

Parere n.171 del 06/10/2011

PREC 85/11/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da MASER S.r.l. - (nuova costruzione di due edifici di edilizia sociale) - Importo a base d'asta €4.844.662,14 - S.A.: Agenzia territoriale per la casa di Torino

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

Con istanza pervenuta in data 13 aprile 2011, l'impresa MASER S.r.l., capogruppo del costituendo R.T.I. SOIMPER Costruzioni/MASER S.r.l., nel contestare la legittimità della propria esclusione dalla gara in oggetto, disposta dalla Agenzia territoriale per la casa di Torino, ha chiesto "*se può, una mandante di un R.T.I. qualificatosi come verticale, assumere solo parzialmente i lavori scorporabili della categoria non a qualificazione obbligatoria e quindi subappaltabile, nel caso in cui l'impresa mandataria sia comunque in grado di provvedere autonomamente – sia dal punto di vista tecnico, che dal punto di vista giuridico – alla completa realizzazione dell'opera e sia stata dichiarata in sede di offerta l'intenzione di subappaltare i lavori di detta categoria*".

L'istante fa presente che nel bando di gara era indicata, oltre alla categoria prevalente OG I, classifica V, anche la categoria scorporabile/subappaltabile a qualificazione obbligatoria OG11 (€ 1.005.189,13) e le categorie scorporabili/subappaltabili a qualificazione non obbligatoria OS6 e OS7 (rispettivamente di importo pari a €1.058.865,43 e ad €835.328,52).

Secondo la stazione appaltante che ha escluso il citato R.T.I., la mandante, in ragione della natura di Raggruppamento verticale del R.T.P. SOIMPER Costruzioni/MASER S.r.l., avrebbe dovuto possedere la qualificazione nella categoria scorporabile OS6 sufficiente ad eseguire le lavorazioni di tale categoria per l'intero relativo importo a base di gara (€1.058.865,43) e non solo per la classifica II che abilitava la stessa ad eseguire, in detta categoria, lavorazioni per un importo massimo di €619.748,40.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale, formalmente avviata da questa Autorità in data 28 aprile 2011, la stazione appaltante ha formulato controdeduzioni ribadendo le argomentazioni già esposte al raggruppamento sia in sede di gara che a seguito dell'istanza di riammissione presentata dal medesimo raggruppamento.

Ritenuto in diritto

Oggetto della richiesta di parere è la legittimità del provvedimento di esclusione, disposto, per le ragioni riportate in fatto, nei confronti del raggruppamento temporaneo SOIMPER

Costruzioni/MASER S.r.l., in applicazione di quanto previsto nel disciplinare di gara e della disposizione contenuta all'art. 37 del D.Lgs. n. 163/2006.

Premesso che nella specie è pacifica tra le parti la qualificazione del raggruppamento come verticale, per la definizione della questione in esame occorre prendere le mosse proprio dall'art. 37 del Codice, il cui comma 1, stabilisce che *“Nel caso di lavori, per raggruppamento di tipo verticale si intende una riunione di concorrenti nell'ambito della quale uno di essi realizza lavori nella categoria prevalente; per lavori scorporabili si intendono lavori non appartenenti alla categoria prevalente e così definiti nel bando di gara, assumibili da uno dei mandanti;...”*

E' importante rilevare che la norma in questione non parla di lavori scorporabili assumibili, in parte, dalla mandante.

Il comma 6, dell'art. 37 dispone poi che *“Nel caso di lavori, per i raggruppamenti temporanei di tipo verticale, i requisiti di cui all'articolo 40, sempre che siano frazionabili, devono essere posseduti dal mandatario per i lavori della categoria prevalente e per il relativo importo; per i lavori scorporati, ciascun mandante deve possedere i requisiti previsti per l'importo della categoria dei lavori che intende assumere e nella misura indicata per il concorrente singolo. I lavori riconducibili alla categoria prevalente ovvero alle categorie scorporate possono essere assunti anche da imprenditori riuniti in raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale.”*

Inoltre, l'art. 95 comma 3, del D.P.R. n. 554/1999, invocato dalla stazione appaltante, a propria volta statuisce che *“Per le associazioni temporanee di imprese e per i consorzi di cui all'articolo 10, comma 1, lettere d), e) ed e-bis), della Legge di tipo verticale, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi sono posseduti dalla capogruppo nella categoria prevalente; nelle categorie scorporate ciascuna mandante possiede i requisiti previsti per l'importo dei lavori della categoria che intende assumere e nella misura indicata per l'impresa singola. I requisiti relativi alle lavorazioni scorporabili non assunte da imprese mandanti sono posseduti dalla impresa mandataria con riferimento alla categoria prevalente”.*

Il quadro normativo sopra esposto ci conduce alla esatta configurazione giuridica del raggruppamento di tipo verticale, nel quale la mandante assume *in toto* e da sola le lavorazioni della categoria scorporabile dovendo possedere la qualificazione per l'intero importo delle lavorazioni che assume. Ciò significa che nel caso di specie la mandante MASER S.r.l., in quanto parte di raggruppamento di tipo verticale avrebbe dovuto possedere la qualificazione nella categoria scorporabile OS6 per l'intero relativo importo (€1.058.865,43); la stessa, cioè, doveva essere qualificata nella categoria OS6, classifica III e non classifica II in quanto con la classifica II avrebbe potuto eseguire lavorazioni per un importo massimo di €619.748,40.

Al riguardo vale richiamare la determinazione n. 25 del 20 dicembre 2001 nella quale l'Autorità specifica che quando l'aggiudicatario è un'associazione temporanea di tipo verticale, occorre tener conto che ciascuna delle mandanti assume l'esecuzione di lavorazioni di una particolare categoria e, pertanto, non vi è dubbio che sono da considerare assimilabili al soggetto che assume le lavorazioni della categoria prevalente. Ne consegue che esse possono subappaltare le lavorazioni esclusivamente entro il limite del 30% dell'importo delle lavorazioni assunte.

Più specificamente, le lavorazioni categorie scorporabili sono tutte subappaltabili (art. 73, co. 1 D.P.R. 554/99) Tuttavia, nel caso di RTI verticale ogni mandante, rispetto alla sua categoria scorporabile è assimilabile alla mandataria rispetto alla prevalente. Ergo ogni mandante può subappaltare le lavorazioni della categoria scorporabile alla cui esecuzione è preposta nei limiti del 30%, anche nel caso di divieto di subappalto (cfr. art. 37, comma 11 del Codice).

Tuttavia, la possibilità riconosciuta alla mandante di subappaltare le lavorazioni rientranti nella categoria scorporabile OS6, non esclude che la stessa debba partecipare al raggruppamento per la percentuale corrispondente all'intero importo di tale categoria, ovvero essere in possesso della qualificazione in detta categoria per l'intero importo dei lavori ad essa appartenenti. Né vale la considerazione fatta dall'istante secondo cui la capogruppo SOIMPER Costruzioni era comunque *“in grado di provvedere autonomamente, sia dal punto di vista tecnico che dal punto di vista giuridico, alla completa realizzazione dell'opera”*. Nel caso in esame non siamo in presenza di un raggruppamento di tipo orizzontale dove alla mandataria sarebbe consentito di eseguire anche le lavorazioni nella scorporabile per la parte non coperta dalla mandante, se in possesso di classifica idonea a coprire l'intero importo dei lavori, ma di un'ATI di tipo verticale dove è la mandante ad essere tenuta all'esecuzione delle lavorazioni nella categoria scorporabile ed è la mandante a dovere essere qualificata in tale categoria nella misura normativamente prevista.

La circostanza poi, che la categoria OS6 sia categoria scorporabile a qualificazione non obbligatoria non consente di giungere a diversa conclusione se si considera che le modalità di qualificazione delle imprese concorrenti in raggruppamento verticale non presentano differenze a seconda che la mandante assuma una categoria di lavorazioni a qualificazione obbligatoria o una categoria di lavorazioni a qualificazione non obbligatoria. D'altra parte la disciplina dei requisiti di qualificazione differisce proprio in funzione del tipo di raggruppamento che si intende costituire. E il raggruppamento di cui si discute è di tipo verticale e non misto, con qualificazione nella categoria OS6 coperta in parte dalla mandante e in parte dalla mandataria con la qualificazione nella prevalente OG1. La mandataria, nel caso di specie, non possiede nemmeno in parte la categoria scorporabile OS6.

La necessità, poi, per la mandante, di possedere i requisiti previsti per l'importo della categoria dei lavori che intende assumere senza poter ricorrere al subappalto per l'importo di classifica non posseduto, trova ragione anche nel fatto che in caso di mancata autorizzazione al subappalto, il concorrente deve poter eseguire in proprio tutte le lavorazioni di cui si compone l'intervento, cosa che nel caso di specie il raggruppamento SOIMPER/MASER, di tipo verticale, non potrebbe fare in quanto priva, la mandante, del necessario requisito (categoria OS6, classifica III).

Quanto sopra vale quindi a ritenere legittimo l'operato della stazione appaltante, che non ha potuto non dare seguito alla circostanza, rilevata in atti, che il raggruppamento in parola, così come configurato dallo stesso concorrente, non fosse in possesso dei requisiti di qualificazione per l'esecuzione dei lavori oggetto di appalto non essendo, la MASER S.r.l., in possesso di quelli richiesti per l'esecuzione delle lavorazioni appartenenti alla categoria scorporabile OS6 per l'intero importo a base di gara della medesima categoria.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la disposta esclusione sia conforme ai principi e alla normativa di settore e che una mandante di un R.T.I. qualificatosi come verticale non può assumere solo parzialmente i lavori rientranti nella categoria scorporabile a qualificazione non obbligatoria.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente f.f.: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 13 ottobre 2011

Il Segretario: Maria Esposito