

Deliberazione n. 4 Adunanza del 14 Gennaio 2010

Rif. VISF/GE/09/55260

Oggetto: Servizi Legali

Stazione appaltante: Regione Veneto

Esponente: Avvocati Maurizio Zoppolato, Enzo Robaldo, Carlo Cerami e Maurizio Boifava

Il Consiglio

Visto il decreto legislativo n. 163/2006 e s.m.i.;

Vista la relazione della Direzione generale vigilanza servizi e forniture in data 1 dicembre 2009

Considerato in fatto

Con nota pervenuta all'Autorità, in data 25 settembre 2009, quattro professionisti hanno segnalato alcune clausole della gara d'appalto, con procedura ristretta, indetta dalla Regione Veneto per l'affidamento dei servizi legali connessi alla realizzazione del nuovo Ospedale di Padova, da rendere nell'arco di 5 anni, per un importo previsto a base di gara pari a 750 mila euro.

In particolare, sono stati segnalati il divieto di partecipazione in raggruppamento temporaneo di imprese e la sproporzione tra requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali per la partecipazione alla gara, consistenti nell'aver realizzato nel triennio precedente la gara un fatturato complessivo pari a 20 milioni di euro e nell'aver una struttura composta da almeno 50 avvocati iscritti all'Albo, con competenze specifiche nel diritto amministrativo, nel diritto fiscale e tributario e diritto bancario.

In merito a quanto sopra, la Direzione generale vigilanza servizi e forniture ha inviato, in data 7 ottobre 2009, alla Regione Veneto una nota contenente la comunicazione di avvio istruttoria e una richiesta di informazioni in merito alle condizioni di partecipazione alla gara.

Con nota pervenuta in data 29 ottobre 2009, la Regione Veneto ha fornito riscontro alla richiesta di chiarimenti, evidenziando quanto segue.

Innanzitutto è stata contestata l'applicabilità alla procedura in esame del Codice degli appalti. Invero, pur ricordando quanto previsto dall'art. 27 del Codice, la stazione appaltante ha sostenuto che in base all'art. 20 del medesimo Codice, agli appalti di cui all'allegato IIB si applicano esclusivamente gli art. 68, 65 e 225; conseguentemente la Regione Veneto può legittimamente limitare "la platea dei soggetti ammessi a prendervi parte rispetto a quanto prescritto dall'art. 34 del Codice che, infatti, nell'ipotesi di contratti esclusi non è una norma inderogabile".

L'obiettivo perseguito dall'amministrazione non sarebbe di limitare la concorrenza, ma, "in ragione delle dimensioni e della complessità del progetto – che, lo si rammenta, oltre alla realizzazione del Nuovo Ospedale di Padova, comprende anche eventuali ulteriori interventi che venissero inseriti negli strumenti di programmazione sanitaria della Regione Veneto nei tre anni successivi alla sottoscrizione del contratto – e, conseguentemente, della molteplicità dei profili legali, di diritto amministrativo, di diritto fiscale e tributario e di diritto bancario, in relazione ai quali devono essere prestati servizi oggetto di affidamento, l'Amministrazione ha voluto avviare

al rischio di una prestazione eccessivamente frazionata, essendo per la stessa imprescindibile in considerazione della natura intellettuale dei servizi da rendere e della loro peculiare connotazione fiduciaria, l'esigenza di potersi relazionare nel corso dell'esecuzione dell'intero contratto con un unico referente”.

Inoltre, secondo la Regione Veneto, il divieto di RTI non restringerebbe il numero di potenziali partecipanti, attesa la possibilità di utilizzare l'istituto dell'avvalimento.

I requisiti economico-finanziario e di capacità tecnica non sarebbero sproporzionati all'oggetto dell'affidamento, in quanto, “come già chiarito in precedenza, i predetti servizi concernono non solo la realizzazione del Nuovo Ospedale di Padova, ma anche eventuali ulteriori interventi che dovessero essere inseriti negli strumenti di programmazione sanitaria di questa Amministrazione regionale nei successivi tre anni dalla sottoscrizione del contratto”. Il fatturato di 20 milioni di euro appare in linea con la richiesta di società con almeno 50 professionisti, mentre con la seconda richiesta “l'Amministrazione aggiudicatrice ha inteso assicurarsi che il soggetto individuato quale affidatario sia in grado di garantire la continuità del servizio, la multidisciplinarietà dello stesso, la partecipazione costante a tutti gli incontri che dovessero di volta in volta presentarsi, ciò ai fini del perseguimento dell'interesse pubblico ad un corretto svolgimento del procedimento di realizzazione del Nuovo Ospedale di Padova, e, quindi, ad una rapida ed ineccepibile conclusione del medesimo”.

Ritenuto in diritto

Dalla narrazione dei fatti sopra riportati emerge *in primis* che la stazione appaltante ha erroneamente interpretato la vincolatività delle norme contenute nel Codice dei contratti pubblici ai servizi di cui all'Allegato IIB. A tali servizi, come ricordato anche dalla Regione Veneto, si applica quanto disposto dall'art. 20 e dalla norma di chiusura contenuta nell'art. 27 del Codice. In base a tale norma, l'affidamento dei contratti esclusi dall'applicazione del D.Lgs. n. 163/06 avviene, con invito di almeno cinque operatori, nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità. Inoltre, valgono i principi contenuti nella Comunicazione della Commissione CE sugli appalti esclusi⁽¹⁾, secondo cui “sebbene taluni contratti siano esclusi dalla sfera di applicazione delle direttive comunitarie nel settore degli appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici che li stipulano sono ciò nondimeno tenute a rispettare i principi fondamentali del trattato”.

Peraltro, l'orientamento della più recente giurisprudenza è quello di ritenere che la stazione appaltante debba seguire anche le norme generali che, sebbene non richiamate nell'art. 20, siano state espressamente inserite nel bando e negli altri documenti di gara, poiché in questo caso la stazione appaltante si “auto vincola” al rispetto delle stesse norme (sul punto si vedano Tar Lombardia – Milano n. 1380/08, Tar Piemonte n. 1719/07 e Tar Sardegna n. 1674/07, nonché le Deliberazioni dell'Autorità n. 10/09 e n. 36/09).

L'art. 34 del D.Lgs. n. 163/06 prevede espressamente che siano ammessi alla partecipazione alla gara i raggruppamenti temporanei tra concorrenti; scostamenti rispetto a quanto stabilito dalla normativa nazionale e comunitaria possono aversi, secondo la giurisprudenza costante della Corte di Giustizia CE, a condizione che siano soddisfatte quattro condizioni: “le predette restrizioni devono essere giustificate da ragioni imperative di interesse generale, devono essere idonee a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento del medesimo. In ogni caso, devono applicarsi in modo non discriminatorio”⁽²⁾.

La Regione Veneto ha giustificato il divieto di partecipazione in RTI alla gara con la necessità di avere un unico referente cui confrontarsi nelle diverse fasi del procedimento di realizzazione del Nuovo Ospedale di Padova. Non volendo entrare nel merito dell'ammissibilità di una siffatta giustificazione, si osserva che il divieto di RTI non appare comunque idoneo a conseguirla e ciò

determina il mancato soddisfacimento della seconda condizione. Infatti, a norma dell'art. 34, comma 1, lettera d), "i raggruppamenti temporanei di concorrenti, [sono] costituiti dai soggetti di cui alle lettere a), b) e c), i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l'offerta e in nome e per conto proprio e dei mandanti"; inoltre, ai sensi dell'art. 37, comma 16, del Codice, "al mandatario spetta la rappresentanza esclusiva, anche processuale, dei mandanti nei confronti della stazione appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto". Pertanto, il rapporto che si instaura tra stazione appaltante e RTI è con la mandataria e non con tutte le imprese partecipanti al raggruppamento.

Per altro verso, i segnalanti hanno sostenuto che, ai sensi dell'art. 2232 c.c.⁽³⁾, anche per gli avvocati riuniti in studi professionali la responsabilità della prestazione rimane personale e "non è dunque ravvisabile alcuna ontologica e rilevante differenza tra le diverse figure in esame (raggruppamento temporaneo di concorrenti ovvero studi professionali e società di professionisti o avvocati) che possa giustificare un diverso regime giuridico ai fini di ammissione alla gara". Al riguardo si osserva che nella circolare n. 22/2006, di commento alle novità introdotte dalla c.d. legge Bersani, il Consiglio Nazionale Forense ha testualmente affermato che: "il principio della personalità della prestazione, posto a presidio del rapporto fiduciario tra cliente e professionista, esclude che, in difetto di un'espressa e diversa previsione normativa l'incarico professionale possa essere conferito direttamente alla società professionale, ma non esclude l'imputazione del compenso alla stessa". In definitiva non sembrano emergere significative differenze tra studio professionale e RTI in relazione alla natura dei rapporti con la stazione appaltante.

Sotto un diverso profilo, per alcuni professionisti che vogliono partecipare congiuntamente ad una gara, l'istituto dell'avvalimento non rappresenta un'opzione equivalente a quella permessa dalla RTI. Nel primo caso, infatti, una sola impresa (atteso il divieto di RTI), si avvale dei requisiti e delle risorse messe a disposizione di una o più imprese terze, nel secondo le imprese raggruppate partecipano contemporaneamente alla gara e alla gestione dell'affidamento in caso di aggiudicazione.

Passando all'esame del problema relativo ai requisiti di partecipazione alla gara va, in via preliminare, segnalato che la stazione appaltante nell'indicare le ragioni per la determinazione di un fatturato minimo realizzato nel triennio precedente pari a oltre 26 volte il fatturato previsto a base di gara per un quinquennio e di un numero minimo di professionisti pari a 50, ha introdotto un ulteriore elemento problematico, relativo all'oggetto di affidamento. Infatti, per stessa ammissione della Regione Veneto, il bando non riguarda solo la costruzione del Nuovo Ospedale di Padova, "ma anche eventuali ulteriori interventi che dovessero essere inseriti negli strumenti di programmazione sanitaria di questa Amministrazione regionale nei successivi tre anni dalla sottoscrizione del contratto".

In merito si osserva che i servizi analoghi di cui all'art. 57, comma 5, lettera b), per i quali si può procedere ad una nuova aggiudicazione senza pubblicazione di un bando di gara, devono essere conformi ad un progetto di base e l'importo stimato dei servizi successivi deve essere computato per la determinazione globale del contratto. Ciò non sembra verificarsi nel caso di nuovi strumenti di programmazione sanitaria posti in essere dalla Regione Veneto.

In ogni caso, anche ammesso che la previsione contenuta nel bando di gara sia assimilabile alla ripetizione di servizi analoghi, l'eventuale affidamento della gestione di nuovi interventi non può comportare un innalzamento artificioso dei requisiti di partecipazione. Sul punto è intervenuta già l'Autorità, che nella Deliberazione n. 183/07 ha ritenuto che: "ove il bando preveda la possibilità di ripetizione di servizi analoghi, i requisiti di partecipazione alla gara e la garanzia richiesta a corredo dell'offerta vanno dimensionati in riferimento all'importo dell'appalto principale, non esclusa la possibilità di fissare ragionevoli e proporzionati requisiti specifici anche per i servizi analoghi". Inoltre, il Consiglio di Stato in una recente sentenza ha affermato che: "I requisiti di partecipazione, anche in caso di possibile ripetizione ex art. 57, vengono dunque tarati solo sul

valore certo dell'appalto (quello per il quale la gara è effettivamente celebrata) proprio perché la ripetizione, al momento della gara, non è affatto certa ma solo eventuale e destinata a conseguire ad una nuova, distinta (ed altrettanto eventuale) aggiudicazione (sia pure all'esito di una procedura negoziata). Se fosse diversamente, d'altronde, si darebbe luogo ad una restrizione del possibile novero dei partecipanti contraria al principio di proporzionalità poiché i requisiti di ammissione verrebbero a risultare inaspriti in funzione di un innalzamento dell'importo della gara che è invece solo eventuale (perché eventuale è la successiva assegnazione della ripetizione dei servizi analoghi)" (Sentenza del Consiglio di Stato n. 2882/09).

Ciò premesso, poiché i requisiti di partecipazione devono fare riferimento all'appalto principale, il requisito di un fatturato pari a 26 volte l'importo di gara e quello di disponibilità di 50 professionisti, quando poi vengono richiesti unicamente 5 curriculum, appaiono indubbiamente sproporzionati. L'Autorità ha più volte evidenziato, alla stregua della giurisprudenza amministrativa, che la stazione appaltante può fissare discrezionalmente i requisiti di partecipazione, anche superiori rispetto a quelli previsti dalla legge, purché essi non siano manifestamente irragionevoli, irrazionali, sproporzionati, illogici, nonché lesivi della concorrenza, in violazione quindi dell'articolo 2 del Codice dei contratti. La ragionevolezza dei requisiti non deve essere valutata in astratto, ma in correlazione al valore dell'appalto ed alle specifiche peculiarità dell'oggetto della gara (cfr. per tutti Parere dell'Autorità 188/08 e Sentenza del Consiglio di Stato n. 7247/09). In merito al fatturato l'Autorità ha costantemente affermato che viene "considerata non incongrua o sproporzionata, né limitativa dell'accesso alla gara la richiesta di un fatturato, nel triennio pregresso, sino al doppio dell'importo posto a base della stessa" (Cfr. da ultimo, Parere dell'Autorità n. 59/09).

In base a quanto sopra considerato,

Il Consiglio

rileva che, avendo vietato la partecipazione alla gara dei raggruppamenti temporanei di concorrenti e avendo posto requisiti di partecipazione sproporzionati rispetto all'oggetto della gara, la Regione Veneto abbia violato i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità di cui all'articolo 2 del D.Lgs. n. 163/06;

sebbene assorbente, ritiene che:

1. la Regione Veneto, avendo esperito una procedura ristretta per l'affidamento dei servizi legali connessi alla realizzazione del nuovo Ospedale di Padova, si sia "auto vincolata" al rispetto delle norme del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ed in particolare quelle contenute nell'articolo 55 che disciplinano le procedure ristrette;
2. l'aver ingiustificatamente escluso dalla gara i raggruppamenti temporanei di concorrenti comporti una violazione dell'articolo 34, comma 1, del D.Lgs. n. 163/06;
3. i requisiti tecnico-economici, segnatamente la richiesta di un fatturato nel triennio precedente alla gara di 20 milioni di euro e di un numero di professionisti pari ad almeno 50 soggetti iscritti all'albo degli avvocati, non siano proporzionati all'oggetto della gara;
4. la Regione Veneto non debba procedere ad affidamenti tramite procedura negoziata senza pubblicazione di bando per servizi legali afferenti a interventi di programmazione sanitaria diversi rispetto alla realizzazione del nuovo Ospedale di Padova.

Il Consiglio dà mandato alla Direzione Generale Vigilanza Servizi e Forniture perché comunichi la presente deliberazione alla Regione Veneto e ai Segnalanti e affinché disponga la pubblicazione della delibera sul sito internet dell'Autorità.

Firmato

Il Consigliere: Giuseppe Borgia

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 16 Febbraio 2010

Il Segretario: Maria Esposito

1. Cfr. Comunicazione Interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinati dalle direttive appalti pubblici in G.U.C.E. del 1° agosto 2006, n. C 179.

2. Conclusioni dell'Avvocato Generale Christine Stix-Hackl presentate il 14 settembre 2006, Causa C-532/03. Si veda, anche, la Sentenza della Corte di Giustizia CE 27 ottobre 2005, causa C-158/03.

3. L'art. 2232 c.c. prevede: "Il prestatore d'opera deve eseguire personalmente l'incarico assunto. Può tuttavia valersi, sotto la propria direzione e responsabilità, di sostituti e ausiliari, se la collaborazione di altri è consentita dal contratto o dagli usi e non è incompatibile con l'oggetto della prestazione".