



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 1207 DEL 18 dicembre 2019

OGGETTO: - Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 presentata da Valle 3.0 S.r.l. – Procedura aperta per l'affidamento del servizio di progettazione di fattibilità tecnica ed economica, definitiva ed esecutiva, studio ed indagini geologiche, direzione dei lavori e coordinamento della sicurezza dei lavori di costruzione di una struttura polifunzionale per attività dipartimentali nella città di Foggia - Importo a base d'asta: euro 1.521.954,20 oltre Iva –S.A.: ASL di Foggia.

PREC 207/19/S

Servizi di progettazione – Raggruppamento temporaneo di imprese – Possesso maggioritario dei requisiti da parte della mandataria – Interpretazione – Maggioranza in senso relativo.

L'espressione del possesso maggioritario dei requisiti da parte della mandataria (utilizzata dal legislatore nell'ambito dell'art. 83, comma 8, del Codice) non va interpretata nel senso della maggioranza "assoluta", essendo sufficiente che la capogruppo sia titolare di una percentuale di requisiti superiore rispetto alle mandanti, in relazione solo a ciò che è necessario per raggiungere i requisiti minimi prescritti dalla *lex specialis*. In applicazione di tale principio, nel caso di specie, la circostanza che la mandante possieda un fatturato globale medio superiore (in termini assoluti) rispetto a quello della mandataria non comporta l'esclusione del RTI dalla gara, in quanto la mandante non contribuisce, con il suo fatturato, al raggiungimento del requisito minimo per il raggruppamento in misura maggioritaria rispetto alla mandataria.

Art. 83, comma 8, del D.Lgs. n. 50/2016

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza singola di parere, acquisita al prot. n. 65429 del 9 agosto 2019, la società Valle 3.0 S.r.l., in proprio e in qualità di mandataria del RTI costituendo con cinque operatori, ha chiesto all'Autorità di esprimersi in ordine alla legittimità del provvedimento di esclusione dalla gara in oggetto, disposto per mancanza del possesso maggioritario dei requisiti di capacità economico-finanziaria da parte della capogruppo.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

A fondamento dell'istanza, la mandataria ha dedotto che la stazione appaltante avrebbe errato nella propria valutazione, in quanto nel DGUE è stato dichiarato il possesso di un fatturato globale di € 2.659.816,80 che corrisponderebbe al 133% del requisito minimo richiesto dal disciplinare di gara (€ 2.000.000,00) e sarebbe idoneo a coprire la quota di partecipazione al RTI pari al 40,5%.

Con nota prot. n. 95160 del 27 novembre 2019, l'Autorità ha comunicato alle parti l'avvio del procedimento ed in data 2 dicembre 2019 è pervenuta la memoria della stazione appaltante, nella quale è stato rappresentato che l'esclusione del RTI sarebbe conforme all'art. 7.2, lett. f) del disciplinare di gara, all'art. 83, comma 8, del Codice, all'art. 7.4 del bando-tipo n. 3 dell'ANAC e al chiarimento reso sul punto dall'Autorità in data 14.11.2018; in particolare, la stazione appaltante ha sostenuto che *“il requisito maggioritario, posto in duplice condizione di possesso ed esecuzione, non è posseduto dalla mandataria in termini assoluti rispetto alle mandanti bensì in termini relativi alla sola prestazione da effettuare”*.

In seguito alla richiesta di integrazione documentale, di cui alla nota prot. n. 97094 del 3 dicembre 2019, sono stati acquisiti i DGUE presentanti dai legali rappresentanti delle società mandanti del RTI, al fine di verificare la distribuzione del requisito in contestazione all'interno del raggruppamento concorrente.

Ritenuto in diritto

In via preliminare, è necessario procedere alla disamina della legge di gara.

Con riferimento ai requisiti di capacità economica e finanziaria, l'art. 7.2, lett. f) del disciplinare richiedeva il possesso del *“fatturato globale minimo per i servizi di ingegneria e di architettura relativo ai migliori tre degli ultimi cinque esercizi disponibili antecedenti la data di pubblicazione del bando per un importo pari a € 2.000.000,00 o in alternativa fatturato globale medio per i servizi di ingegneria e di architettura relativo ai migliori tre degli ultimi cinque esercizi disponibili antecedenti la data di pubblicazione del bando per un importo pari a € 2.000.000,00”*. Sempre il disciplinare (artt. 7.2 e 7.4) precisava che, in caso di partecipazione alla gara di raggruppamenti temporanei di imprese, *“il presente requisito deve essere posseduto cumulativamente dal raggruppamento; la mandataria, in ogni caso, deve possedere i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti?”*.

Dalle richiamate disposizioni della *lex specialis* di gara si ricavano due prescrizioni fondamentali ai fini del presente parere.

La prima è relativa alla circostanza che, in un'ottica pro-concorrenziale, la stazione appaltante ha contemplato non solo il fatturato globale minimo annuo, ma anche il fatturato globale medio posseduto in un triennio individuato nell'arco temporale dei cinque anni antecedenti la data di pubblicazione del bando. Detta previsione è pienamente conforme alla clausola di cui all'art. 7.4 del bando-tipo ANAC n. 3, concernente l'affidamento di servizi di architettura e ingegneria di importo, che per l'appunto consente alle stazioni appaltanti di richiedere il possesso di un fatturato globale minimo o, in alternativa, di un fatturato globale medio, in modo da agevolare la dimostrazione del requisito mediante il ricorso ad una media. Nel caso di specie, va dunque considerata parimenti ammissibile (e legittima) sia la partecipazione di un raggruppamento composto da imprese il cui fatturato minimo annuo raggiunge, sommato, l'importo di due milioni di Euro, sia di un raggruppamento che realizza tale cifra d'affari considerando la media dei fatturati.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

La seconda prescrizione ricavabile dalla legge di gara è, invece, relativa alla “distribuzione” dei requisiti all’interno di un raggruppamento di imprese, nell’ambito del quale – conformemente al disposto di cui all’art. 83, comma 8, terzo periodo, del Codice - è previsto che colui che assume le funzioni di mandatario deve possedere i requisiti in misura maggioritaria.

È dirimente osservare che tale prescrizione (contrariamente a quanto affermato dalla stazione appaltante in sede di memoria) non va intesa nel senso che la mandataria deve possedere i requisiti in misura maggioritaria assoluta (ovvero il 51% del fatturato richiesto), ma è sufficiente che posseda i requisiti in misura percentuale superiore a ciascuna delle mandanti. Tale principio può dirsi pacifico, essendo stato chiarito in più occasioni sia dall’Autorità (cfr. *ex multis* Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012, nonché Pareri n. 76 del 16 maggio 2012, n. 203 del 18 novembre 2010, n. 54 del 22 febbraio 2007, n. 236 del 5 novembre 2008 e n. 65 del 25 marzo 2010), che dalla giurisprudenza. Anche di recente, infatti, il Consiglio di Stato ha affermato che l’espressione del possesso dei requisiti in via maggioritaria da parte della capogruppo (utilizzata dal legislatore nell’art. 83, comma 8, del Codice) non va interpretata nel senso della maggioranza “assoluta” (Cons. Stato, sez. III, 23 aprile 2019, n. 2599), chiarendo, inoltre, che, ai fini della legittimità della partecipazione di un RTI, rileva l’esecuzione maggioritaria delle prestazioni da parte della mandataria, mentre *“una eventuale imposizione del ruolo di mandataria, invece che di quello di mandante, alla società che, per ipotesi, abbia realizzato il fatturato specifico maggiore nel triennio di riferimento equivarrebbe ad una indebita compressione dell’autonomia negoziale delle raggruppande, e, inoltre, potrebbe non coincidere (specie nei raggruppamenti verticali) con la natura delle attività propria di ciascuno dei partecipanti?”* (TAR Lazio, Roma, sez. III, 16 giugno 2016, n. 6966, confermata da Cons. Stato, sez. V, 8 febbraio 2017, n. 560).

Peraltro, con riferimento alla questione in esame, l’Autorità, nel chiarimento sul bando-tipo n. 3 (pubblicato in data 19 novembre 2018) ha precisato che: *“il possesso dei requisiti in misura maggioritaria da parte della mandataria di cui al punto 7.4 deve essere inteso come tale in relazione ai requisiti richiesti dalla lex specialis di gara, a prescindere dagli importi totali posseduti. L’operatore economico, in possesso dei requisiti per essere mandatario del RTP, che voglia partecipare al raggruppamento invece quale mandante, potrà spendere soltanto una parte dei requisiti posseduti, inferiori a quelli spesi dal concorrente che intende svolgere il ruolo di mandataria, in tal modo salvaguardando il principio del possesso dei requisiti in misura maggioritaria in capo a quest’ultima”*. Anche dal suddetto chiarimento si evince che, ai fini della qualificazione di un RTI, non rileva il fatto che il soggetto designato come mandatario posseda la maggioranza in termini “assoluti” dei requisiti, essendo sufficiente che la capogruppo sia titolare di una percentuale superiore rispetto a quella delle mandanti, in relazione solo a ciò che necessario per raggiungere i requisiti minimi di partecipazione.

Tanto chiarito, nel merito della contestata esclusione, si osserva quanto segue.

Dalla documentazione in atti si evince che la mandataria Valle 3.0 ha partecipato al RTI costituendo con una quota del 40,5%, mentre le mandanti hanno partecipato nei seguenti termini: E.T.S. S.p.A. con il 18,5%, PoolMilano S.r.l. e Studio Tecnico Carbonara Ingegneri Associati entrambi con il 18%, il Dott. Geol. Ruggiero con il 3,5%, l’Ing. Rocco Ferrini con l’1,5%. Dunque, la società designata come capogruppo possiede una quota di partecipazione al raggruppamento in misura maggioritaria rispetto agli altri componenti.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Quanto al possesso del requisito del fatturato globale in misura maggioritaria da parte della mandataria, va, innanzitutto, osservato che non è meritevole di accoglimento la tesi dell'istante, secondo cui la mandataria possederebbe il 133% del requisito di fatturato richiesto (€ 2.659.256,8). Invero, ai fini del raggiungimento del requisito minimo di cui all'art. 7.2. lett. f) del disciplinare (€ 2.000.000,00) non va effettuata la somma delle tre annualità di fatturato dichiarate da ciascuna impresa raggruppata, dal momento che la *lex specialis* richiedeva un fatturato minimo annuo oppure, in alternativa, un fatturato medio annuo (non un fatturato triennale).

Pertanto, ai fini della valutazione della legittimità o meno dell'esclusione del RTI Valle 3.0 dalla gara, occorre verificare se la capogruppo possiede in via maggioritaria, alternativamente, (i) un fatturato globale minimo annuo ovvero (ii) un fatturato medio annuo di 2 milioni di Euro conseguito nei migliori tre degli ultimi cinque esercizi finanziari disponibili antecedenti la data di pubblicazione del bando.

In base alla documentazione in atti, va certamente esclusa la sussistenza della condizione *sub i*), in quanto dai DGUE prodotti si evince che Valle 3.0 possiede in via maggioritaria il requisito del fatturato minimo annuo solo per l'anno 2018 (per il quale dichiara € 1.299.799,8), mentre per gli anni 2017 e 2018 il requisito è posseduto in via maggioritaria dalla mandante ETS S.p.A.

Diverso, invece, è il discorso con riferimento al fatturato globale medio (condizione *sub ii*). In questo caso, la capogruppo ha dichiarato un fatturato globale medio di € 886.416,33 (pari a circa il 44% di € 2.000.000,00 vale a dire del fatturato medio minimo necessario per partecipare alla gara). La parte rimanente di fatturato necessaria per raggiungere la soglia minima richiesta dalla stazione appaltante (€ 1.113.584,00) è ampiamente soddisfatta (addirittura in esubero) dalla sommatoria dei fatturati medi annui dichiarati dalle imprese mandanti, considerando che: E.T.S. S.p.A. ha dichiarato un fatturato medio di € 4.041.790, PoolMilano S.r.l. di € 856.790,28, Studio Tecnico Carbonara Ingegneri Associati di € 357.128,33, il Dott. Geol. Ruggiero di € 35.238,33 e l'Ing. Rocco Ferrini ha dichiarato un fatturato medio di € 40.828,00.

Il fatto che la mandante E.T.S. S.p.A. possiede un fatturato globale medio superiore (in termini assoluti) rispetto a quello di Valle 3.0 S.r.l. non comporta l'esclusione del RTI dalla gara (per violazione del principio del possesso maggioritario dei requisiti da parte della mandataria), in quanto la mandante non contribuisce, con il suo fatturato, al raggiungimento del requisito minimo per il raggruppamento in misura maggioritaria rispetto alla mandataria.

Ragionando diversamente si giungerebbe, nel caso di specie, a due conseguenze paradossali: 1) si dovrebbe imporre a E.T.S. S.p.A., in quanto impresa che ha realizzato il fatturato globale medio maggiore nel triennio di riferimento, di assumere il ruolo di mandataria, con una indebita compressione dell'autonomia negoziale delle imprese raggruppande; 2) il RTI concorrente, relativamente al requisito in esame, si sarebbe qualificato anche se non avesse partecipato alla gara ETS S.p.A., considerando che la sola somma del fatturato medio delle mandanti PoolMilano e Studio Tecnico Carbonara Ingegneri Associati consente al raggruppamento di raggiungere cumulativamente il fatturato globale medio di € 2.000.000,00.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Il Consiglio

ritiene, nei termini di cui in motivazione, che l'esclusione del RTI costituendo capeggiato da Valle 3.0 S.r.l. non sia conforme alla normativa di settore, in quanto la mandataria possiede il requisito del fatturato globale medio in misura maggioritaria rispetto a quello indicato dalle mandanti.

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 31 dicembre 2019

Il Segretario Maria Esposito