

Parere n. 203 del 18/11/2010

PREC 61/10/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'impresa Cabrini Albino S.r.l. – Appalto integrato per il completamento della progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori del nuovo impianto di collettamento e depurazione Bassa Franciacorta – Importo a base d'asta €20.912.577,10 – S.A.: Acque Ovest Bresciano Due S.r.l..

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 9 marzo 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa Cabrini Albino S.r.l. ha chiesto di conoscere l'avviso di questa Autorità in merito alla possibilità di partecipare alla procedura di gara in oggetto nella forma di A.T.I., che avrebbe l'iscrizione della capogruppo mandataria nella categoria prevalente OS22, classifica VI e nella categoria scorporabile OG6, classifica IV; mentre l'impresa mandante possiederebbe la sola iscrizione nella categoria scorporabile OG6, classifica V.

Al riguardo, l'impresa istante ha rappresentato di aver formulato lo stesso quesito anche alla stazione appaltante e che quest'ultima – come si evince dalla nota del 22 febbraio 2010 presente in atti – ha ritenuto non ammissibile la partecipazione alla gara di cui trattasi di un raggruppamento costituito nei termini di cui sopra, evidenziando la carenza della qualificazione nella categoria scorporabile OG6. Ciò in quanto la capogruppo mandataria è in possesso della qualificazione nella categoria scorporabile in classifica IV (importo assumibile €3.098.741 compreso il bonus del 20%) per cui è idonea solo per una quota pari al 33,16% dei lavori della categoria scorporabile OG6, mentre l'impresa mandante è in possesso della qualificazione nella categoria scorporabile OG6 in classifica V (importo assumibile €6.197.483 compreso il bonus del 20%) per cui è idonea solo per una quota del 63,31% dei lavori della medesima categoria scorporabile). L'impedimento – a detta della stazione appaltante – dipenderebbe essenzialmente dalla circostanza che la somma delle qualificazioni nella categoria scorporabile OG6 imputabile all'intero raggruppamento sarebbe pari a €9.296.224 (comprensiva del bonus dell'aumento del 20% ex art. 3, comma 2, del D.P.R. n. 34/2000) che è inferiore all'importo richiesto nel bando di gara per detta categoria scorporabile, essendo previsto per la categoria medesima l'ammontare di €9.345.637,02.

Sul punto, l'impresa odierna istante, preso atto dell'esistenza, in fatto, di una differenza quantitativa pari ad €49.413,02 in ordine alla categoria scorporabile OG6, ha replicato alla stazione appaltante evidenziando che la circostanza non avrebbe un valore dirimente, atteso che lo stesso ipotetico raggruppamento potrebbe contare su una eccedenza di iscrizione nella categoria prevalente OS22 (eccedente di €828.025,92 rispetto all'importo fissato dal bando in €11.566.940,08) e che tale eccedenza assumerebbe un valore determinante ai fini della partecipazione, tenuto conto del dettato dell'art. 95, commi 1 e 3 ultimo capoverso del D.P.R. n. 554/1999 e del bando di gara, secondo cui l'importo delle opere scorporabili non possedute dalle imprese mandanti devono essere possedute dalla capogruppo nella categoria prevalente.

La stazione appaltante, tuttavia, ha ritenuto non condivisibile l'interpretazione proposta dalla Cabrini Albino S.r.l., osservando – nell'ultima lettera del 26 febbraio 2010 depositata in atti – che la stessa sarebbe in contrasto con le disposizioni dell'art. 37, commi 1, 6 e 13, del D.Lgs. n. 163/2006, dalle quali emerge una impostazione legale della ripartizione dei requisiti, non contraddetta dall'art. 95 del D.P.R. n. 554/1999 citato dalla suddetta impresa odierna istante, che rende del tutto

inammissibile un frazionamento esasperato della qualificazione nella categoria scorporabile OG6, in modo che tale qualificazione sia posseduta in parte direttamente, per una quota dalla mandante e per un'altra quota dalla mandataria, mentre per la parte rimanente sia imputabile, astrattamente, alla mandataria in relazione al possesso in eccesso del requisito nella categoria prevalente OS22.

A riscontro della richiesta di informazioni formulata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, la stazione appaltante Acque Ovest Bresciano Due S.r.l. ha ribadito le ragioni poste a fondamento delle risposte già fornite ai quesiti formulati sul punto dall'impresa istante, precisando ulteriormente che alla procedura in argomento hanno partecipato sei concorrenti, dei quali uno in forma singola ed altri cinque in raggruppamenti temporanei di imprese, mentre l'impresa odierna istante non ha partecipato alla gara.

Ritenuto in diritto

In via preliminare, occorre precisare che oggetto dell'istanza di parere in esame è la correttezza dell'interpretazione ostativa alla partecipazione alla procedura di gara in discussione fornita dalla stazione appaltante, in risposta a quesiti formulati dall'impresa odierna istante Cabrini Albino S.r.l. prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande, che ha indotto l'impresa medesima a non partecipare alla procedura di cui trattasi.

Nel merito, si rileva che l'impossibilità di partecipare alla procedura di gara in esame per l'impresa Cabrini Albino S.r.l. discende direttamente dalla specifica normativa applicabile alla particolare tipologia di A.T.I. che l'impresa medesima aveva intenzione di costituire.

Infatti, l'A.T.I. ipotizzata dall'impresa istante, per quanto rappresentato nella narrativa in fatto, non si configura come semplice A.T.I. verticale, in cui la capogruppo mandataria possiede i requisiti per i lavori della categoria prevalente e per il relativo importo e ciascuna mandante possiede i requisiti per i lavori della categoria scorporabile che intende assumere e nella misura indicata per il concorrente singolo, con conseguente applicazione dell'invocato art. 95, comma 3, ultimo capoverso del D.P.R. n. 554/1999 che, peraltro, precisa testualmente che i requisiti relativi alle lavorazioni scorporabili *“non assunte da imprese mandanti”* sono possedute dall'impresa mandataria con riferimento alla categoria prevalente.

Piuttosto, l'A.T.I. in questione è inquadrabile nel c.d. tipo misto (art. 37, comma 6 del D.Lgs. n. 163/2006), in quanto presenta struttura *“verticale”*, quanto alla categoria prevalente OS22 interamente posseduta dalla capogruppo mandataria, e struttura *“orizzontale”* quanto alla categoria scorporabile OG6, posseduta in parte dalla mandataria e in parte dalla mandante. Pertanto, nel caso di specie si viene a realizzare in concreto, con riferimento alla categoria scorporabile, un modello di *“sub-associazione di tipo orizzontale”*, ossia una distribuzione meramente quantitativa di dette ulteriori lavorazioni tra la capogruppo e la mandante.

Ebbene, per orientamento costante della giurisprudenza amministrativa (in particolare C.G.A. n. 251/05 e C.G.A. n. 306/08) e di questa Autorità (determinazione n. 25 del 20 dicembre 2001), poiché in caso di A.T.I. miste si vengono a costituire delle sub-associazioni di tipo orizzontale (con riferimento alla categoria scorporabile, come nella specie, o alla categoria prevalente) a tali sub-associazioni si applicano le regole dettate per il modello associativo orizzontale dall'art. 95, comma 2, del D.P.R. n. 554/1999, secondo il quale *“Per le associazioni temporanee di imprese...di tipo orizzontale, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara per le imprese singole devono essere posseduti dalla mandataria...nelle misure minime del 40%; la restante percentuale è posseduta cumulativamente dalle mandanti...ciascuna nella misura minima del 10% di quanto richiesto all'intero raggruppamento. L'impresa mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura maggioritaria”*.

Ciò premesso, risulta evidente che l'A.T.I. di tipo misto prospettata dall'impresa istante non è in

possesso dei requisiti previsti dalla normativa di settore nella categoria scorporabile OG6 – per la quale sussiste, come rilevato, una sub-associations di tipo orizzontale – per un duplice ordine di ragioni.

Infatti, come riportato nella narrativa in fatto, essendo l'impresa capogruppo mandataria in possesso della qualificazione nella categoria scorporabile OG6 in classifica IV (importo assumibile € 3.098.741 compreso il bonus del 20%) la stessa è idonea solo per una quota pari al 33,16% dei lavori della categoria scorporabile in questione, mentre l'impresa mandante, essendo in possesso della qualificazione nella categoria scorporabile OG6 in classifica V (importo assumibile € 6.197.483 compreso il bonus del 20%), è idonea per una quota del 63,31% dei lavori della medesima categoria scorporabile.

Ne consegue che, per un verso, l'A.T.I. in questione risulta priva della qualificazione richiesta dal bando di gara per la categoria scorporabile OG6, in quanto la somma delle qualificazioni in detta categoria imputabile all'intero raggruppamento è pari a €9.296.224 (comprensiva del bonus dell'aumento del 20% ex art. 3, comma 2, del D.P.R. n. 34/2000) che è inferiore all'importo richiesto dalla *lex specialis*, pari a €9.345.637,02, per cui mandataria e mandante non possiedono complessivamente il suddetto requisito.

Per altro verso, inoltre, non sussiste il possesso maggioritario dei requisiti da parte della capogruppo mandataria in ordine alla categoria scorporabile OG6, secondo quanto previsto dal citato art. 95, comma 2, ultimo periodo del D.P.R. n. 554/1999.

In ordine a tale profilo, l'Autorità si è già espressa, in parte, con la determinazione n. 25 del 20 dicembre 2001 e, più di recente, con i pareri n. 54 del 22 febbraio 2007, n. 236 del 5 novembre 2008 e n. 65 del 25 marzo 2010, osservando che il suddetto ultimo periodo «*l'impresa mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura maggioritaria*» deve essere inteso con riferimento ai requisiti minimi richiesti per la partecipazione allo specifico appalto, in relazione alla classifica posseduta risultante dall'attestazione SOA e concretamente “spesa” ai fini dell'esecuzione dei lavori e non in assoluto, avendo riguardo solo all'importo complessivo dei lavori.

Non è, pertanto, consentito che, al fine di dimostrare da parte della associazione temporanea il possesso del 100% dei requisiti minimi, una mandante “spenda” una quota di importo superiore o uguale a quella della mandataria, rinvenendosi la *ratio* della norma *de qua* nell'esigenza di assicurare che la mandataria sia effettivamente e non astrattamente il soggetto più qualificato in rapporto al complesso dei lavori a base d'asta comprensivo, nella fattispecie, (anche) della categoria scorporabile OG6. Questo, perché il criterio di verifica della “*misura maggioritaria*” non si identifica nel “contributo potenziale” della capogruppo alla copertura del requisito, cioè nella capacità della mandataria di assumere una quota dei lavori appaltati, da valutare sulla scorta delle qualificazioni da essa possedute, bensì occorre valorizzare il principio di corrispondenza sostanziale tra la quota di qualificazione, la quota di partecipazione all'associazione e quella di esecuzione dei lavori, desumibile dal combinato disposto dell'art. 37 del D.Lgs. n. 163/2006 e degli artt. 93, comma 4, e 95 del D.P.R. n. 554/1999 e s.m. e dell'art. 3 del D.P.R. n. 34/2000 e s.m.. Proprio al fine di assicurare in concreto tale corrispondenza, il requisito del possesso maggioritario in capo alla capogruppo mandataria non può essere riferito solo all'importo complessivo dei lavori, ma anche all'importo di ciascuna delle singole categorie di cui risulta composto l'appalto (in tal senso, si vedano, fra le tante, C.G.A., sez. giurisdizionale, n. 306 dell'11 aprile 2008; n. 931 del 12 novembre 2008; n. 97 dell'8 marzo 2005; Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 2007, n. 832 e 11 dicembre 2007 n. 6363).

Peraltro, questa Autorità ha anche avuto modo di precisare che quando all'A.T.I. partecipano due sole imprese – come nel caso di specie – l'aggettivo maggioritario, che connota la percentuale del possesso dei requisiti da parte della capogruppo, indica che la mandataria deve spendere in quella specifica gara una qualifica superiore al 50 per cento dell'importo dei lavori, perché solo in tal modo essa potrà possedere anche una qualifica superiore a quella del suo unico associato (parere n. 236 del 5 novembre 2008) e ciò deve avvenire, in considerazione delle esposte osservazioni, anche con riferimento alle singole categorie, sia prevalenti che scorporabili, di cui l'intervento si

compone.

Per tali ragioni questa Autorità è dell'avviso che la tipologia di A.T.I. prospettata dall'impresa istante non possa ritenersi in possesso dei requisiti previsti dalla normativa di settore nella categoria scorporabile OG6, necessari per la partecipazione alla procedura di gara di cui trattasi.

In base a quanto sopra considerato

il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'A.T.I. ipotizzata dall'impresa istante Cabrini Albino S.r.l. non possa ritenersi in possesso, nella categoria scorporabile OG6, dei requisiti previsti dalla normativa di settore ai fini della partecipazione alla gara in oggetto.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 25 novembre 2010

Il Segretario: Maria Esposito