 per le forniture ed i servizi consente, solo su espressa previsione, la costituzione di a.t.i. verticali. Pertanto, in assenza di una siffatta determinazione, il singolo concorrente non può assumere un ruolo suppletivo della S.A., come congetturato dal raggruppamento nel caso all'esame.

La configurazione del contratto in questione come appalto unitario di servizi, in cui non v'è distinzione alcuna tra prestazioni principali e prestazioni secondarie non asseconda, pertanto, l'applicazione della disciplina dettata nei casi di raggruppamento verticale di imprese dall'art. 37, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006.

Stabilisce, infatti, la menzionata disposizione che " *nel caso di forniture o servizi, per raggruppamento di tipo verticale si intende un raggruppamento di concorrenti in cui il mandatario esegua le prestazioni di servizi o di forniture indicati come principali anche in termini economici, i mandanti quelle indicate come secondarie; per raggruppamento orizzontale quello in cui gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione; le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara la prestazione principale e quelle secondarie* ". Siffatta ultima previsione non si rinviene nel bando di gara e, peraltro, del tutto inconferente è il richiamo alla previsione di un recesso anticipato della S.A., trattandosi di una clausola di salvaguardia che sollecita, semmai, un altro genere di considerazioni.

Segue, quindi, la preclusione per il raggruppamento partecipante alla gara di poter procedere di sua iniziativa alla scomposizione del contenuto della prestazione, distinguendo fra prestazioni principali e secondarie, agli effetti della configurazione di un raggruppamento verticale ai sensi del prefato art. 37 del Codice.

Giustappunto, quindi, " *la lex specialis del concorso ha carattere autoritativo. Essa, in quanto garante della par condicio dei concorrenti in relazione alle regole dettate per la fase di qualificazione e per quella di apprezzamento delle offerte, non è cedevole rispetto a scelte dell'impresa che partecipa al concorso. A tale riguardo, l'ammissione in a.t.i. riceve integrazione ed ulteriore specificazione dall'art. 37, secondo comma, del d.lgs. n. 163 del 2006, che assegna alla stazione appaltante il ruolo di definire e selezionare le prestazioni dedotte nel rapporto ed i relativi requisiti di qualificazione* " (Cons. St. n. 2689/2012 cit.).

La conclusione che il bando consenta la partecipazione solo a RTI di tipo orizzontale appare, tra l'altro, in linea con la previsione che riserva l'esecuzione della prestazione oggetto del servizio ai soggetti di cui all'art. 90, comma 1, lettere d), e), f), g) ed h) del Codice dei contratti pubblici e agli articoli 254 e 255 del D.P.R. n. 207/2010, tra i quali non è risultata riconducibile la mandante Omniatest S.r.l..

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, conforme all'ordinamento di settore l'operato della Commissione giudicatrice della S.A.

Il Consigliere Relatore : Sergio Gallo

Il Presidente : Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 28 marzo 2013

Il Segretario Maria Esposito