

Parere n. 80 del 29/04/2010

Protocollo PREC 113/09/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'A.T.I. C.G.S. s.r.l. - Ubertazzi Comm. Gian Franco & C. s.r.l. – Lavori di consolidamento e riqualificazione degli orti urbani nell'ambito del contratto di quartiere II denominato O.R.T.U.S. – Importo a base d'asta €3.409.914,39 – S.A.: Comune di Favara (AG)

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 18 novembre 2008 perveniva all'Autorità l'istanza di parere indicata in oggetto, con la quale l'A.T.I. C.G.S. s.r.l. (mandataria) – Ubertazzi Comm. Gian Franco & C. s.r.l. (mandante) lamentava l'esclusione dalla gara per mancato possesso dei requisiti di qualificazione nella misura minima del 40% della categoria scorporabile OG11 da parte della capogruppo mandataria C.G.S. s.r.l..

Al riguardo, la C.G.S. s.r.l. faceva presente che detto requisito andava ricercato in seno alla Ubertazzi Gianfranco & C. s.r.l., qualificata sub-mandataria dell'A.T.I. orizzontale in via di costituzione per l'assunzione della categoria scorporabile OG11, in conformità alla determinazione di questa Autorità n. 25 del 20 dicembre 2001.

In proposito l'A.T.I. istante allegava la dichiarazione, resa in sede di gara, di impegno a costituire un'associazione temporanea di impresa di tipo "misto" con la quale venivano indicate le seguenti quote di partecipazione: - per l'assunzione della categoria prevalente OG3 (strade) (€ 1.925.993,89): mandataria l'impresa C.G.S. s.r.l. con una percentuale del 54% e mandante l'impresa Ubertazzi Comm. Gian Franco & C. s.r.l. con una percentuale del 46%; - per l'assunzione della categoria scorporabile OG1 (edifici civili e industriali) (€555.123,71): sub-mandataria l'impresa C.G.S. s.r.l. con una percentuale del 100%; - per l'assunzione della categoria scorporabile OG11 (impianti tecnologici) (€926.798,79): sub-mandataria l'impresa Ubertazzi Comm. Gian Franco & C. s.r.l., con una percentuale del 72% e sub-mandante l'impresa C.G.S. s.r.l., con una percentuale del 28%, con la precisazione che "è l'impresa Ubertazzi Comm. Gian Franco & C. s.r.l. il concorrente a cui, in caso di aggiudicazione sarà stata conferita la qualifica di sub-mandataria nei rapporti con l'impresa mandataria dell'A.T.I. principale".

A riscontro della richiesta di informazioni formulata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, il Comune di Favara, nel ribadire le motivazioni dell'esclusione fornite dalla Commissione di gara, osservava che nel caso di specie l'A.T.I. C.G.S. s.r.l. – Ubertazzi Comm. Gian Franco & C. s.r.l. si era impegnata a costituire un'associazione "mista", nella quale accanto al modello associativo di tipo "verticale", inerente a previsioni di scorporabilità, si affianca un'associazione di tipo "orizzontale" ai soli fini della realizzazione congiunta delle opere scorporabili. A tale sub-associazione, proseguiva l'amministrazione comunale, si applicano le disposizioni di cui all'art. 95, comma 2, del D.P.R. n. 554/1999, con conseguente necessità che la mandataria possieda i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti dal bando di gara per le imprese singole nella misura minima del 40% anche con riferimento alla categoria scorporabile della cui realizzazione è partecipe unitamente ad una o più mandanti.

L'impresa capogruppo, concludeva la stazione appaltante, non possedeva nella categoria scorporabile i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nella misura minima del 40% o addirittura maggioritaria (come sostenuto dal T.A.R. Sicilia con sentenza n. 1946/2006, confermata dal Consiglio di Giustizia Amministrativa con decisione n. 306/2004) e, pertanto, è stata correttamente esclusa dalla procedura di gara in oggetto.

Successivamente, il Comune di Favara faceva presente che i lavori sono stati consegnati alla ditta esecutrice (A.T.I DEMOTER S.p.A. e E.T.S. di Composto Stefano & C. s.n.c.) in data 22 luglio 2009.

Ritenuto in diritto

La questione controversa sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in oggetto attiene alla verifica del possesso dei requisiti di partecipazione in capo ad una associazione temporanea di imprese di tipo "misto", che si contraddistingue per il fatto di cumulare in un unico assetto organizzativo le caratteristiche proprie dell'associazione "orizzontale" con quelle dell'associazione "verticale". Nel caso di specie, infatti, si viene a realizzare in concreto, con riferimento alla categoria scorporabile OG11, 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, il *thema decidendum* consiste, quindi, nella verifica del possesso maggioritario dei requisiti da parte della mandataria C.G.S. s.r.l. in ordine alla categoria scorporabile OG11, secondo quanto previsto dall'art. 95, comma 2, ultimo periodo, del D.P.R. n. 554/99 e s.m..

L'Autorità ha già, in parte, affrontato la problematica in esame con la determinazione n. 25 del 20 dicembre 2001 e con i pareri n. 54 del 22 febbraio 2007 e n. 236 del 5 novembre 2008, osservando che il 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 OG11. 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, come nel caso di specie, 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 in esame – 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 (pareri n. 236 del 5 novembre 2008 e n. 65 del 25 marzo 2010) 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.

Questo orientamento è stato correttamente richiamato nella motivazione del verbale di esclusione, ove è riportato che l'impresa C.G.S. s.r.l., capogruppo mandataria dell'A.T.I. istante, “non possiede nella categoria scorporabile OG11 il requisito minimo di partecipazione alla gara del 40% (art. 95, comma 2 del D.P.R. n. 554/1999)”, atteso che, come emerge dalla dichiarazione resa dalla concorrente A.T.I. in sede di gara, per la categoria scorporabile OG11 la quota assunta dalla predetta capogruppo C.G.S. s.r.l. è pari solo al 28%, mentre il restante 72% è assunto dalla Ubertazzi Comm. Gian Franco & C. s.r.l.

Per tali ragioni questa Autorità è dell'avviso che l'A.T.I. istante sia stata correttamente esclusa dalla gara di cui trattasi.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dell'A.T.I. C.G.S. s.r.l. (mandataria) – Ubertazzi Comm. Gian Franco & C. s.r.l. (mandante) disposta dalla stazione appaltante è conforme alla normativa di settore.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 14 Maggio 2010