

Autorità per la vigilanza

sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

Parere n. 151

del 14.05.2008

PREC150/08/L

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dalla ditta Elettrolucana di Papapietro Pasquale – potenziamento ed ottimizzazione dell'impianto di sollevamento di Monte Mella – Schema Frida. S.A. Acquedotto Lucano s.p.a.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 28 febbraio 2008 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere in oggetto con la quale la ditta Elettrolucana di Papapietro Pasquale, mandataria della costituenda associazione temporanea con la ditta D'Amato Giuseppe e la ditta Cirillo Pietro (cooptata) contesta l'esclusione disposta dalla commissione di gara per aver presentato la cauzione provvisoria in forma dimidiata, in assenza del possesso del requisito di qualità in capo a tutte le imprese componenti l'associazione, anche se partecipanti in qualità di cooptata.

A parere dell'impresa mandataria, detta esclusione è illegittima in quanto l'impresa mandataria e l'impresa mandante sono il possesso del requisito di qualità, che può non essere posseduto dall'impresa che partecipa all'associazione ai sensi dell'articolo 95, comma 4, del d.P.R. 554/1999.

In sede di istruttoria procedimentale, la Stazione appaltante ha rappresentato che la polizza fideiussoria era intestata non solo all'impresa mandataria ed alla mandante, ma anche alla cooptata, di modo che la S.A. non ha potuto non valutare la congruenza della polizza con i disposti di cui all'articolo 75 del d. Lgs. n. 163/2006. Infatti, prosegue la S.A., se in caso di aggiudicazione non

fosse stato possibile stipulare il contratto per fatto dell'impresa cooptata, Acquedotto Pugliese avrebbe incamerato una somma inferiore a quella dovuta.

Nel contraddittorio documentale è intervenuta l'impresa controinteressata, aggiudicataria dell'appalto, che ha rappresentato l'infondatezza delle pretese dell'associazione istante, in quanto il bando prevedeva, ai fini del beneficio della riduzione della cauzione, che tutte le imprese costituenti il raggruppamento fossero in possesso del requisito di qualità.

Ritenuto in diritto

La problematica sottoposta all'attenzione dell'Autorità, concernente la possibilità di usufruire del beneficio della riduzione della cauzione anche in caso di una associazione temporanea che veda al suo interno una impresa cd. "cooptata", è stata affrontata dal Consiglio dell'Autorità con deliberazione dell'8 settembre 2003, nella quale ha assunto le seguenti considerazioni.

Ai sensi del comma 4 dell'articolo 95 del d.P.R. n. 554/1999, sia l'impresa singola sia le imprese che intendono riunirsi in associazione temporanea, ove in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara, possono associare altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando, a condizione che l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute dall'associata minore copra l'importo dei lavori che essa dovrà eseguire e che i lavori che essa eseguirà non superino il 20% dell'importo dell'appalto.

Dal dato normativo emergono, dunque, quattro elementi caratterizzanti la fattispecie:

1. il soggetto associante (impresa singola o ATI) deve avere di per sé tutti i requisiti necessari a concorrere;
2. l'impresa associata minore, c.d. cooptata, può possedere una qualificazione anche per categorie e classifiche diverse da quelle richieste dal bando;
3. i lavori che la o le associate minori eseguiranno non devono superare il 20% dell'importo complessivo dell'appalto;
4. la somma delle classifiche relative alle qualificazioni possedute dall'associata minore deve coprire l'importo dei lavori che essa eseguirà.

Di particolare rilievo, per la problematica oggetto di esame in questa sede, è la condizione di cui al punto 1, ossia che il soggetto associante, abbia di per sé tutti i

requisiti necessari a concorrere. Attesa tale premessa, sotto il profilo dell'idoneità complessiva del concorrente, l'aggiunta di ulteriori, anche minime o eterogenee potenzialità ad un soggetto di per sé idoneo, viene dalla norma in esame considerata un di più che non può che accrescerne la potenzialità complessiva.

Ciò indubbiamente costituisce una deroga alla disciplina dettata per le ATI di tipo orizzontale e verticali, rispettivamente ai commi 2 e 3 dello stesso articolo 95 del d.P.R. n. 554/1999, che stabiliscono proprio le modalità secondo le quali i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti dal bando devono essere posseduti da tutti i soggetti che compongono l'associazione.

Tenuto conto di detta deroga, attesa la peculiarità della disciplina giuridica relativa all'istituto della cooptazione, non sembra estendibile alle imprese cooptate, relativamente al godimento del beneficio della riduzione della cauzione, quanto previsto dalla determinazione dell'Autorità n. 44/2000, che riguarda specificamente le ATI, sia di tipo orizzontale sia di tipo verticale.

Al contrario, da quanto sopra osservato circa le caratteristiche dell'associazione in cooptazione, ai sensi dell'articolo 95, comma 4, del d.P.R. n. 554/1999, sembra poter conseguire che, se il punto di riferimento per la valutazione dei requisiti di partecipazione alla gara sono i soggetti associanti, anche per il riconoscimento di eventuali benefici, come quello della riduzione della cauzione, connessi al possesso di tali requisiti di partecipazione, in particolare l'attestazione SOA riguardante il possesso della certificazione di qualità, si deve aver riguardo ai soli soggetti associanti, rimanendo ininfluenti le potenzialità dell'impresa minore associata.

Nel caso in esame, l'impresa mandataria e l'impresa mandante, entrambe in possesso del requisito di qualità, potevano usufruire del beneficio della riduzione della cauzione provvisoria, indipendentemente dal possesso o meno del requisito di qualità in capo alla impresa cooptata.

Si deve rilevare che l'eccezione sollevata dalla Stazione appaltante in merito all'eventualità che il contratto non possa essere stipulato per fatto dell'impresa cooptata, appare irrilevante, dal momento che la partecipazione dell'impresa cooptata all'associazione rileva solo sotto il profilo dell'idoneità di quest'ultima ad eseguire quota parte dei lavori, mentre non rileva né ai fini della qualificazione dell'associazione stessa, né ai fini della responsabilità nei confronti della stazione appaltante, imputabile in via solidale al mandatario e, pro quota, al mandante per la categoria scorporabile (art. 37, comma 6, d. Lgs. n. 163/2006).

Risulta, pertanto, ininfluente il fatto che la polizza fideiussoria sia stata intestata anche all'impresa cooptata (Cons. Stato, sez. V, n. 4655/2006).

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dell'associazione temporanea di imprese Elettrolucana di Papapietro Pasquale, D'Amato Giuseppe e Cirillo Pietro (cooptata) è non conforme alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori

Il Presidente

Alessandro Botto

Luigi Giampaolino

Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 21.05.2008