



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Parere n.52 del 30/9/2014

PREC 93/14/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 presentata dal RTP Ing. Salice, Arch. Delli Noci, Ing. Porco, Ing. Russo, Ing. Cotola, Ing. Capurso, Geologo Calmieri – “Procedura aperta per l’affidamento della progettazione preliminare, definitiva, esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione, direzione lavori, misura e contabilità ed assistenza al collaudo per la realizzazione di un intervento di consolidamento simico e recupero funzionale – Corpo A - Maternità” – Importo a base di gara: euro 256.776,49 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – S.A.: Ospedali Riuniti – Azienda Ospedaliero Universitaria di Foggia.

RTP – Servizi di progettazione - Requisiti della mandataria.

In materia di appalto di servizi di ingegneria, la domanda di partecipazione alla gara della mandataria va esaminata alla luce dell’esatta formula di cui al comma 7 dell’art. 261 del d.p.r. 207/2010, il quale prevede, fra l’altro, che “La mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura maggioritaria percentuale superiore rispetto a ciascuna dei mandanti”.

Art. 261, comma 7, e art. 263 del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n.207.

Il Consiglio

Considerato in fatto

In data 9 aprile 2014 è pervenuta l’istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l’istante RTP rappresenta che in corso di gara la Commissione avanzava una richiesta di documentazione integrativa in merito al possesso dei requisiti di carattere finanziario legati al fatturato. Una volta prodotta l’autocertificazione del possesso degli ulteriori requisiti richiesti, la stazione appaltante comunicava al RTP l’esclusione, disposta nella seduta dell’11.2.2014,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

con la seguente motivazione: “La documentazione non risulta conforme a quanto richiesto, poiché il mandatario non dichiara l’avvenuto espletamento di servizi in cat. 1 C negli ultimi 10 anni, venendo ovviamente meno a quanto prescritto dall’art. 261, comma 7 del d.p.r. 207/2010”.

Al riguardo, l’istante RTP obietta di possedere al proprio interno tutti i requisiti previsti dall’art.5 del disciplinare di gara, concernente i requisiti minimi di partecipazione, dove è precisato che: “Per i raggruppamenti temporanei costituiti e per i raggruppamenti costituendi, i requisiti minimi dovranno essere posseduti dal raggruppamento nel suo complesso”, coerentemente con l’art. 261, comma 7 del d.p.r. 207/2010. L’istante sottolinea che, solo se previsto dal bando o dalla lettera di invito le stazioni appaltanti possono richiedere, motivando opportunamente, che la mandataria debba possedere una percentuale minima dei requisiti. L’istante segnala, a supporto delle argomentazioni contrarie all’esclusione, il parere di precontenzioso n. 37 del 27.3.2013 e la sentenza del TAR di Catania, sez. IV, n. 1625 del 3.6.2013.

L’Azienda Ospedaliero Universitaria di Foggia, a fronte delle suddette contestazioni, ha ribadito in data 10 marzo 2014 che “L’art. 261, comma 7 del d.p.r. 207/2010 costituisce norma inderogabile, per cui è obbligatorio che la capogruppo mandataria del RTP possieda i requisiti in percentuale minima superiore rispetto a ciascuno dei mandanti. Pertanto, il mancato possesso e/o l’assenza di dichiarazione da parte del capogruppo mandatario dei requisiti finanziari e tecnici, anche in presenza di una clausola del bando che [non disponga o che] disponga diversamente, comporta la comminatoria dell’esclusione”.

In sede di istruttoria procedimentale, avviata in data 16 aprile 2014, la stazione appaltante ha anzitutto giustificato l’integrazione documentale in ordine al fatturato, richiesta sulla base dei rilievi formulati da un concorrente nella prima seduta pubblica e anteriormente all’apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa; sicché, in omaggio al principio di massima partecipazione alla gara, la Commissione ha deciso di consentire a tutti i partecipanti l’integrazione della documentazione mediante autodichiarazione. In ogni caso, la stessa richiama a sostegno del proprio operato l’art. 94 del d.lgs. 163/2006 e l’art. 263, comma 1), lett. a) del d.p.r. 207/2010, che indica tra i requisiti economico finanziari di partecipazione alle



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

gare il fatturato globale per servizi di ingegneria, relativo all'ultimo quinquennio, che può essere determinato in una misura variabile tra due a quattro volte l'importo a base d'asta. E, al riguardo, cita la Determinazione n. 1 del 15 gennaio 2014, secondo cui "Per la partecipazione alle procedure di affidamento di lavori pubblici e per i servizi di ingegneria, l'individuazione dei requisiti ed i valori minimi degli stessi, che debbono possedere gli operatori economici/i progettisti, sono stabiliti con precisione dal Codice e dal Regolamento. Invece, con riferimento alle procedure di affidamento di forniture e di servizi, tale individuazione è effettuata dalla stazione appaltante, in seno alla singola gara, mediante indicazione nel bando e/o nel relativo disciplinare. Il Codice, ha, dunque, optato per il sistema della c.d. "qualificazione in gara" fissando indici e mezzi di prova circa il loro possesso (cfr. artt. 41 e 42 del Codice), ma ha lasciato ampia discrezionalità alle stazioni appaltanti, seppure senza eccedere l'oggetto dell'appalto, in ordine alla precisa determinazione dei requisiti e la loro quantificazione".

Quanto alla contestata esclusione, la S.A. sostiene l'eterointegrazione della *lex specialis* ad opera dell'art. 261, comma 7, del d.p.r. 207/2010. Di conseguenza, nonostante il silenzio del bando, deve essere garantito il possesso dei requisiti di qualificazione da parte della mandataria del raggruppamento "in misura maggioritaria percentuale superiore rispetto a ciascuna dei mandanti". Nel caso di specie, oltretutto, non è stato dichiarato alcun requisito, in totale spregio degli artt. 34 e 37 del d.lgs. 163/2006 e dell'art. 275, comma 2, del d.p.r. 207/2010.

Sulla medesima linea della stazione appaltante è la memoria che il RTP controinteressato aggiudicatario del contratto ha depositato in data 28 aprile 2014.

Ritenuto in diritto

La questione oggetto del presente esame concerne la legittimità dell'esclusione disposta nei confronti del raggruppamento istante per le ragioni evidenziate in *fatto*.

In via preliminare, preme specificare che, a fronte di un provvedimento adottato *in limine* dall'Azienda Ospedaliero Universitaria di Foggia in via di autotutela, prima dell'apertura delle buste, quale quello con cui, nell'assoluto rispetto della *par condicio*, è stato consentito a tutti i partecipanti di integrare la documentazione mediante autodichiarazione, non è ravvisabile alcun apprezzabile interesse contrario che possa eventualmente essere preso in considerazione.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Pertanto, non v'è luogo per l'espressione di alcun sindacato dell'operato della stazione appaltante.

In ogni caso, le disposizioni contenute negli artt. 263 e 252 del d.p.r. 207/2010 si applicano, attraverso il rinvio all'art. 90, comma 6, del codice dei contratti, alle ipotesi in cui le amministrazioni aggiudicatrici affidano la redazione del progetto preliminare, definitivo ed esecutivo, nonché lo svolgimento di attività tecnico-amministrative connesse alla progettazione, ai soggetti di cui al comma 1, lettere d), e), f), f-bis), g) e h), in caso di carenza in organico di personale tecnico, ovvero di difficoltà di rispettare i tempi della programmazione dei lavori o di svolgere le funzioni di istituto, ovvero in caso di lavori di speciale complessità o di rilevanza architettonica o ambientale o in caso di necessità di predisporre progetti integrali, così come definiti dal regolamento, che richiedono l'apporto di una pluralità di competenze, casi che devono essere accertati e certificati dal responsabile del procedimento.

Pertanto, la descrizione delle attività oggetto della gara in esame comporta l'applicazione dell'art. 263 del d.p.r. 207/2010, e non il richiamo alla disciplina generale di cui agli artt. 41 e 42 del d.lgs. 163/2006 (v. pareri di precontenzioso n. 31 del 13 febbraio 2014 e n. 23 del 13 marzo 2013).

Nel merito della contestata esclusione si osserva quanto segue.

L'art. 261, co. 7, del d.p.r. 207/2010, recante disposizioni generali in materia di affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, prevede, in caso di raggruppamenti temporanei tra professionisti, che: i requisiti finanziari e tecnici di cui all'art. 263, co. 1, lett. a), b) e d), devono essere posseduti cumulativamente dal raggruppamento; il bando di gara può prevedere, con opportuna motivazione, ai fini del computo complessivo dei requisiti del raggruppamento, che la mandataria debba possedere una percentuale minima degli stessi requisiti, che, comunque, non può essere stabilita in misura superiore al 60 per cento; la restante percentuale deve essere posseduta cumulativamente dai mandanti, ai quali non possono essere richieste percentuali minime dei requisiti; la mandataria, in ogni caso, possiede i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuno dei mandanti; la mandataria, ove in possesso di requisiti superiori alla percentuale minima prevista dal bando di gara, partecipa



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

alla gara per una percentuale di requisiti pari al limite massimo stabilito dalla legge nella misura del 60 per cento.

Nel caso di specie, il fatto che la stazione appaltante non abbia stabilito un limite per la dimostrazione dei requisiti del mandatario, non implica che quest'ultimo non sia tenuto a garantire i requisiti di qualificazione "in misura maggioritaria percentuale superiore rispetto a ciascuno dei mandanti" o, addirittura, come nel caso di specie, che possa non dichiarare alcun requisito.

Con il parere di precontenzioso n. 37 del 27 marzo 2013 è stato affermato, per quanto di interesse, che, in materia di appalto di servizi di ingegneria, la domanda di partecipazione alla gara della mandataria va esaminata alla luce dell'esatta formula di cui al comma 7 dell'art. 261 del d.p.r. 207/2010, il quale prevede, fra l'altro, che "La mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura maggioritaria percentuale superiore rispetto a ciascuna dei mandanti". Dunque, nella gare per l'affidamento dei servizi di architettura ed ingegneria, la capogruppo deve essere titolare di una partecipazione maggioritaria.

E' stato specificato che il predetto art. 261, comma 7, del regolamento, riguardante il possesso dei requisiti in misura maggioritaria in capo alla mandataria, si applica soltanto nel caso di raggruppamento di tipo orizzontale, tipologia cui dovrebbe appartenere il raggruppamento istante, dal momento che l'appalto in oggetto prevede l'affidamento di servizi appartenenti a una sola classe e categoria (classe I cat.C), 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 (parere di precontenzioso n.122 del 6 giugno 2014; Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012).

Quanto sopra vale dunque a ritenere legittima l'esclusione disposta nei confronti del raggruppamento istante e ciò anche nel silenzio del bando, dovendo farsi applicazione del principio di eterointegrazione della *lex specialis*, in quanto vengono in rilievo obblighi informativi a presidio dell'ordine pubblico economico del settore degli appalti pubblici incidenti sui principi di accertamento e controllo preventivo del possesso dei requisiti di partecipazione (così Cons. St., sez. IV, 13 marzo 2014, n. 1224).



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, conforme alla normativa di settore l'operato della stazione appaltante.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 10 ottobre 2014

Il Segretario Maria Esposito