



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 431

DEL 27 aprile 2017

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50/2016 presentata da Sylos Labini e Architetti Associati s.r.l.- Procedura aperta per l'affidamento dei servizi di architettura relativi alla progettazione definitiva, esecutiva e coordinamento della sicurezza in fase di progettazione per opere di ampliamento dell'aerostazione presso l'aeroporto Guglielmo Marconi di Bologna – Importo a base di gara € 1.658.319,65 – Criterio di aggiudicazione offerta economicamente più vantaggiosa- S.A: Aeroporto Guglielmo Marconi di Bologna s.p.a.- Istanza presentata singolarmente dall'operatore economico.

PREC.130/16/S

Servizi di progettazione – Raggruppamento temporaneo di professionisti- requisiti del capogruppo –

-Al di fuori dei casi di predeterminazione normativa della ripartizione dei requisiti tra le imprese raggruppate, rientra nella discrezionalità dell'amministrazione stabilire i requisiti di partecipazione, in relazione all'oggetto dell'appalto e nel rispetto dei principi di ragionevolezza, proporzionalità e tutela della concorrenza.

-In relazione agli appalti per l'affidamento di servizi di progettazione, è illegittima la prescrizione della lex specialis che richieda, alla mandataria, la dimostrazione del possesso del 51% dei requisiti di capacità economico - finanziaria e tecnico - organizzativa, in relazione a ciascuna categoria e classe di progettazione prevista dal bando, qualora la S.A. non abbia provveduto ad indicare, nella lex specialis medesima, una adeguata motivazione.

Artt.46 e 48 del d.lgs 50/2016

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza di parere, prot. n.173393 del 23 novembre 2016, la Società di ingegneria Sylos Labini Ingegneri e Architetti Associati s.r.l., in qualità di mandataria del costituendo RTP Sylos Labini Ingegneri e Architetti Associati s.r.l./ Bonifica s.p.a/Airporto Engine Studio associato/Studio Protecno s.r.l./Sidel Ingegneria s.r.l., ha chiesto a questa Autorità di esprimersi in merito alla legittimità del bando per l'affidamento dei servizi in oggetto, con riferimento ai requisiti speciali stabiliti per la partecipazione alla gara. Le contestazioni dell'istante si appuntano, nello specifico, sulla disposizione in base alla quale il capofila mandatario deve possedere i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico organizzativa “*nella percentuale almeno pari al 51% dei requisiti minimi per ogni classe e categoria di servizi oggetto della prestazione*” (pag. 32 del Disciplinare di gara).



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Secondo l'istante tale previsione è illegittima, in quanto permette la partecipazione esclusivamente dei raggruppamenti di tipo orizzontale e non consente la partecipazione dei raggruppamenti di tipo verticale o misto, come invece previsto dall'art. 48 del d.lgs. 50/2016.

L'istante ha rappresentato di aver già sollevato gli indicati profili di legittimità alla Stazione Appaltante, formulando richiesta di chiarimenti sulla *lex specialis*, in risposta ai quali, la S.A. ha confermato la legittimità della prescrizione del bando in contestazione.

Tra la documentazione trasmessa in allegato all'istanza, figura anche un nota dell'OICE, trasmessa alla S.A. in data 6 settembre 2016, nella quale, aderendo alla tesi dell'istante, viene fatto rilevare il carattere anticoncorrenziale della prescrizione in oggetto.

In riscontro all'avvio dell'istruttoria effettuato da questa Autorità in data 18 gennaio 2017, la S.A. ha trasmesso (nota prot. n. 9216 del 20 gennaio 2017) i chiarimenti relativi alla partecipazione alla procedura di gara, pubblicati sul sito dell'ente aggiudicatore in data 7 settembre 2016, con i quali, in riferimento anche ad analoghi quesiti posti da altri concorrenti, ha precisato che: *“come prescritto al capo 4, lettera f, il capofila mandatario deve possedere- il requisito di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa attinente all'attività progettuale:*

-nella percentuale almeno pari al 51% de requisiti minimi per ogni classe e categoria di cui alla lettera a) della suddetta lettera F) del presente capo 4 (la restante percentuale deve essere posseduta dai mandanti).

-nella percentuale almeno pari al 51% del requisito di cui alla lettera b) della suddetta lettera F) del presente capo 4) (la restante percentuale deve essere posseduta dai mandanti) [...] sarà onere del concorrente fare comprendere in modo chiaro all'Autorità di gara a cosa riferire le percentuali indicate, essendo di interesse principalmente le percentuali specifiche sui requisiti e non (solamente) le percentuali generali sull'intero oggetto dell'appalto, le quali, comunque se fornite insieme alle percentuali specifiche saranno prese in considerazione, per quanto di interesse e di utilità. Ciò premesso e confermato, unica ipotesi di R.T.C. di tipo verticale (anche eventualmente misto) pertanto, risulta, quello in cui il requisito di capacità economico-finanziaria e tecnico organizzativa di cui all'attività di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione non sia in possesso della capofila mandataria, bensì da una (data la non frazionabilità) mandante”.

Ritenuto in diritto

La disciplina concernente le modalità di partecipazione dei raggruppamenti temporanei alle gare di appalto di servizi e forniture è contenuta nell'art. 48 del nuovo Codice, il quale, al comma 2, prevede che «nel caso di forniture o servizi, per raggruppamento di tipo verticale si intende un raggruppamento di operatori economici in cui il mandatario esegue 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», mentre, al comma 4,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

stabilisce che «nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati».

La possibilità di partecipare in forma raggruppata agli appalti per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria è, invece, espressamente prevista dall'art. 46, comma 1, lett. e) del nuovo Codice.

Si osserva che nella disciplina codicistica, come sopra riportata, non si rinviene alcuna prescrizione relativa alla quota percentuale minima dei requisiti di qualificazione e/o di capacità che deve essere posseduta da ciascun operatore economico che partecipa al raggruppamento.

Non sussiste infatti, nel nuovo Codice, una norma analoga all'art. 275 dell'abrogato d.p.r. 207/2010 che prescriva l'obbligo, per la mandataria, di possedere i requisiti e di eseguire la prestazione oggetto del contratto in misura maggioritaria né è riprodotto il contenuto dell'art. 261 del medesimo testo normativo, in cui, al comma 7, erano previste precise disposizioni in merito alla ripartizione dei requisiti all'interno dei raggruppamenti temporanei per i servizi di architettura ed ingegneria.

Dal nuovo quadro normativo discende, pertanto, come è stato sottolineato da recente giurisprudenza, che il compito di definire i requisiti di idoneità che devono essere posseduti dai componenti del raggruppamento è rimesso alla discrezionalità della stazione appaltante (TAR Liguria sez. II 28 febbraio 2017, n. 144).

Una conferma in tal senso si evince dalle Linee Guida n. 1 di attuazione del nuovo Codice, approvate con delibera Anac del 14 settembre 2016, n. 973, recante "Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria", le quali, riconoscendo, in materia, identità di principi tra la nuova e la previgente disciplina, recuperano, in parte, le disposizioni di dettaglio dettate dal citato art. 261 del d.p.r. 207/2010.

In particolare, il punto 2.2.3 delle linee guida, dedicato ai raggruppamenti ed ai consorzi stabili, prevede che: «2.2.3.1. [...] La distribuzione delle quote tra mandataria e mandanti è stabilita direttamente dalle stazioni appaltanti nei documenti di gara. I requisiti finanziari e tecnici di cui al paragrafo 2.2.2, della presente parte IV, lettere a), b) e d), devono essere posseduti cumulativamente dal raggruppamento. Il bando di gara, la lettera di invito o l'avviso di gara possono 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 dal o dai mandanti, ai quali non possono essere richieste percentuali minime di possesso dei requisiti. La mandataria in ogni caso possiede i requisiti necessari per la partecipazione alla gara in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna dei mandanti. La mandataria, ove sia in possesso di requisiti superiori alla percentuale prevista dal bando di gara, dalla lettera di invito o dall'avviso di gara, partecipa alla gara per una percentuale di requisiti pari al limite massimo stabilito [...]».



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Nella suddetta delibera, viene, pertanto, confermato il principio di origine giurisprudenziale secondo cui, fuori dei casi di predeterminazione normativa della ripartizione dei requisiti tra le imprese raggruppate, l'amministrazione avrebbe ampia discrezionalità nel prescrivere i requisiti di partecipazione, in relazione all'oggetto dell'appalto e nel rispetto dei principi (ora contenuti nell'art. 83 del nuovo Codice) di ragionevolezza, proporzionalità e tutela della concorrenza.

In tale prospettiva, il principio della cumulatività dei requisiti resta la regola generale, conforme alla *ratio* stessa del raggruppamento, come anche il principio della prevalenza della mandataria sulle mandanti, in considerazione del ruolo di garanzia che la stessa assume all'interno del raggruppamento, ma non sarebbe esclusa la facoltà della stazione appaltante di ritenere insufficiente la sommatoria delle capacità degli operatori economici stessi e di prescrivere, nella *lex specialis*, il possesso di una soglia minima quantitativa per ciascuna impresa. Tale facoltà troverebbe giustificazione nell'esigenza di tutelare un interesse pubblico superiore, consistente nella necessità di scongiurare il rischio che un eccessivo frazionamento del requisito renda l'accertamento scarsamente attendibile, diminuendo l'efficacia del giudizio sull'affidabilità dell'impresa e la tutela del correlato interesse pubblico (Parere Anac del 17 dicembre 2009, n. 159; in tal senso: Cons. St., sez. V, 24 ottobre 2006, n. 6353).

Alla luce di tali argomentazioni e al fine di rendere il richiesto parere, occorre, pertanto, accertare la legittimità del contestato requisito in capo alla mandataria (51% dei requisiti di capacità in relazione a ciascuna categoria e classe di progettazione prevista dal bando), sulla base di una valutazione di proporzionalità, ragionevolezza, logicità della relativa prescrizione, che tenga conto della tipologia della prestazione oggetto del contratto e di come la stessa incida sulle forme di raggruppamenti ammessi a partecipare alla procedura.

Sul punto si osserva che, in tema di quote di partecipazione al raggruppamento temporaneo di progettisti, le precedenti norme (ora abrogate) erano sostenute da una abbondante giurisprudenza amministrativa oltre che da innumerevoli pareri dell'Anac, ai quali sembra opportuno riferirsi per l'indagine in questione, in considerazione del carattere di continuità della normativa vigente, riscontrato dalle citate linee guida Anac sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria.

In particolare, giova richiamare l'indirizzo interpretativo espresso da questa Autorità, secondo cui il possesso dei requisiti in misura maggioritaria in capo alla mandataria si applica solo nel caso di raggruppamento di tipo orizzontale o misto (per la subassociazione orizzontale), mentre, nel caso di raggruppamento verticale puro è sufficiente che ogni concorrente possieda i requisiti per la parte della progettazione che intende eseguire (cfr. Parere Anac del 6 giugno 2016, n. 122; Id. Determinazione del 10 ottobre 2012, n. 49).

Correttamente, pertanto, l'istante lamenta che la prescrizione del bando, secondo cui la mandataria deve possedere i requisiti di capacità in misura maggioritaria (pari al 51%), in relazione a ciascuna delle



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

categorie e classifiche di servizi in cui è stata suddivisa la prestazione, impedisce la partecipazione ai raggruppamenti di tipo verticale e misto.

Tuttavia, per i principi sopra richiamati, al fine di ritenere legittimo tale divieto, occorre valutare la sussistenza di una motivazione logica e ragionevole dello stesso, in rapporto alla tipologia della prestazione oggetto del contratto e allo scopo prefissato dalla S.A..

Secondo il sopra citato indirizzo interpretativo, dal quale, per i motivi di continuità richiamati, non sembra ragionevole discostarsi, il divieto di partecipazione può derivare dalla caratteristica della prestazione che, per la sua omogeneità non consente la sua a suddivisione in prestazioni principali e secondarie, ovvero dall'esistenza di una specifica esigenza della stazione appaltante, che in tal caso deve essere esplicitata e oggettivamente giustificata nella *lex specialis* (Parere Anac n.194 de 120 novembre 2013).

In tal senso deve pertanto leggersi la disposizione di cui comma 2, ultimo periodo, del citato art.48 del nuovo Codice (corrispondente all'art. 37, comma 2, del d.lgs 163/2006), secondo cui «le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara la prestazione principale e quelle secondarie» (sulla indiscussa necessità, in materia di appalti di servizi, che il bando rechi tale indicazione affinché sia possibile la costituzione di un'a.t.i. verticale: parere Anac del 4 luglio 2013 n. 130; Id., parere del 13 marzo 2013 n. 36; Id., parere del 21 novembre 2012 n. 196).

Questa Autorità, tuttavia, ha più volte affermato che nei bandi ed avvisi per l'affidamento dei servizi di architettura ed ingegneria, all'onere di specificazione dell'attività principale e delle attività secondarie può assolversi anche mediante la mera individuazione delle classi e categorie di progettazione, con i relativi importi (da ultimo, Parere del 6 giugno 2014, n.122).

Al riguardo, è tuttora risolutivo il richiamo degli indirizzi interpretativi, espressi dall'Autorità in relazione alla previgente normativa, secondo cui «(...) Nel caso dei servizi tecnici l'ipotesi che siano presenti nell'oggetto del contratto più prestazioni, una delle quali è da definirsi la principale (quella di importo maggiore) e le altre secondarie, è molto frequente, in quanto gli interventi da progettare rientrano spesso in più classi e categorie, così come definite dall'articolo 14 della più volte citata legge n. 143/1949. (...) Alla luce di quanto illustrato, si possono quindi verificare due ipotesi: l'appalto prevede l'affidamento di servizi appartenenti ad una sola classe e categoria; l'appalto prevede l'affidamento di servizi appartenenti a più classe e categorie. Nel primo caso, possono partecipare all'appalto concorrenti singoli e raggruppamenti temporanei di tipo orizzontale. Nel secondo caso, possono partecipare concorrenti singoli e concorrenti in raggruppamento di tipo verticale o misto» (Determinazione del 27 luglio 2010, n. 5).

Nel caso in esame, la S.A. ha definito la prestazione facendo riferimento alle classi e categorie di cui alla tabella Z-1 del d.m. 143/2013, vigente *ratione temporis*; in particolare (Capo I, punto IX del Disciplinare di gara), l'attività di progettazione è stata suddivisa nelle seguenti categorie e classi:



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

- edilizia (E.O4) per un importo minimo pari a €27.959.231,88
- strutture (S.03) per un importo minimo pari a €20.658.883,62
- impianti (IA01) per un importo minimo pari a €9.641.167,52
- impianti (IA02) per un importo minimo pari a €8.011.869,32
- impianti (IA04) per un importo minimo pari a €14.862.164,00

Trattandosi quindi, di un'attività di progettazione di tipo integrato, in cui la distinzione tra attività principale e attività secondarie è desumibile dalla classificazione effettuata e dai relativi importi indicati nella documentazione di gara, la partecipazione di raggruppamenti di tipo verticale alla relativa procedura di affidamento pare del tutto legittima.

La stazione appaltante, inoltre, non ha fornito alcuna motivazione in ordine all'esigenza di richiedere alla mandataria una quota di qualificazione maggioritaria rispetto a ciascuna classe e categoria di servizi in cui è stata divisa la prestazione, cosicché il conseguente divieto di partecipazione in Raggruppamento verticale si palesa come una ingiustificata restrizione dell'accesso alla gara, come del resto sembra dimostrare la circostanza che dei dodici partecipanti alla gara, tutti in RTP, sette sono stati esclusi a seguito dell'accertamento del mancato possesso, in capo alla mandataria, dei requisiti di qualificazione nella suddetta percentuale.

Alla luce di tali argomentazioni

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, la previsione della *lex specialis* oggetto di contestazione non conforme ai principi generali in materia di contratti pubblici e all'articolo 48 del d.lgs. n. 50/2016.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 9 maggio 2017

Il Segretario Maria Esposito