

DELIBERA N. 122

10 febbraio 2021

Oggetto

Istanza di parere singola per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da ____OMISSIS____ S.r.l. – Servizi a richiesta, a quantità indeterminata, per attività di bonifica e trattamento di casse e sentine; trattamento dei ponti coperti e scoperti da eseguirsi a bordo e/o per conto delle UU.NN., Mezzi Minori, Rimorchiatori, Galleggianti, Bacini e Barche Porte della M.M.I nella sede di Taranto - Importo a base della procedura euro: 309.150,00 € - Criterio di aggiudicazione: minor prezzo - S.A.: Arsenale Militare Marittimo Taranto

PREC 19/2021/S

Riferimenti normativi

Articolo 48, commi 2 e 4, d.lgs. n. 50/2016

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

Parole chiave

RTI orizzontali – Ripartizione attività – Requisiti di partecipazione

Massima

Mancata distinzione nella *lex specialis* tra prestazioni principali e prestazioni secondarie – RTI - Ripartizione attività - Compatibile con struttura del RTI orizzontale

In caso di mancata indicazione nella *lex specialis* della distinzione tra prestazioni principali e secondarie, l'indicazione, qualitativa e quantitativa, delle specifiche parti del servizio che ciascun componente del RTI si propone di eseguire assolve all'onere previsto dall'art. 48, comma 4, d.lgs. n. 50/2016 di precisare le "parti del servizio" che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti in raggruppamento e ha come unico effetto quello di operare, sulla base delle rispettive competenze, una ripartizione interna delle quote della prestazione, che conserva il suo carattere unitario sotto il profilo giuridico (benché complessa sul piano descrittivo), e non incide sul regime della responsabilità, che resta in solido in capo a ciascun componente il raggruppamento, secondo lo schema tipico del RTI orizzontale.

Appalto di servizi e forniture – RTI - Requisiti di partecipazione – Disciplina rimessa alla *lex specialis*

Negli appalti di servizi e forniture, la disciplina dei requisiti di partecipazione in caso di RTI è rimessa alle disposizioni della *lex specialis* della gara, con l'unico vincolo stabilito dall'art. 83, comma 8, d.lgs. n.50/2016 del necessario possesso dei requisiti in misura maggioritaria da parte della mandataria. Ne consegue che, nel caso in cui la legge di gara non stabilisca soglie percentuali minime del possesso dei requisiti in capo alle



mandanti, non può disporsi l'esclusione del RTI che nel suo complesso soddisfa il requisito minimo stabilito dal bando, anche in presenza di una mandante priva del requisito.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 10 febbraio 2021

Vista l'istanza di parere acquisita al prot. n. 98355 del 24 dicembre 2020, con la quale l'operatore economico _____OMISSIS_____ S.r.l. ha contestato la legittimità della revoca, pronunciata dalla stazione appaltante in sede di autotutela, dell'aggiudicazione della gara al costituendo RTI composto dallo stesso istante in qualità di mandataria e da Comes S.p.A. in qualità di mandante;

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 14 gennaio 2021 con nota prot. n. 2883;

Vista la documentazione prodotta dalle parti, tra cui la determinazione n. 26 del 26 novembre 2020, con cui la stazione appaltante ha revocato l'aggiudicazione al costituendo RTI per non avere la mandante Comes S.p.A. dimostrato il possesso del requisito del fatturato specifico per prestazioni concernenti le bonifiche (prosciugamento, pulizia e trattamento di casse, depositi e sentine) pari a 50.000,00 euro e il trattamento ponti (rinnovamento e trattamento di ponti coperti e scoperti ad esclusione del ponte di volo) pari a 30.000,00 euro, richiesto dal paragrafo 2 dell'Allegato A accluso alla richiesta di offerta;

Vista la censura sollevata dall'istante circa il vizio procedimentale della revoca, che sarebbe fondata su motivi diversi (la mancanza del requisito del fatturato specifico in capo alla mandante) da quelli dedotti nella comunicazione di avvio del procedimento di revoca (forma verticale del costituendo in RTI in violazione della *lex specialis* di gara);

Visto quanto argomentato dall'istante riguardo la forma del costituendo RTI, che, contrariamente a quanto sostenuto dalla stazione appaltante nella comunicazione di avvio del procedimento di revoca dell'aggiudicazione, sarebbe orizzontale e non verticale, in quanto, a fronte della mancata suddivisione nella legge di gara delle prestazioni tra principali e secondarie, il RTI si sarebbe limitato a indicare le parti del servizio che sarebbero state eseguite dai singoli operatori economici riuniti, con indicazione delle relative percentuali, in osservanza di quanto previsto della *lex specialis* di gara e dall'art. 48, comma 4 del d.lgs. n. 50/2016 («*Nel caso di (...) di forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate (...) le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti (...)*»), senza che ciò possa essere addotto a dimostrazione della volontà di frammentare pro quota la responsabilità delle singole imprese raggruppate rispetto alla prestazione complessiva secondo lo schema tipico del RTI verticale;

Visto quanto argomentato dall'istante in relazione al possesso del fatturato specifico da parte del costituendo RTI, che sarebbe rispettoso sia delle prescrizioni del d.lgs. n. 50/2016 che della disciplina di gara. Viene infatti evidenziato che il Codice dei contratti, in caso di prestazione di servizi, si limita a prescrivere che la mandataria deve apportare i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria (art. 83, comma 8), senza prevedere quote minime, e che la *lex specialis*, in questo caso, ha richiesto il possesso del requisito del fatturato in capo al RTI nel suo complesso, senza alcuna distinzione tra mandante e mandataria, con l'unico limite che la mandataria lo avrebbe dovuto possedere nella misura minima del 40%;

Visto quanto ribadito dalla stazione appaltante, con memoria acquisita al prot. n. 3942 del 18 gennaio 2021, circa la mancata suddivisione, nel bando, tra prestazioni principali e secondarie, che avrebbe imposto la partecipazione di soli RTI orizzontali, con conseguente svolgimento da parte di tutte le componenti del raggruppamento delle attività, unitamente considerate, oggetto della commessa e responsabilità solidale



delle stesse nei confronti della mandante. Con riferimento ai requisiti speciali richiesti ai fini della partecipazione, la stazione appaltante ne ha sottolineato la natura “sostanziale” e non “formale”, che osterebbe ad un’interpretazione che riferisce il requisito al raggruppamento nel suo complesso e alla possibilità di sopperire alla carenza del requisito da parte della mandante con la sovrabbondanza del requisito da parte della mandataria;

Visto l’art. 48, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, ai sensi del quale, nel caso di forniture o servizi, per raggruppamento orizzontale s’intende quello in cui gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione e per raggruppamento verticale quello in cui il mandatario esegue le prestazioni di servizi o di forniture indicati come principali anche in termini economici e i mandanti quelle indicate come secondarie. Viene altresì precisato che «*le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara la prestazione principale e quelle secondarie*»;

Visto che, nel caso in esame, la stazione appaltante non ha indicato nella *lex specialis* la distinzione tra prestazioni principali e prestazioni secondarie (Lettera d’invito, paragrafo 6: «(...) *l’Amministrazione ha la necessità inderogabile di dotarsi di uno strumento contrattuale sufficientemente flessibile tale da potere essere impiegato pur senza l’esatta conoscenza, a priori, dello stato dei locali (...).* Motivo per il quale (...) è intenzione della Stazione Appaltante non specificare alcuna distinzione tra prestazioni prevalenti e prestazioni secondarie in quanto non note e non conoscibili al momento dell’indizione del bando di gara»);

Visto l’art. 48, comma 4, d.lgs. n. 50/2016, ai sensi del quale, nel caso di forniture o servizi, nell’offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti;

Visto l’oggetto della presente gara, descritto nella Specifica tecnica allegata alla Lettera d’invito, come servizi per attività di bonifica e trattamento di casse e sentine e per trattamento di ponti coperti e scoperti;

Considerato che, come rappresentato dall’istante, la giurisprudenza amministrativa più recente, sulla base della Plenaria n. 22 del 13 giugno 2012 – che ha affermato che l’obbligo di indicare in sede di presentazione dell’offerta le «parti» di servizio imputate a ciascun operatore raggruppato (contenuto, *ratione temporis*, nell’art. 37 comma 4, del d.lgs. n. 163/2006 e oggi riprodotto nell’art. 48, comma 4, d.lgs. n. 50/2016) sussiste anche in caso di RTI orizzontali – ritiene che, in caso di mancata distinzione nella legge di gara tra prestazioni principali e secondarie, che sola potrebbe conferire rilevanza giuridica (anche ai fini della conseguente responsabilità) allo schema organizzativo di tipo “verticale”, l’indicazione, qualitativa e quantitativa, delle specifiche parti del servizio che ciascuna delle imprese del RTI si propone di eseguire non è idonea a produrre alcun effetto, se non quello di assolvere all’onere *ex lege* di precisare le “parti del servizio” che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti in associazione (Consiglio di Stato, 25 aprile 2019, n. 2641; Consiglio di Stato, 31 marzo 2020, n. 2183). Secondo quanto prospettato dalla Plenaria, nel caso di RTI orizzontali, l’indicazione delle parti del servizio imputate a ciascun componente, ferma restando la comune responsabilità solidale in ordine al servizio oggetto di appalto complessivamente considerato, risponde all’esigenza della stazione appaltante di verificare la coerenza delle scelte organizzative “interne” del RTI con le capacità e con i titoli abilitativi posseduti da ciascuna impresa raggruppata. Ne segue che a fronte di un insieme di prestazioni complessivamente unitario, ma complesso, si ritiene compatibile con la struttura del RTI orizzontale la ripartizione per quote della prestazione oggetto del servizio posto a base della gara con l’attribuzione di un segmento di tale attività complessa ad un solo componente, ferma restando, si ribadisce, la responsabilità solidale di ciascun componente del RTI per l’intero;

Considerato che, nel caso in esame, il RTI istante ha dichiarato di suddividere l’attività di carpenteria tra la mandante e la mandataria, la quale si sarebbe incaricata anche delle prestazioni di bonifica e trattamento di casse e sentine e di trattamento di ponti coperti e scoperti, per una quota del 60% circa;

Ritenuto che tale dichiarazione, alla luce della richiamata giurisprudenza, in assenza nella *lex specialis* della distinzione tra prestazioni principali e secondarie, ha come unico effetto quello di operare, sulla base delle rispettive competenze, una ripartizione interna delle quote della prestazione, che conserva il suo carattere unitario sotto il profilo giuridico (benché complessa sul piano descrittivo), e non incide sul regime della responsabilità, compatibilmente con la struttura del RTI orizzontale;

Visto l'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, ai sensi del quale, per i raggruppamenti temporanei di concorrenti, *«nel bando sono indicate le eventuali misure in cui gli stessi requisiti devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti. La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria»*;

Vista, nel caso in esame, la disciplina del possesso dei requisiti in caso di partecipazione di RTI, delineata nell'allegato A al Promemoria, secondo cui *«(...) per i Raggruppamenti e le Associazioni Temporanee di Imprese (...) i requisiti richiesti devono essere posseduti dalla mandataria nella misura minima del 40% dell'importo complessivo totale. La mandataria, in ogni caso, deve possedere i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti»*;

Considerato che, secondo consolidata giurisprudenza, negli appalti di servizi e forniture, dopo la pronuncia della Plenaria n. 27/2014, *"non vige ex lege il principio di necessaria corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa e la quota della prestazione di rispettiva pertinenza, essendo la relativa disciplina rimessa alle disposizioni della lex specialis della gara"* (Consiglio di Stato, 12 febbraio 2020 n. 1074; cfr. anche, tra le più recenti, Consiglio di Stato, 2 dicembre 2019, n. 8249; Consiglio di Stato, 13 novembre 2019, n. 7805; Consiglio di Stato, 17 giugno 2019, n. 4025; Consiglio di Stato, 23 aprile 2019, n. 2599). Fa' da corollario l'ulteriore principio, pacificamente riconosciuto dalla giurisprudenza, secondo cui, con l'eccezione del caso di una esplicita e diversa richiesta del bando, è sufficiente che il raggruppamento nel suo complesso possieda il requisito di qualificazione richiesto (*ex multis*, Consiglio di Stato, 21 settembre 2017, n. 4403). Ne consegue, che qualora la stazione appaltante non inserisca una clausola che stabilisce le quote minime di possesso dei requisiti da parte delle imprese partecipanti, non può disporsi l'esclusione di una concorrente per la mancanza di un requisito non previsto dalla *lex specialis* di gara e neppure stabilito dalla legge mediante eterointegrazione (da ultimo, Consiglio di Stato, III, 13 settembre 2017, n. 4336). E' stato pertanto ritenuto, in un caso simile a quello in esame, nel quale l'Amministrazione si era limitata a richiedere il possesso maggioritario dei requisiti in capo alla mandataria, che la mancata indicazione di una soglia minima di requisito consentisse di aggiudicare l'appalto anche a operatori privi del requisito, purché detto requisito fosse posseduto cumulativamente dal raggruppamento (Consiglio di Stato n. 8249 del 2 dicembre 2019);

Ritenuto che nel caso in esame la mandataria possiede da sola la totalità del requisito del fatturato specifico richiesto, per cui, in assenza di una espressa previsione nella legge di gara di requisiti minimi in capo ai mandanti, essa fornisce la totalità dei requisiti di cui si giova il raggruppamento nel suo insieme e soddisfa in tal modo la richiesta della *lex specialis*;

Considerata assorbita la censura riguardante il vizio procedimentale della motivazione della revoca,

Il Consiglio

ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono e limitatamente al profilo considerato,

- non conforme alla normativa di settore la revoca dell'aggiudicazione al costituendo RTI _____OMISSIS_____ S.r.l. – Comes S.p.A..



Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 17 febbraio 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente