AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE

DELIBERA N. 499

Del 23 giugno 2021

Oggetto

Istanza di parere congiunta (per adesione successiva) la per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Eutecne S.r.l., in proprio e in qualità di mandataria del costituendo RTP co M.T. Progetti Studio Associato (mandante) – Procedura telematica aperta, suddivisa in due lotti, per l'affidamento dei servizi in ingegneria ed architettura relativi la progettazione definitiva ed esecutiva e coordinamento della sicurezza in fase di progettazione inerenti i lavori di demolizione e ricostruzione dei seguenti edifici scolastici: Lotto 1 Scuola "Massimo D'Azeglio", Lotto 2 Scuola "Don Bosco" - Importo a base della procedura: euro 328.747,19 - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa- S.A.: Comune di Ascoli Piceno

PREC 140/2021/S

Riferimenti normativi

Articolo 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Raggruppamento misto – quota maggioritaria

Massima

Raggruppamento misto – quota maggioritaria - mandataria sub- raggruppamento orizzontale – quote paritarie - inammissibilità

In un raggruppamento misto, al sub-raggruppamento orizzontale si applicano le regole stabilite per tale tipologia di raggruppamenti. Ne consegue che il sub-raggruppamento orizzontale deve essere dotato di una capogruppo mandataria che possiede i requisiti ed esegue le prestazioni in misura maggioritaria, come previsto dall'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016. Tale condizione non è soddisfatta in caso di suddivisione dell'esecuzione della prestazione al 50% tra le due imprese componenti.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 23 giugno 2021

Vista l'istanza di parere acquisita al prot. n. 23690 del 31 maggio 2021, con la quale Eutecne S.r.l., mandataria del costituendo RTP con M. T. Progetti Studio Associato (mandante), ha contestato l'esclusione del RTP dalla gara, deliberata dal Comune di Ascoli Piceno per violazione del principio della qualificazione/esecuzione delle prestazioni in misura maggioritaria in capo alla mandataria, sancito dall'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, da parte della capogruppo del sub-raggruppamento orizzontale;

Vista l'adesione all'istanza di parere ai sensi dell'art. 4, comma 3, del Regolamento in materia di precontenzioso, manifestata dalla stazione appaltante tramite la compilazione dell'apposito modulo acquisito al prot. n. 44527 del 3 giugno 2021;

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 9 giugno 2021 con nota prot. n. 45971;

Vista la documentazione allegata all'istanza di parere e la memoria e la documentazione allegata alla dichiarazione di adesione;

Visto che il costituendo RTP istante ha partecipato in forma di raggruppamento misto, ovvero raggruppamento verticale con sub-raggruppamento orizzontale per l'esecuzione della prestazione secondaria relativa alla CAT. S.03 suddivisa al 50% tra la società mandataria Eutecne S.r.l. e la mandante M. T. Progetti Studio Associato ed è stato escluso perché la stazione appaltante ha ritenuto che tale schema organizzativo del sub-raggruppamento orizzontale, contraddistinto dalla suddivisione paritaria delle quote di esecuzione senza assunzione di una quota maggioritaria, né in termini di requisiti spesi né in termini di esecuzione, da parte di nessuno dei due componenti il RTP, violi il principio stabilito dal comma 8 dell'art. 83 del d.lgs. n. 50/2016 di necessaria qualificazione/esecuzione maggioritaria da parte della capogruppo;

Visto il comma 8 dell'art. 83 che, nella parte di interesse, prevede che "*la mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria*";

Viste le censure formulate avverso l'esclusione dall'istante, secondo il quale il raggruppamento misto non va considerato come mera sommatoria di plurimi sub-raggruppamenti ma nel suo insieme complessivo; ciò che rileva ai fini del rispetto dell'art. 83, comma 8, pertanto, sarebbe soltanto l'esecuzione per intero delle prestazioni della categoria prevalente da parte della mandataria del raggruppamento (come nel caso di specie da parte di Eutecne S.r.l.), mentre sarebbe irrilevante la ripartizione tra i componenti del RTP delle prestazioni secondarie, potendo per ipotesi la mandante assumere anche una quota delle prestazioni secondarie maggiore di quella assunta dalla mandataria senza che per questo muti il ruolo di mandataria del raggruppamento. Inoltre l'assunzione di una quota maggioritaria di prestazioni secondarie non muterebbe la responsabilità in solido delle due imprese per le prestazioni relative alla CAT. S03, mentre la responsabilità di tutte le altre prestazioni resterebbe comunque in capo alla sola mandataria che le esegue al 100%. A sostegno delle illustrate doglianze viene citata recente giurisprudenza (TAR Sardegna, I, n. 150/2020, confermata da Cons. Stato, V, n. 7751/2020). La pretesa della stazione appaltante di imporre l'acquisizione di una quota maggioritaria da parte di uno dei componenti del RTP anche delle prestazioni secondarie sarebbe limitativa della libertà di determinazione delle imprese in sede associativa e in contrasto col principio europeo del *favor partecipationis*;

Vista la replica della stazione appaltante, la quale, alla luce della giurisprudenza e delle pronunce dell'Autorità sul tema, ritiene che il principio della necessaria acquisizione maggioritaria di qualificazione/esecuzione da parte della capogruppo sia rispettato, in caso di raggruppamento misto, quando anche nell'ambito del sub-raggruppamento orizzontale la quota maggioritaria di esecuzione e qualificazione è assunta dal sub-mandatario del sub-raggruppamento (che in ipotesi potrebbe anche essere la mandante del raggruppamento), in quanto nel raggruppamento misto ogni sub- raggruppamento deve essere esaminato autonomamente;

Vista la struttura del raggruppamento definito "misto", previsto espressamente dal legislatore per i lavori (art. 48, comma 6, ultima parte, d.lgs. n. 50/2016) ma ritenuto dalla giurisprudenza pacificamente praticabile anche nei servizi e forniture (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, III, n. 4860/2018), consistente in un raggruppamento verticale nel quale i servizi rientranti nella prestazione principale ovvero nella prestazione secondaria sono assunti da imprenditori riuniti in raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale;

Considerato che, secondo il costante insegnamento della giurisprudenza (Cons. Stato, VI, n. 5919/2018; Cons. Stato, V, n. 5427/2019; TAR Sardegna, I, n. 150/2020; Cons Stato, V, n. 7751/2020), in caso di raggruppamento misto, in assenza di una disposizione speciale derogatoria, ogni sub-raggruppamento deve essere esaminato autonomamente, con la conseguenza che, per il sub-raggruppamento orizzontale, trovano applicazione le regole stabilite per tale tipologia di raggruppamenti. Disposizioni che, in caso di prestazione di servizi, si limitano a prescrivere che la mandataria deve apportare i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria, senza previsione di quote minime, fatta salva la possibilità di indicare nel bando le eventuali misure in cui gli stessi requisiti devono essere posseduti dai singoli concorrenti (art. 83, comma 8). Con specifico riferimento ai servizi di architettura e ingegneria, l'Autorità, nelle Linee guida n. 1, ha anche precisato che, ferma restando la necessità che la mandataria possieda in ogni caso i requisiti necessari per la partecipazione in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti, la *lex specialis* 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. La restante percentuale deve essere posseduta cumulativamente dalla o dalle mandanti, alle quali non possono essere richieste percentuali minime di possesso dei requisiti;

Considerato che la giurisprudenza citata dall'operatore istante, tesa ad indagare il quesito se, nei raggruppamenti di tipo misto, sia necessario che la mandataria possieda non semplicemente la quota maggioritaria della categoria prevalente ma detenga ed esegua anche la quota maggioritaria dell'intero appalto, giunge ad affermare che è sufficiente che la capogruppo mandataria del raggruppamento nel suo complesso sia qualificata ed esegua i lavori in misura maggioritaria in relazione alla categoria prevalente indipendentemente e a prescindere dal fatto che esista, eventualmente, nel medesimo raggruppamento, un'altra impresa mandante che esegua prestazioni relative a una o più categorie scorporabili, il cui valore complessivo sia superiore a quello dei lavori svolti dalla stessa mandataria. Una delle premesse indefettibili su cui poggia detta conclusione è proprio quella secondo cui, in un RTI misto, ogni sub-raggruppamento va valutato autonomamente: ciò consente infatti di affermare che la mandataria nei cui confronti va effettuata la verifica del rispetto del limite di cui all'art. 83, comma 8, è identificata, nel raggruppamento misto, avendo riguardo a ciascun sub-raggruppamento di cui si compone, per cui, con riferimento al sub-raggruppamento orizzontale, è la mandataria di tale sub-raggruppamento che deve eseguire le prestazioni e possedere i requisiti in misura maggioritaria rispetto alle altre mandanti;

Considerato che, tirando ulteriormente le fila di quanto sin qui premesso, la giurisprudenza ritiene necessario che il sub-raggruppamento orizzontale sia dotato di una capogruppo mandataria, identificabile eventualmente anche in via implicita dalla maggior quota di partecipazione ed esecuzione. Detta mandataria deve assicurare tutti gli attributi propri della mandataria di un raggruppamento. Conseguentemente, in caso di sub-raggruppamento orizzontale caratterizzato dalle quote paritarie al 50% di ciascuna delle componenti, non può considerarsi soddisfatto l'obbligo di designazione di una mandataria e il sub-raggruppamento risulta "*strutturato in senso difforme rispetto all'obbligo della stessa mandataria di assunzione dei requisiti ed esecuzione in misura maggioritaria rispetto alle mandanti*" (Cons. Stato, V, n. 5427/2019; in termini anche Cons. Stato, V, n. 400/2021);

Considerato che «*poiché in un raggruppamento di tipo misto, l'impresa capogruppo mandataria dell'intero raggruppamento si assume la responsabilità complessiva dei lavori e la rappresentanza di tutte le imprese riunite nei confronti della stazione appaltante, la ragione per la quale si individua un'ulteriore impresa mandataria nell'ambito del sub-raggruppamento relativo ai lavori scorporabili, non è certo il venir meno della responsabilità solidale della capo-gruppo. Piuttosto, come affermato in giurisprudenza, la ragione è da rinvenirsi "per un verso, [nel]la preminenza dell'interesse pubblico primario alla esatta, compiuta e tempestiva esecuzione delle opere (nella specie, di quelle scorporabili), da soddisfare per quanto possibile in forma specifica, e, per altro verso, [nel]la circostanza che l'aggiunta di un ulteriore soggetto solidalmente responsabile nei confronti della stazione appaltante ne rafforza gli strumenti di manleva" (così Cons. Stato, VI, n. 5919/2018 citata)*» (Cons. Stato, V, n. 7751/2020);

Considerato ulteriormente che, nel caso in esame, la disciplina di gara prevede espressamente che, «*nei **raggruppamenti misti** **ogni sub-raggruppamento deve essere esaminato autonomamente**, con la conseguenza che deve essere accertato all'interno del sub-raggruppamento se l'operatore economico indicato come capogruppo (della sub-associazione) sia in possesso dei requisiti ed esegua le prestazioni in misura maggioritaria, come statuito dall'art. 83, comma 8, del Codice*»;

Considerato che la richiamata disposizione deve comunque considerarsi vincolante per la stessa stazione appaltante che l'ha predisposta

Il Consiglio

ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono,

- conforme alla normativa di settore l'esclusione del costituendo RTP Eutecne S.r.l. (mandataria) - M. T. Progetti Studio Associato (mandante).

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 1 luglio 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente