

Parere n. 107 del 21/05/2014

PREC 263/13/S-L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Iennaco & C. Srl, capogruppo della costituenda ATI con l'Impresa Alfieri Domenico & C. S.a.s. – “Procedura aperta di progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di realizzazione di n. 1 palazzina da 144 posti letto per alloggi di servizio collettivi per personale volontario previa demolizione della Palazzina Capocci – Località Avellino – Cas. Berardi” – Criterio di aggiudicazione: Offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base d'asta: €10.481.841,69 – S.A.: Ministero della Difesa - Segretario Generale della Difesa - Direzione Nazionale degli Armamenti - Direzione dei Lavori e del Demanio - Roma. **Art. 261, comma 8 e art. 263 comma 1, lett. c) del D.P.R. n. 207/2010. Non frazionabilità dei servizi di punta.**

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 20 ottobre 2013 è pervenuta l'istanza di parere con cui la Società Iennaco & C. Srl, capogruppo della costituenda ATI con l'Impresa Alfieri Domenico & C. S.a.s., ha chiesto lumi a questa Autorità in merito alla propria esclusione dalla procedura bandita dal Ministero della Difesa - Segretario Generale della Difesa - Direzione Nazionale degli Armamenti - Direzione dei Lavori del Demanio - Roma.

L'istante ha precisato di essere stata esclusa con la seguente testuale motivazione: “importo insufficiente nei servizi di punta nella classe e categoria IIIa dichiarando la Tecton Studio Associati S.r.l., due servizi di punta per un importo totale di €1.126.203 inferiore a €1.322.414,51 previsto dal bando e per frazionamento dei servizi di punta nella classe categoria IIIc, in contrasto con quanto previsto al punto 4.2.1 pag. 16 del Disciplinare di gara e dell'art. 261 comma 8 del D.P.R. 207/2010”.

Secondo l'istante la disposta esclusione si fonderebbe sull'assunto che i requisiti relativi ai cosiddetti “servizi di punta” devono essere posseduti per intero da un unico soggetto anche nell'ipotesi di raggruppamenti temporanei di imprese. La posizione assunta dalla Commissione di gara sarebbe però in contrasto con la disciplina pubblicistica dettata in materia di avvalimento dei requisiti di capacità tecnica ed economica e con l'insegnamento recente della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Secondo l'impresa, se è consentito l'avvalimento parziale al fine di raggiungere il requisito minimo di capacità, tanto più dovrebbe riconoscersi la possibilità per i raggruppamenti temporanei di imprese di comprovarne il possesso attraverso il cumulo dei requisiti posseduti dai singoli raggruppati. Saggiunge che lo stesso Ministero della Difesa, in una diversa procedura di gara, avrebbe aderito all'indirizzo giurisprudenziale segnalato al fine di favorire la libera concorrenza.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale, condotta da questa Autorità con nota del 7 febbraio 2014, la stazione appaltante, con memoria di controdeduzioni pervenuta il 19 novembre 2013, ha confermato la correttezza del proprio operato, evidenziando che la non frazionabilità dei servizi di punta è espressamente stabilita dall'art. 261, comma 8, del D.P.R. 207/2010 - come richiamato in

seno al provvedimento di esclusione - nonché confermata dalla determinazione n. 2/2012 di questa Autorità. Di ciò si sarebbe dato peraltro esatta contezza ai concorrenti nella risposta al Quesito n. 1 delle FAQ resa in corso di gara.

Ritenuto in diritto

Oggetto della richiesta di parere è la legittimità del provvedimento di esclusione disposto in applicazione della *lex specialis* (punto 4.2.1 del disciplinare di gara), laddove prevede che “Il requisito di cui all’art. 263, comma 1, lett. c) del Regolamento del Codice non è frazionabile per i raggruppamenti temporanei”. Tale formulazione risulta conforme con quanto statuito dal comma 8 dell’art. 261 D.P.R. n. 207 del 2010, che così testualmente prevede: “il requisito di cui all’art. 263 comma 1, lett. c), non è frazionabile per i raggruppamenti temporanei”. Tale requisito si riferisce ai cosiddetti contratti di punta, consistenti nell’aver espletato negli ultimi dieci anni due servizi di cui all’articolo 252, relativi ai lavori, appartenenti ad ognuna delle classi e categorie dei lavori cui si riferiscono i servizi da affidare, per un importo totale non inferiore a un valore compreso fra 0,40 e 0,80 volte l’importo stimato dei lavori cui si riferisce la prestazione da effettuare.

L’istante suffraga la propria tesi richiamando un recente intervento del giudice comunitario in materia di avvalimento. La Corte di Giustizia – sezione V - con la sentenza 10 ottobre 2013, in causa C-94/12, ha infatti affermato che “gli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, letti in combinato disposto con l’articolo 33, paragrafo 2, della medesima direttiva, devono essere interpretati nel senso che ostano a una disposizione nazionale come l’articolo 49, comma 6, del Codice dei contratti, la quale vieta, in via generale, agli operatori economici che partecipano a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori di avvalersi, per una stessa categoria di qualificazione delle capacità di più imprese”.

Questa Autorità, a seguito di tale importante pronunciamento, ha ritenuto di fornire chiarimenti al riguardo con apposito Comunicato del Presidente del 20 marzo c.a. al fine di modificare la precedente determinazione del 1 agosto 2012 n. 2, punto 4, e quindi affermando che la Stazione appaltante può legittimamente esigere che un livello minimo di capacità sia raggiunto da un operatore economico unico o, eventualmente, facendo riferimento ad un numero limitato di operatori economici.

Ma ai fini della soluzione della questione in esame viene in rilievo il concetto di frazionabilità/cumulabilità del requisito, pur dovendosi osservare che il servizio di punta costituisce un requisito oggettivo e pertanto la sua intrinseca natura non osta di per sé a che di questo possano giovare anche altre imprese associate o associande.

La giurisprudenza ha chiarito che dalla non frazionabilità non può in alcun modo desumersi, quando si tratti di requisiti oggettivi, la circostanza per cui il requisito debba essere posseduto da ciascuna delle imprese raggruppate. Al contrario, se uno dei concorrenti possiede il requisito (oggettivo) deve ritenersi che esso vada a qualificare tutto il raggruppamento se si vuole scongiurare una inammissibile moltiplicazione dei requisiti. I giudici hanno quindi ritenuto che “La non frazionabilità del requisito dei servizi di punta non può essere interpretata nel senso che ciascun componente del raggruppamento debba possedere il requisito per intero. Tale conclusione si porrebbe in contrasto con la logica del raggruppamento stesso, diretta a garantire la massima partecipazione alla gara. È sufficiente, invece, che tale requisito sia posseduto per intero da un singolo componente del raggruppamento” (cfr. TAR Puglia Bari, I, 24 gennaio 2013, n. 81). Orbene, non vi è dubbio che, come per l’avvalimento cosiddetto plurimo o frazionato, la Stazione

appaltante gode di una riserva di discrezionalità che le consente di stabilire se alcuni requisiti di partecipazione siano o meno frazionabili. Si afferma infatti in giurisprudenza che “È legittima la norma del bando di gara che, in relazione alla natura dell'appalto, preveda la non frazionabilità all'interno di un'associazione di imprese dei requisiti di capacità tecnica e/o economica richiesti dal bando, considerato che l'associazione temporanea di imprese consente l'aggregazione economica di potenzialità organizzative e produttive per la prestazione di beni e servizi, ma non dà luogo alla creazione di un soggetto autonomo e distinto dalle imprese che lo compongono né ad un loro rigido collegamento strutturale, per cui è congruo far gravare su ciascuna impresa, ancorché mandante, l'onere di documentare il possesso dei requisiti di capacità tecnica ed economica richiesti per l'affidamento del servizio nei limiti e secondo le modalità stabilite dal bando, all'evidente scopo di evitare l'esecuzione di quote rilevanti dell'appalto a soggetti del tutto sprovvisti delle qualità all'uopo occorrenti”(cfr. T.A.R. Lecce Puglia sez. III, 30 dicembre 2013, n. 2629).

In proposito, la già citata determinazione dell'Autorità n. 2/2012, al punto 5, specifica che “l'avvalimento può trovare applicazione anche ai servizi di ingegneria ed architettura, ed in particolare ai requisiti previsti dall'articolo 263, comma 1, del Regolamento. Si rammenta, tuttavia, che i cd “servizi di punta” (art. 263, comma 1, lett. c) del Regolamento) ai sensi del comma 8 dell'art. 261 del Regolamento non sono frazionabili; di conseguenza, si può concludere nel senso che ognuno dei due “servizi di punta” richiesti per ciascuna classe e categoria dovrà esser stato svolto interamente da uno dei soggetti del raggruppamento”.

La previsione del disciplinare di gara nel caso di specie riflette autonome valutazioni della Stazione appaltante, la quale ha inteso recepire il divieto contemplato nella normativa generale inserendolo nella legge di gara. Ne consegue che la previsione di *lex specialis* costituisce ex se insuperabile ostacolo alla sommatoria delle frazioni dei servizi di punta in possesso dei singoli associandi. Nel caso di specie, inoltre, nessuna delle imprese in A.T.I. è risultata in possesso per l'intero del requisito de quo, di guisa che l'operazione sommatoria auspicata dall'istante non può che porsi in stridente contrasto con il divieto di frazionamento.

La legittimità della previsione di *lex specialis* nemmeno può ritenersi inficiata dal recente pronunciamento della Corte europea avendo essa riguardo alla fattispecie dell'avvalimento, che è ontologicamente diversa da quella dell'associazione temporanea d'impresе (v. Determinazione AVCP n. 4 del 10 ottobre 2012, punto 4), peraltro nella perdurante vigenza del corrispondente divieto legale. Anche a ritenere il contrario, l'intervento della Corte (successivo alla pubblicazione della *lex specialis*) non potrebbe refluire sull'andamento della procedura selettiva, in nome della irrilevanza dello *jus superveniens*, essendo del tutto pacifico che la legge di gara, siccome cristallizzatasi nel preciso momento storico della sua emanazione, non risente delle sopravvenienze normative (T.A.R. Salerno Campania sez. II, 09 maggio 2012, n. 867). In base a quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione della Iennaco & C. Srl sia conforme alla *lex specialis* e alla normativa di settore.

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 5 giugno 2014

Il Segretario Maria Esposito