

Legittimità dell'applicazione del “principio di corrispondenza” negli appalti di servizi da affidarsi a raggruppamenti temporanei di imprese

di Cesare Caturani

Data di pubblicazione: 27-2-2017

1. L'art. 48 del d. lgs. n. 50/2016 non impedisce alla stazione appaltante di richiedere la necessaria corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa partecipante al raggruppamento temporaneo e la quota di esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto di rispettiva pertinenza (1).

(1) Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 28 agosto 2014, n. 27.

Guida alla lettura

Nella decisione in esame il T.A.R. dichiara la legittimità della clausola del Disciplinare che, in una procedura per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria, ha richiesto ai concorrenti che partecipano in raggruppamento temporaneo di dimostrare il rispetto del cd. “*principio di corrispondenza*” tra requisiti di qualificazione, quote di partecipazione al raggruppamento e quote di esecuzione dell'appalto. Pur in assenza di una espressa previsione in tal senso recata dall'art. 48 del d. lgs. n. 50/2016, il Collegio individua la correttezza di tale prescrizione di gara in base a quanto già affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, particolarmente, nella decisione n. 27/2014, ancorché riferita al precedente art. 37 del d. lgs. n. 163/2006, secondo la quale negli appalti di servizi da affidarsi a raggruppamenti temporanei di imprese la necessaria corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa e la quota della prestazione di rispettiva pertinenza, pur non essendo imposta *ex lege*, ben può essere richiesta dalla *lex specialis*, come accaduto nella fattispecie.

Un ulteriore passaggio motivazionale che si sottolinea, peraltro, ripreso nella coeva sentenza n. 131/2017 che riguarda la stessa vicenda di fatto, è quello che considera legittima anche l'ulteriore prescrizione del Disciplinare di gara che ha richiesto, sempre per i raggruppamenti temporanei di imprese, il possesso in capo alla mandataria della percentuale del 51% relativamente al fatturato specifico ivi indicato, alla propria percentuale di partecipazione al raggruppamento nonché alla quota parte delle attività oggetto di appalto che la stessa sarà chiamata ad eseguire. Il Tribunale considera tale onere, in quanto posto ad esclusivo carico della mandataria, non suscettibile di comprimere l'autonomia del raggruppamento di assumere la tipologia “*orizzontale*” o “*verticale*”: infatti, rimane pienamente libera la facoltà del

raggruppamento di scegliere quali e quanti mandanti coinvolgere e di come ripartire le proprie quote e la attività da svolgere, potendo fare ricorso al cd. avvalimento interno, espressamente ammesso dalle prescrizioni di gara coerentemente con l'art. 89 del d. lgs. n. 50/2016.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 972 del 2016, proposto da:

Technital s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale capogruppo mandataria di Raggruppamento Temporaneo di Progettisti con le mandanti: R.P.A. s.r.l., E.T.S. s.p.a, Engineering and Technical Services, So.Ce.Co. s.r.l. e Studio Architetti Caccia Dominioni - Zucca Associati, R.T.P. rappresentato e difeso dall'avvocato Daniele Sterrantino, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Cristina Balli in Bologna, via Altabella n. 3;

contro

Aeroporto Guglielmo Marconi di Bologna s.p.a., in persona dell'Amministratore delegato e legale rappresentante p.t., rappresentata e difeso dall'avvocato Penelope Vecchi, domiciliato ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria T.A.R., in Bologna, Strada Maggiore n. 53;

per l'annullamento

a) del provvedimento in data 7/11/2016 di esclusione della società ricorrente dalla procedura aperta bandita da Aeroporto Guglielmo Marconi di Bologna s.p.a., avente ad oggetto l'affidamento in appalto della "Progettazione definitiva, esecutiva e coordinamento della sicurezza in fase di progettazione per le opere di ampliamento dell'Aerostazione"; b) delle lettere F) e M) del Capo 4) del Disciplinare di Gara; c) delle note della stazione appaltante: prot. 59527 del 22.8.2016, prot. 59796 del 7.9.2016 e prot. 61386 del 1.12.2016; d) del verbale di gara prot. 61064 del 2.11.2016 e dei precedenti verbali di gara;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Aeroporto Guglielmo Marconi di Bologna s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 18 gennaio 2017, il dott. Umberto Giovannini e uditi, per le parti, i difensori avv. Daniele Sterrantino e avv. Penelope Vecli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Oggetto di causa è l'impugnativa, da parte di un costituendo Raggruppamento Temporaneo di Progettisti, avente Technital s.p.a. quale mandataria capogruppo (di seguito: RTP Technital), che ha partecipato alla procedura aperta bandita da Aeroporto Guglielmo Marconi di Bologna s.p.a. (di seguito: Aeroporto Marconi) per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria relativi alle opere di ampliamento dell'omonimo aeroporto di Bologna, del provvedimento di esclusione di RTP ricorrente dalla competizione, adottato dall'Autorità di gara nella seduta pubblica del 2/11/2016.

A sostegno dell'impugnativa, RTP Technital deduce motivi in diritto rilevanti: violazione del Capo 4 lett. M del disciplinare di gara sotto più profili; violazione dell'art. 48 del D. Lgs. n. 50 del 2016, in quanto le suddette norme del Disciplinare escluderebbero, di fatto, la partecipazione alla gara dei raggruppamenti di tipo verticale o misto; violazione del principio di libera organizzazione degli operatori di mercato e di buon andamento della P.A.; eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà manifesta.

Aeroporto Guglielmo Marconi di Bologna s.p.a., costituitosi in resistenza, chiede che il ricorso sia respinto, stante la ritenuta infondatezza dello stesso.

Alla pubblica udienza del giorno 18 gennaio 2017, la causa è stata chiamata ed è stata quindi trattenuta per la decisione come indicato nel verbale.

Il Collegio osserva che il ricorso non merita accoglimento.

Con il primo mezzo di gravame RTP Technital afferma di non comprendere le ragioni dell'esclusione, in quanto essa concorrente avrebbe rispettato tutte le disposizioni contenute nel Disciplinare di Gara, ivi compresa quella di cui alla lettera M del Capo 4, che, invece, secondo Aeroporto Marconi sarebbe stata violata, con conseguente falsa applicazione, da parte della stazione appaltante, della lettera M del Capo 4 del Disciplinare posta a base dell'esclusione. Detta norma stabilisce che: "Per quanto riguarda la precedente lettera F) del presente Capo 4 si specifica che il capofila mandatario deve possedere il requisito di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa attinente l'attività progettuale : - nella percentuale almeno pari al 51% dei 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 dalle mandanti)...Vi dovrà essere corrispondenza tra la percentuale di requisito coperto in gara da ogni concorrente (mediante spendita della propria capacità) e la

percentuale di partecipazione al raggruppamento che definirà la quota parte di ripartizione delle attività oggetto di appalto in corso di esecuzione del servizio in capo ad ogni soggetto; pertanto i concorrenti sono chiamati anche ad indicare le attività che ognuno svolgerà in coincidenza con detta percentuale di partecipazione al raggruppamento.”. Ritiene Aeroporto Marconi di avere legittimamente escluso RTP ricorrente, in quanto “...nella suindicata dichiarazione la capogruppo Technital S.p.A. afferma di impegnarsi ad eseguire, relativamente alla sola categoria E.04, una ‘percentuale di esecuzione’ del 34%, che non rispetta la percentuale minima, almeno pari al 51% richiesta da disciplinare di gara per la capogruppo e, in più, per le restanti categorie, la capogruppo non dichiara alcuna percentuale mentre, come sopra riportato, la percentuale di partecipazione minima richiesta per la capogruppo deve essere posseduta dalla stessa per ogni categoria”. Il Collegio ritiene, sulla base della normativa di gara, nella parte sopra riportata e sulla base della riferita motivazione, che il provvedimento di esclusione dalla gara di RTI Technical non si ponga in contrasto o comunque non applichi malamente la riferite disposizioni del Disciplinare. In tale sua parte la *lex specialis* è infatti chiara e inequivoca nel richiedere alle concorrenti che intendono partecipare alla competizione mediante costituendo o già costituito raggruppamento temporaneo, determinati requisiti minimi di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa in capo alla sola impresa capogruppo mandataria, quali: il possesso di una percentuale almeno del 51% riferita: a) all’importo dei lavori progettati nel decennio 2006 – 2015 comprensivo di oneri di sicurezza per la categoria di lavori di progettazione; b) alla propria percentuale di partecipazione al Raggruppamento; c) alla propria quota parte di ripartizione di ogni attività di progettazione oggetto di appalto in corso di esecuzione. Ciò all’evidente e legittimo scopo della stazione appaltante di conoscere e individuare, già nella fase di scelta del contraente, quale impresa o progettista del Raggruppamento a) possieda la maggiore esperienza nello specifico settore di progettazione messo a gara; b) abbia l’effettiva maggiore responsabilità rispetto a tutte le progettazioni da eseguire e rispetto alla complessiva progettazione eventualmente realizzata.

E’ pertanto legittima l’esclusione di RTP ricorrente, avendo esso stesso dichiarato che la mandataria Technital s.p.a. avrebbe eseguito lavori di progettazione di cui all’appalto in questione per una percentuale del 34% e solo per una delle categorie di attività di progettazione, con conseguente palese violazione della suddetta disposizione del Disciplinare nella parte in cui esige l’esecuzione, da parte della mandataria, di almeno il 51% in ciascuna categoria di lavori di progettazione messi a gara. Né può avere alcuna rilevanza quanto sostenuto da RTP Technital riguardo al fatto che la mandataria, essendo già in possesso di tutti i requisiti di capacità economica finanziaria richiesti dal Disciplinare, ben avrebbe potuto partecipare alla gara in proprio senza avvalersi di altre imprese per formare un raggruppamento. Dagli atti di causa risulta inequivocabilmente che Technital s.p.a. ha partecipato all’appalto in questione quale mandataria capogruppo di costituendo Raggruppamento Temporaneo di Progettisti e che, in tale sede, ha espressamente dichiarato di partecipare all’esecuzione dei lavori di progettazione per la sola categoria E.04 Edilizia e per la percentuale del 34%, con conseguente palese violazione della riferita disposizione che esige, in capo alla mandataria, l’esecuzione della percentuale del 51% riguardo a ciascuna attività di progettazione richiesta in appalto. Né può essere condivisa l’ulteriore argomentazione di RTP Technital, secondo la quale la suddetta norma del Disciplinare sarebbe in contrasto con l’art. 48 del D. Lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui essa tutela la

possibilità di partecipazione alle gare pubbliche anche mediante costituzione di Raggruppamenti di imprese siano essi di tipo c.d. “orizzontale” o, come nel caso del ricorrente, “verticale”. Si osserva, al riguardo, che la *lex specialis* impone una predeterminata percentuale del 51% (di fatturato nel pregresso decennio; di partecipazione al R.T.I. e di esecuzione di ciascuna attività di progettazione) solamente all’impresa mandataria del Raggruppamento, lasciando libera la composizione del Raggruppamento sia riguardo al numero delle mandanti sia riguardo alle percentuali di partecipazione al R.T.I. e a ciascuna attività di progettazione da realizzare. Oltre a ciò, occorre rilevare, sul punto condividendo le argomentazioni difensive di Aeroporto Marconi, che nella procedura aperta *de qua* era ammesso l’avvalimento sia di tipo esterno (con imprese ausiliarie non partecipanti alla gara) sia di tipo interno (con imprese ausiliare individuate tra le altre componenti il R.T.I.), con la conseguenza che, in riferimento a tale ultima possibilità, anche l’impresa mandataria di un Raggruppamento di tipo “verticale” avrebbe potuto prendere parte correttamente alla gara pur in mancanza di un requisito di capacità, avvalendosi dell’apporto di una mandante – ausiliaria in possesso del relativo requisito mancante. In conclusione, il Collegio rileva l’insussistenza di alcun surrettizio divieto di partecipazione alla gara di raggruppamenti di tipo “verticale”, nel senso e nei termini rilevati dal ricorrente.

Ritiene infine RTP ricorrente che l’esclusione patita sia illegittima per violazione dello stesso art. 48 del D. Lgs. n. 50 del 2016, sotto l’ulteriore e diverso profilo della ritenuta illegittima imposizione alle concorrenti del “principio di corrispondenza” tra requisiti di qualificazione, quote di partecipazione al R.T.I. e quote di esecuzione dell’appalto che detta norma in alcun modo prevede. Corrispondenza non richiesta – ad avviso del ricorrente – nemmeno dalla lettera M del Capo 4 del Disciplinare, norma, questa, che richiederebbe unicamente la corrispondenza tra requisiti di capacità spesi nella presente gara e le quote di partecipazione al raggruppamento. La tesi del ricorrente annota inoltre, a suo dire a sostegno della tesi propugnata, recente giurisprudenza dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato: sentenza n. 7 del 2014, nella quale la Plenaria avrebbe stabilito il principio secondo il quale la specifica normativa allora vigente: art. 37 D. Lgs. n. 163 del 2006 (e quindi anche la normativa ora vigente art. 48 D. Lgs. n. 50 del 2016 che non prevede alcun tipo di corrispondenza) impone esclusivamente “...l’obbligo nel caso di raggruppamenti temporanei d’impresa di corrispondenza fra requisiti di capacità e quote di esecuzione non impone anche l’ulteriore parallelismo fra quote di partecipazione, requisiti di qualificazione e quote di esecuzione.” (v. pag. 6 del ricorso). Le suddette considerazioni non colgono nel segno. Innanzitutto RTP Technital erra nell’affermare che la *lex specialis* non impone la triplice corrispondenza fra requisiti del fatturato pregresso per lavori di progettazione, quote di partecipazione al Raggruppamento, quote di esecuzione di ciascuna categoria di attività di progettazione. Il Disciplinare di gara, a pag. 32 precisa chiaramente, infatti, con riferimento ai concorrenti partecipanti in forma di RTI o RTP, che “Vi dovrà essere corrispondenza tra la percentuale di requisito coperto in gara da ogni concorrente (mediante spendita della propria capacità) e la percentuale di partecipazione al raggruppamento che definirà la quota parte di ripartizione delle attività oggetto di appalto in corso di esecuzione del servizio in capo ad ogni soggetto; pertanto i concorrenti sono chiamati anche ad indicare le attività che ognuno svolgerà in coincidenza con detta percentuale di partecipazione al raggruppamento”. Ciò premesso, non risponde al vero nemmeno che una previsione di *lex specialis* che richieda ai concorrenti in forma di RTI o RTP la suddetta “triplice corrispondenza” si ponga in contrasto con l’art. 48

del D. Lgs. n. 50 del 2016, che tale corrispondenza espressamente non prevede. Su tale questione, va ribadito il principio enunciato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la citata sentenza n. 7 del 2014 e successivamente espressamente ribadito con la sentenza n. 27 dello stesso anno, in base al quale "Ai sensi dell'art. 37, commi 4 e 13, nel testo antecedente alle modifiche apportate dall'art. 1, comma 2-*bis*, lett. a), d.-l. 6 luglio 2012 n. 95, convertito nella legge 7 agosto 2012 n. 135, negli appalti di servizi da affidarsi a raggruppamenti temporanei di imprese 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". Secondo l'Adunanza Plenaria, pertanto, pur non essendo principio imposto *ex lege*, la suddetta corrispondenza ben può essere richiesta dalla *lex specialis* di gara, con ogni relativa conseguenza per il concorrente RTI che – come è avvenuto nella specie - viola tale specifica disposizione.

Per le suesposte ragioni, il ricorso è respinto.

Le spese seguono la soccombenza ed esse sono liquidate come indicato nel dispositivo, tenuto conto, da un lato dell'elevato valore economico della controversia e, dall'altro lato, che essa è stata decisa applicando la nuova normativa del nuovo T.U. sui contratti pubblici (D. Lgs. n. 50 del 2016) di recente entrata in vigore.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia – Romagna, Bologna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna il R.T.P. ricorrente, quale parte soccombente, al pagamento, in favore di Aeroporto Guglielmo Marconi di Bologna s.p.a. delle spese relative al presente giudizio, che si liquidano per l'importo onnicomprensivo di €. 6.000,00 (Euro seimila/00) oltre accessori di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Bologna, nella camera di consiglio del giorno 18 gennaio 2017, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Di Nunzio, Presidente

Umberto Giovannini, Consigliere, Estensore

Ugo De Carlo, Consigliere

