

Parere n. 142 del 22/07/2010

PREC 93/10/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'Azienda Ospedaliera di Cosenza – Lavori di adeguamento dell'impianto elettrico del Presidio Ospedaliero "Mariano Santo" di Cosenza – Importo a base d'asta: euro 656.500,00 – S.A.: Azienda Ospedaliera di Cosenza.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 6 aprile 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'Azienda Ospedaliera di Cosenza ha chiesto a questa Autorità di esprimere il proprio avviso in ordine alla necessità di escludere dalla procedura di gara per l'affidamento dei lavori in oggetto un'A.T.I. orizzontale che ha omesso di dichiarare le quote di assunzione dei lavori per ciascuna delle imprese facenti parte dell'A.T.I. stessa.

Al riguardo, dagli atti prodotti emerge che, in esito alla procedura di gara di cui trattasi, la Commissione, con verbale del 7 gennaio 2010, dichiarava provvisoriamente aggiudicataria dell'appalto la ditta I.CO.EL. s.r.l. con la percentuale di ribasso del 24,888%.

Successivamente, l'A.T.I. costituenda Giordano s.r.l./Immobiliare Costruzioni De Marco s.r.l., con nota del 28 gennaio 2010, chiedeva l'accesso agli atti di gara, avendo offerto un ribasso risultato molto vicino alla soglia di anomalia per l'aggiudicazione dei lavori, pari al 25,281%.

La richiesta veniva accolta dalla stazione appaltante e, a seguito della presa visione degli atti, l'A.T.I. medesima riscontrava che l'A.T.I. Pellicori Impianti Elettrici s.a.s./Anteo Mediterranea s.r.l., ammessa con il ribasso del 24,570%, aveva completamente omesso di dichiarare le quote di assunzione dei lavori per ciascuna delle imprese facenti parte dell'A.T.I. stessa; sicché ne richiedeva l'esclusione, invitando la stazione appaltante a stilare una nuova graduatoria.

In riscontro all'istruttoria procedimentale avviata da questa Autorità la ditta I.CO.EL. s.r.l., aggiudicataria provvisoria, ha sostenuto la legittimità dell'ammissione in gara dell'A.T.I. Pellicori Impianti Elettrici s.a.s./Anteo Mediterranea s.r.l., evidenziando che il bando non richiedeva di corredare l'offerta della dichiarazione relativa alla ripartizione delle quote di assunzione dei lavori da parte delle singole imprese partecipanti al raggruppamento e che gli attestati SOA prodotti dall'A.T.I. medesima consentivano alla stazione appaltante di soddisfare l'esigenza preventiva di verifica dei requisiti di qualificazione delle imprese componenti l'A.T.I. in relazione all'importo complessivo dell'appalto.

Ritenuto in diritto

La questione controversa sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in oggetto, investe la corretta applicazione dell'art. 37 del D.Lgs. n. 163/2006 e dei principi in materia di partecipazione in A.T.I. alle gare di appalto.

La richiamata disposizione del Codice dei contratti pubblici, al comma 13, stabilisce che "i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella

percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento”. Dal tenore letterale della norma di cui trattasi (che, quanto al settore lavori, è ricognitiva dei principi già desumibili dall'art. 13 della L. 109/94 e dall'art. 19, commi 3 e 4, della L. 55/90) risulta chiaramente che deve sussistere una perfetta simmetria tra quota di esecuzione dei lavori e quota di effettiva partecipazione al raggruppamento, mentre è imposta a livello sistematico l'interpretazione secondo cui la quota di partecipazione deve essere stabilita e manifestata dai componenti del raggruppamento in uno con la partecipazione alla gara. Infatti, la definizione delle quote di partecipazione ad un'A.T.I. non riguarda la fase esecutiva del rapporto, bensì il suo momento genetico; cosicché è nella proposta contrattuale della parte che deve risultare esplicitata l'identità del soggetto contraente ossia, nel caso appunto di partecipazione in associazione temporanea, le quote attribuite a ciascun componente.

La funzione della disposizione in esame è del tutto evidente: tendere ad escludere (fin dalla fase di celebrazione della gara e non nel solo momento esecutivo) partecipazioni fittizie o di comodo, come spesso avveniva nella comune esperienza prima dell'entrata in vigore dell'art. 13 della L. n. 109/94 (cfr. C.G.A., 31 marzo 2006, n. 116).

L'obbligo di dichiarare la quota di partecipazione all'A.T.I. in sede di presentazione dell'offerta (e ciò affinché una corrispondente articolazione dell'obbligazione dell'appaltatore risulti sancita nel contratto) è stata introdotta dal legislatore proprio per evitare che alla spendita dei requisiti di qualificazione non corrispondesse un identico impegno in sede di esecuzione dei lavori. Se ne ricava che solo la formale determinazione delle quote di partecipazione (e il corrispondente impegno contrattuale) fanno sorgere il vincolo ad eseguire l'appalto in un determinato e non modificabile assetto.

In senso conforme si esprime ormai la prevalente giurisprudenza amministrativa secondo la quale *“in base a quanto affermato dall'art. 37 comma 13, D.Lgs. n. 163 del 2006, deve reputarsi sussistente un principio di «stretta consequenzialità» fra quota di partecipazione della singola impresa al raggruppamento temporaneo, percentuale di esecuzione dei lavori in appalto e qualificazione dell'impresa”* (T.A.R. Lombardia Milano, Sez. I, 6 aprile 2009, n. 3173), parimenti *“dal disposto di cui all'art. 37 comma 6, D.Lgs. n. 163 del 2006, interpretato tenuto conto di quanto previsto dall'art. 93 comma 4, D.P.R. n. 554 del 1999, i singoli partecipanti ad un raggruppamento temporaneo sono tenuti ad indicare espressamente la rispettiva quota di partecipazione, sì che possa essere colto il rapporto esistente tra quote di qualificazione e quote di partecipazione (di cui all'art. 37, D.Lgs. n. 163 del 2006) e quello tra quote di partecipazione e quote di esecuzione (di cui all'art. 93 comma 4, D.P.R. n. 554 del 1999)”* (Consiglio Stato, Sez. VI, 25 novembre 2008, n. 5787). E' stato, altresì, osservato che la dichiarazione delle quote di partecipazione ai lavori da parte delle imprese facenti parti del raggruppamento temporaneo deve essere resa già in sede di formulazione dell'offerta, *“atteso che il principio di corrispondenza sostanziale tra quote di qualificazione e quote di partecipazione all'A.T.I. consente alla stazione appaltante di potere concretamente verificare la serietà ed affidabilità dell'offerta stessa, mentre una dichiarazione ex post in sede di esecuzione non potrebbe assolvere allo stesso modo alle esigenze indicate. Dal testo del terzo comma dell'art. 37, D.Lgs. n. 163 del 2006, infatti, e dell'art. 95 del D.P.R. n. 554 del 1999, applicabile in via transitoria fino all'entrata in vigore delle nuove disposizioni regolamentari (art. 253 comma 3, D.Lgs. n. 163 del 2006), è implicita la regola secondo cui soltanto se si impone alle imprese di dichiarare la quota di partecipazione sin dalla fase procedimentale, «formalizzando» i patti tra gli operatori raggruppati, è possibile per la stazione appaltante verificare, secondo le modalità prescritte dal Codice degli appalti, il rispetto da parte delle stesse imprese dei requisiti di carattere economico e organizzativo. Inoltre, il comma 13 dello stesso art. 37 prevede che «i concorrenti riuniti in raggruppamenti temporanei devono eseguire le prestazioni nella percentuali corrispondente alla quota di partecipazione».*

Tale norma pone, in questo caso, la regola del parallelismo tra quote di partecipazione e quote di esecuzione. Ancora una volta è, pertanto, implicito il principio secondo cui soltanto se l'impresa ha già indicato nell'offerta quale sia la quota di partecipazione ai lavori la stazione appaltante potrà

verificare poi che tale indicazione venga concretamente rispettata nella fase di attuazione del programma contrattuale” (T.A.R. Calabria Catanzaro, Sez. II, 28 luglio 2008, n. 1101).

Per quanto riguarda, infine, la circostanza – rilevata dall’aggiudicataria provvisoria I.CO.EL. s.r.l. – che, nel caso di specie, il bando non richiedeva di corredare l’offerta della dichiarazione relativa alla ripartizione delle quote di assunzione dei lavori da parte delle singole imprese partecipanti al raggruppamento, si cita, per completezza della trattazione, il parere n. 124 del 22 novembre 2007, reso in argomento da questa Autorità, nel quale è stato rappresentato che, per quanto attiene all’indicazione, in sede di gara, delle quote di partecipazione all’appalto di una associazione temporanea di imprese, *“l’Autorità con parere n. 52/2007 ha chiarito che è onere dell’associazione indicare nella domanda di partecipazione ovvero nella dichiarazione nella quale rappresentano all’Amministrazione l’intendimento di costituire una associazione temporanea di imprese, le rispettive quote di partecipazione. Detto adempimento vale anche in mancanza di un’esplicita indicazione in tal senso del bando di gara, che deve intendersi integrato dalla inderogabile previsione di cui all’articolo 37, commi 3 e 13, del D.Lgs. n. 163/2006”.*

Dalle considerazioni svolte consegue che la mancata indicazione delle quote di partecipazione, rilevabile immediatamente dalla documentazione prodotta in gara, avrebbe dovuto comportare l’esclusione dell’A.T.I. Pellicori Impianti Elettrici s.a.s./Anteo Mediterranea s.r.l. da parte della Commissione di gara, e ciò, indipendentemente dal tipo di associazione, costituita o costituenda, fra le ditte interessate a partecipare alla procedura.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che sia onere dell’associazione temporanea di imprese concorrente indicare in sede di gara le quote di partecipazione delle singole imprese componenti il raggruppamento, anche in mancanza di un’esplicita indicazione in tal senso del bando di gara, che deve intendersi integrato dalla inderogabile previsione di cui all’art. 37, commi 3 e 13, del D.Lgs. n. 163/2006.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente f.f.: Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 29 luglio 2010