DELIBERA N. 422 **DEL 15 maggio 2019**

OGGETTO: Istanza congiunta di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata dalla Comunità della Paganella e dalla Soc. Idrotech s.r.l. – Procedura negoziata per l'affidamento dei lavori di realizzazione di un sistema di pompaggio che garantisca una nuova fonte di approvvigionamento idrico ai comuni di Andalo, Cavedago e Fai della Paganella, rientranti nel progetto di rifacimento tratto tubazioni interrate dal rifugio "Croz dell'altissimo" alla località "Acquai" in Comune di Molveno – Variante n. 4 – S.A. Comune di Andalo - Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso - Importo a base d'asta: euro 531.299,79
PREC 46/19/L

Il Consiglio

VISTA l'istanza prot. n. 9539 del 5 febbraio 2019 presentata dalla Comunità della Paganella, quale Centrale di Committenza, con la quale si chiede di sapere se il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti consenta la partecipazione alla gara dell'impresa aggiudicataria del precedente affidamento quale mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese ovvero se, vista la scelta della stazione appaltante di non estenderle l'invito, la Commissione di gara sia tenuta ed escludere dalla gara l'intero raggruppamento;

VISTA la memoria presentata dalla Soc. Idrotech a r.l., in qualità di mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese composto anche dalla Soc. Ter System a r.l., quale mandante e aggiudicataria della precedente gara per lavori afferenti alla medesima categoria e fascia di importo della procedura in oggetto, con la quale, nell'aderire all'istanza di precontenzioso, l'Impresa rileva come né l'art. 54, commi 5 bis e 5 ter, Decreto del Presidente della Provincia Autonoma di Trento 11 maggio 2012, n. 9-84/Leg, contenente il regolamento di attuazione della legge provinciale 10 settembre 1993, n. 26, né la *lex specialis* di gara contengano espressi divieti o prescrizioni in ordine ai soggetti con i quali associarsi ai fini della partecipazione alla gara con la conseguenza che un eventuale provvedimento di esclusione del raggruppamento sarebbe da considerarsi illegittimo;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. 34509 del 30 aprile 2019;

Via M. Minghetti, 10 – 00187 Roma

VISTO che il raggruppamento temporaneo di imprese è una formula negoziale che consente a due o più operatori economici, singolarmente carenti dei requisiti di qualificazione necessari per partecipare ad una procedura di gara, di conseguire la qualificazione richiesta dalla *lex specialis* attraverso l'unione e il cumulo dei requisiti da ciascuno di essi posseduti;

CONSIDERATO che, sotto un profilo strettamente giuridico, il raggruppamento temporaneo di imprese consiste in un mandato collettivo, conferito ad un'impresa, detta capogruppo (o mandataria) da parte delle altre imprese riunite (mandanti) in forza del quale la prima concorre alla gara in nome e per conto di tutte le imprese raggruppate, assumendone la piena ed esclusiva rappresentanza nei confronti della stazione appaltante;

VISTO l'art. 48, comma 16, d.lgs. 50/2016 ai sensi del quale il rapporto di mandato "non determina di per sé organizzazione o associazione degli operatori economici riuniti, ognuno dei quali conserva la propria autonomia ai fini della gestione, degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali";

RILEVATO che il Consiglio di Stato ha precisato che "l'aggregazione economica di potenzialità organizzative e produttive per la prestazione oggetto dell'appalto, connotante l'istituto delle associazioni di imprese, non dà luogo alla creazione di un soggetto autonomo e distinto dalle imprese che lo compongono" (Cons. St., Ad. Plen. 13 giugno 2012, n. 22) e che, pertanto, ciascuna impresa raggruppata, sia mandataria o mandante, assume la posizione di concorrente della gara;

CONSIDERATO che il nostro ordinamento consente all'operatore economico di supplire alla carenza dei requisiti speciali e di qualificazione non solo associandosi ad altro operatore economico ma anche avvalendosi dei suoi requisiti, attraverso uno specifico accordo che prende il nome di contratto di avvalimento;

RILEVATO che, tuttavia, nel caso dell'avvalimento, a differenza di quanto avviene nel raggruppamento di imprese, il soggetto che mette a disposizione i propri requisiti speciali non assume le vesti di concorrente della gara, come conferma l'art. 89, comma 8, d. lgs. 50/2016 laddove stabilisce che "Il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati";

VISTO che appare rispondente alle medesime finalità concorrenziali e del favor partecipationis anche l'istituto del cd. subappalto necessario, in quanto consente all'impresa concorrente della gara, priva di un requisito di qualificazione, di supplire a tale carenza avvalendosi di un'altra impresa opportunamente qualificata, attraverso la

dichiarazione, resa all'atto della presentazione dell'offerta, della volontà di subappaltarle le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto;

RILEVATO che anche nel caso del cd. subappalto necessario, l'impresa subappaltatrice non si qualifica come concorrente della procedura di gara, come è ricavabile dall'art. 105, comma 4, d. lgs. 50/2016, il quale vieta il subappalto in favore di imprese che abbiano partecipato alla procedura per l'affidamento dei lavori;

VISTO che l'art. 36, comma 1, d.lgs. 50/2016 stabilisce che "*L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti...*";

CONSIDERATO che il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti trova fondamento nell'esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento e non invece dalle modalità di affidamento, di tipo "aperto", "ristretto" o "negoziato"), soprattutto nei mercati in cui il numero di operatori economici attivi non è elevato;

RILEVATO che le Linee guida n. 4 - approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016 e successivamente aggiornata con delibera del Consiglio n. 206 del 1 marzo 2018 - chiariscono come il rispetto del principio di rotazione comporti che l'affidamento o il reinvito al contraente uscente abbiano carattere eccezionale e che laddove la stazione appaltante intenda derogarvi, invitando alla successiva gara il precedente gestore, dovrà puntualmente motivare tale scelta, facendo in particolare riferimento al numero (eventualmente) ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto ed alle caratteristiche del mercato di riferimento;

RILEVATO, pertanto, che la regola generale è il rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e che l'eventuale scelta di derogarvi è soggetta a puntuale motivazione che la stazione appaltante deve riportare negli atti di gara ovvero in quelli prodromici alla stessa;

VISTO che negli atti di gara risulta richiamato il Decreto del Presidente della Provincia Autonoma di Trento 11 maggio 2012, n. 9-84/Leg, contenente il regolamento di attuazione della legge provinciale 10 settembre 1993, n. 26, che stabilisce all'art. 54 comma 5 bis che nelle procedure negoziate senza previa pubblicazione dei bandi di gara e nei cottimi "a*) non possono essere invitati gli operatori economici risultati affidatari dell'affidamento*

immediatamente precedente per la medesima categoria di opere o per la medesima fascia di importo...";

CONSIDERATO che la stazione appaltante, in perfetta adesione al dettato normativo, non ha trasmesso la lettera d'invito alla gara al gestore uscente e, pertanto, la sua eventuale partecipazione, anche se nella veste di mandante di un R.T.I. (rectius concorrente in raggruppamento), ponendosi in contrasto con il principio di rotazione che la stazione appaltante ha perfettamente rispettato, determinerebbe una violazione di legge;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- la partecipazione alla gara dell'operatore uscente quale mandante di raggruppamento temporaneo di imprese, la cui mandataria è l'impresa invitata dalla stazione appaltante, si pone in contrasto con il principio di rotazione e che, nel caso di specie, l'intero raggruppamento debba essere escluso dalla gara.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 27 maggio 2019

Il Segretario Maria Esposito