

DELIBERA N. 212

9 marzo 2021.

Oggetto

Istanza congiunta (per adesione successiva) di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dall'Impresa [OMISSIS] S.r.l. – Procedura aperta ai sensi dell'art. 60 e dell'art. 157, comma 2, del d.lgs. 50/2016 per l'affidamento dei servizi di progettazione definitiva ed esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e di esecuzione, direzione lavori, contabilità dei lavori e accatastamento, finalizzati alla ristrutturazione e rifunzionalizzazione di due immobili siti in contrada Lenzi – Siderno (RC) da destinare a uffici e alloggi per la Polizia di Stato: Commissariato, R.P.C. e distaccamento Polizia Stradale - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro 684.287,08 - S.A.: Agenzia del Demanio – Direzione Regionale Calabria

PREC 52/2021/S

Riferimenti normativi

Art. 48, co. 2 del d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

RTP – prestazione principale – categorie - raggruppamento verticale

Massima

RTP – suddivisione fra prestazione principale e prestazioni secondarie – categorie – divieto di raggruppamento verticale – restrizione alla concorrenza

La *lex specialis* non è conforme alla normativa di settore, in particolare all'art. 48, co. 2 del Codice, che fa chiaramente riferimento all'importo delle singole categorie al fine di distinguere fra prestazione principale e prestazione secondaria. La previsione per cui tutte le categorie debbano rientrare nella prestazione principale, se non assistita da una stringente motivazione, impedisce la costituzione di raggruppamenti di tipo verticale e causa una restrizione della concorrenza.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 9 marzo 2021

DELIBERA

Considerato in fatto

Con istanza acquisita al prot. n. 11461 del 9 febbraio 2021, e allegata memoria illustrativa, l'operatore economico [OMISSIS] S.r.l., in qualità di capogruppo del costituendo raggruppamento temporaneo di professionisti con i mandanti [OMISSIS], contesta l'esclusione del RTP dalla gara in oggetto. L'istante riferisce che, a tenore del disciplinare, la prestazione principale era costituita dalla progettazione definitiva ed esecutiva, dal coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e di esecuzione, dalla direzione lavori, contabilità dei lavori e aggiornamento catastale per le categorie E.16, E.20, S.03, IA.01, IA.02, IA.03, P.03; mentre la prestazione secondaria consisteva nella «esecuzione di tutte le indagini, le analisi e le prove necessarie per l'espletamento dei servizi». L'istante rappresenta che, nonostante i componenti del proprio raggruppamento fossero in grado, cumulativamente, di dimostrare i requisiti di capacità tecnico professionale per ciascuna categoria, ([OMISSIS] S.r.l. per le categorie E.16, E.20; lo [OMISSIS], per le categorie IA.01, IA.02, IA.03; [OMISSIS], per la categoria S.03 e [OMISSIS], per la categoria P.03), la stazione appaltante non ammetteva che esso si qualificasse quale raggruppamento verticale, bensì esigeva che esso si qualificasse quale raggruppamento orizzontale in quanto la prestazione principale riguardava tutte le categorie e quindi veniva svolta in realtà da tutti i componenti. Conseguentemente ognuno avrebbe dovuto dimostrare i requisiti per tutte le categorie oggetto del servizio. L'istante contesta tale ricostruzione, in quanto essa impedirebbe di valorizzare la specializzazione di ciascun componente del RTP, e sostiene che la prestazione "principale" dovrebbe, a suo parere, riguardare la categoria di maggior valore economico e non tutte le categorie, risultando altrimenti frustrato lo scopo stesso del raggruppamento verticale. L'istante chiede pertanto parere all'Autorità in merito all'esclusione.

La stazione appaltante Agenzia del Demanio – Direzione Regionale Calabria manifestava la propria adesione all'istanza di parere, ai sensi dell'art. 4, co.3 del Regolamento in materia di precontenzioso, tramite nota acquisita al prot. 13801 del 16 febbraio 2021.

Seguiva l'avvio del presente procedimento, effettuato con nota prot. 14259 del 18 febbraio 2021.

La stazione appaltante rappresenta che la commissione di gara, esaminata la documentazione presentata ai fini della dimostrazione dei requisiti di capacità tecnica e professionale, rilevava che la mandataria [OMISSIS] S.r.l. non dichiarava servizi svolti per la categoria P03; la mandante [OMISSIS], non dichiarava servizi nelle categorie E16, E20, S03, IA01, IA02, IA03 [OMISSIS], non dichiarava servizi nelle categorie E16, E20, IA01, IA02, IA03, e lo [OMISSIS], non dichiarava servizi nelle categorie E16 e P03. Essa afferma quindi che, dal momento che la prestazione principale, ai sensi del disciplinare di gara, ricomprendeva la progettazione definitiva ed esecutiva, il coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e di esecuzione, la direzione e contabilità dei lavori "in tutte le categorie elencate" e non era quindi costituita solo dalla categoria di maggior importo, il raggruppamento doveva qualificarsi necessariamente come orizzontale e i suoi componenti dovevano dichiarare i requisiti in tutte le categorie mancanti.



Ritenuto in diritto

La questione posta con l'istanza di parere in esame riguarda la conformità alla normativa di settore della richiesta, avanzata dall'Amministrazione procedente nei confronti di ciascun componente del raggruppamento temporaneo di professionisti odierno istante, di dimostrare il possesso dei requisiti speciali di partecipazione in relazione a tutte le categorie previste nella legge di gara, in quanto tutte considerate dalla stazione appaltante come rientranti all'interno della prestazione principale. Con ciò negando la possibilità di dar vita a un raggruppamento verticale, nel quale, come noto, ciascun componente partecipa con la propria specializzazione per la categoria adeguata alla sua professionalità.

Il disciplinare di gara, nel caso di specie, individuava al par. 3 la prestazione principale, consistente nei servizi di «progettazione definitiva ed esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e di esecuzione, direzione e contabilità dei lavori e aggiornamento catastale» riferiti alle categorie E.16 (con una incidenza del 4,17% rispetto ai lavori da svolgere), E.20 (con una incidenza del 41,69%), S.03 (con una incidenza del 13,90%), IA.01 (con una incidenza del 10,43%), IA.02 (con una incidenza del 10,43%), IA.03 (con una incidenza del 14,73%), P.03 (con una incidenza del 4,64%). La prestazione secondaria consisteva nella «esecuzione di tutte le indagini, le analisi e le prove necessarie per l'espletamento dei servizi di cui ai punti precedenti».

Il par. 7.3 del disciplinare richiedeva poi, quali requisiti di capacità tecnica e professionale: «e) un elenco di servizi di ingegneria e di architettura espletati negli ultimi dieci anni antecedenti alla data di pubblicazione del bando e relativi ai lavori di ognuna delle categorie [...], con la precisazione che tale requisito deve essere posseduto cumulativamente dal raggruppamento. La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti di partecipazione in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna dei mandanti», e che, con riferimento al servizio di cui alla lett. e), «è necessario un contributo da parte di ciascun componente del raggruppamento, pur prevedendo che detto requisito sia posseduto nel complesso dal raggruppamento, è necessario che sia la mandataria (in misura maggioritaria) sia le mandanti (in qualsivoglia misura) in ragione di ogni singola categoria, contribuiscano a soddisfarlo.

Sulla questione posta, occorre preliminarmente richiamare il dettato dell'art. 48 del d.lgs. 50/2016, il quale prevede al comma 2 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». Il Bando-tipo n. 3, approvato con delibera n. 723 del 31 luglio 2018 ("Disciplinare di gara per l'affidamento con procedura aperta di servizi di architettura e ingegneria di importo pari o superiore a € 100.000 con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo"), specifica che, «nell'ipotesi di raggruppamento temporaneo orizzontale il requisito dell'elenco dei servizi deve essere posseduto, nel complesso dal raggruppamento, sia dalla mandataria, in misura maggioritaria, sia dalle mandanti. Nell'ipotesi di raggruppamento temporaneo verticale ciascun componente deve possedere il requisito dell'elenco dei servizi in relazione alle prestazioni che intende eseguire, fermo restando che la mandataria deve possedere il requisito relativo alla prestazione principale».

Costituisce orientamento consolidato della giurisprudenza, condiviso dall'Autorità nelle proprie delibere, quello per cui «la possibilità di dar vita a raggruppamenti di tipo verticale (o, più correttamente, di ammetterli ad una gara) sussiste solo laddove la stazione appaltante abbia preventivamente individuato



negli atti di gara, con chiarezza, le prestazioni “principali” e quelle “secondarie”, ai sensi dell’art. 48 co. 2, essendo precluso al partecipante alla gara di procedere di sua iniziativa alla scomposizione del contenuto della prestazione, distinguendo fra prestazione principali e secondarie, onde ripartirle all’interno di un raggruppamento di tipo verticale» (Cons. Stato, sez V, 31 marzo 2020, n. 3183; 5 aprile 2019, n. 2243; 22 ottobre 2018, n. 6032; 7 dicembre 2017, n. 5772; sez. III, 21 gennaio 2019, n. 517; 9 maggio 2012, n. 2689; parere Anac del 4 luglio 2013 n. 130; parere del 13 marzo 2013 n. 36; parere del 21 novembre 2012 n. 196).

Questa Autorità ha, tuttavia, altresì affermato che nei bandi e avvisi per l’affidamento dei servizi di architettura e 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 (cfr. delibera n. 431 del 27 aprile 2017; delibera n. 122 del 6 giugno 2014). Al riguardo, «è tuttora risolutivo il richiamo degli indirizzi interpretativi, espressi dall’Autorità in relazione alla previgente normativa (determinazione del 27 luglio 2010, n. 5) 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 classi 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» (delibere n. 42 del 22 gennaio 2020; n. 431 del 27 aprile 2017).

Ciò che importa in questa sede evidenziare, comunque, è il fatto che le scelte dell’Amministrazione che intendano discostarsi dai predetti principi, siano supportate da una idonea motivazione. Come già l’Autorità ha avuto modo di osservare, «al fine di ritenere legittimo il divieto di partecipazione ai raggruppamenti di tipo verticale, 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.. Il divieto di partecipazione può derivare dalla caratteristica della prestazione che, per la sua omogeneità non consente la suddivisione in prestazioni principali e secondarie, ovvero dall’esistenza di una specifica esigenza della stazione appaltante, che in tal caso deve essere esplicitata e obiettivamente giustificata nella *lex specialis*» (Parere Anac n.194 del 20 novembre 2013).

Proprio alla luce di quanto appena evidenziato, si osserva che la strutturazione della gara nel caso oggetto dell’odierna controversia, se non assistita da una stringente motivazione, produce un effetto restrittivo della concorrenza. Infatti, l’aver previsto un’attività di progettazione riferita a categorie differenziate e specificamente quantificate, tutte fatte rientrare all’interno della prestazione principale, equivale a impedire la costituzione di raggruppamenti di tipo verticale, nei quali ciascun professionista apporterebbe la propria specializzazione nelle singole categorie di cui si compone la prestazione.

Pertanto si ritiene che, nel caso di specie, la *lex specialis* non sia conforme alla normativa di settore e produca un effetto restrittivo della concorrenza, in quanto la suddivisione effettuata fra prestazione principale e prestazione secondaria non corrisponde a quanto previsto dall’art. 48, co. 2 d.lgs. 50/2016, che fa chiaramente riferimento all’importo delle categorie al fine di operare detta distinzione. La previsione per cui tutte le categorie rientrino nella prestazione principale, se non assistita da una stringente motivazione, impedisce infatti la costituzione di raggruppamenti di tipo verticale.



Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono, che:

- La *lex specialis* non è conforme alla normativa di settore, in particolare all'art. 48, co. 2 del Codice, che fa chiaramente riferimento all'importo delle singole categorie al fine di distinguere fra prestazione principale e prestazione secondaria e prescrive espressamente che le stazioni appaltanti indichino nel bando di gara la prestazione principale e quelle secondarie. La previsione per cui tutte le categorie debbano rientrare nella prestazione principale, se non assistita da una stringente motivazione, impedisce la costituzione di raggruppamenti di tipo verticale e causa una restrizione della concorrenza.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 25 marzo 2021

Per il Segretario Maria Esposito
Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente