

Parere n.139 del 12/09/2012

PREC 78/12/L

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. n. 163/2006 presentata dalla società Quintino Costruzioni S.p.A. – Procedura aperta per l'affidamento dei lavori di realizzazione di un edificio ad uso magazzino di logistica integrata e uffici - Importo a base d'asta €5.126.021;89 - S.A.: Società Interporto di Torino S.IT.O. s.p.a.

Art. 37, commi 3 ed 11, D.Lgs. 163/2006: raggruppamenti di tipo verticale indicazione delle quote di partecipazione al raggruppamento

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 2.3.2012 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale la società Quintino Costruzioni s.p.a. ha chiesto l'avviso di questa Autorità in merito alla legittimità dell'esclusione dalla gara in oggetto del costituendo raggruppamento verticale, composto da Quintino Costruzioni s.p.a. (mandataria) ed Eurocap s.p.a. (mandante), per non aver riportato le quote percentuali di partecipazione di ciascun associato al raggruppamento.

La gara in oggetto è stata indetta dalla Società Interporto di Torino s.p.a. per l'affidamento di lavori appartenenti alle seguenti categorie:

- 1) categoria prevalente ed appaltabile nei limiti dell'art. 118 D.lgs. 163/2006: OG1 - importo euro 2.941.710,77;
- 2) categoria scorporabile e subappaltabile nei limiti degli artt. 37, comma 11, e 118 D.lgs. 163/2006:OS13 - importo euro 1.900.000,00;
- 3) categoria scorporabile e subappaltabile: OS29 - importo euro 284.311,12.

Il disciplinare di gara ha indicato, tra i documenti da inserire a pena di esclusione nella busta A, contenente la documentazione amministrativa, anche la dichiarazione concernente "*le quote percentuali di ciascun associato/consorzio nel raggruppamento/consorzio*" (art. 13, punto xxiv).

La società Quintino Costruzioni s.p.a. ha presentato istanza di ammissione alla gara in oggetto in qualità di capogruppo mandataria designata **del** raggruppamento verticale da costituire con la mandante Eurocap s.p.a. ma è stata esclusa dalla gara, poiché "*... nella dichiarazione di cui al punto 13.1.3.del Disciplinare di Gara non è riportata l'indicazione delle quote percentuali di ciascun associato nel Raggruppamento prevista nel capoverso XXIV*" (così il provvedimento di esclusione).

La mandataria ha contestato l'esclusione, sostenendo che l'indicazione delle quote percentuali non sarebbe stata omessa, ma riportata al punto XIV della propria domanda di partecipazione nella seguente forma: "*OG1: Quintino Costruzioni s.p.a. 100%; OS13: Eurocap s.p.a. 100%*".

Secondo l'istante, inoltre, dalla lettura delle dichiarazioni di cui ai punti XX - che recita: "*i lavori o le parti di opere che intenderà subappaltare nei limiti consentiti dalla legge ed a imprese in possesso dei requisiti ed abilitazioni: - fino al 30% delle opere relative alla categoria prevalente OG1; - fino al 30% delle opere relative alla categoria OS 13; - tutte le opere relative alla categoria OS29 ad impresa in possesso dei requisiti, qualificazioni ed abilitazioni*" - e XXIV - su trascritta - contenute nella predetta domanda si potevano evincere le quote percentuali di partecipazione al raggruppamento pari a:

mandataria - Quintino Costruzioni s.p.a. 62,93%;

mandante - Eurocap s.p.a. 37,07%.

La società, infine, ha rilevato che il bando di gara sul punto controverso non esplicitava chiaramente il dettaglio atteso dalla stazione appaltante, la quale ben avrebbe potuto chiedere un chiarimento alla concorrente.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale svolta dall'Autorità, la stazione appaltante ha confermato l'esclusione *de qua* in virtù di quanto stabilito dai commi 4 e 13 dell'articolo 37 D.Lgs. 163/2006, specificando che è imposta a livello sistematico l'interpretazione secondo cui le quote di partecipazione al raggruppamento debbono essere stabilite e manifestate dai componenti dello stesso già nella domanda di partecipazione. Al riguardo la Società Interporto di Torino s.p.a. ha richiamato la giurisprudenza amministrativa, concorde nell'affermare la necessità - derivante direttamente dall'articolo 37 del D.Lgs. 163/2006 - di esternare preventivamente in sede di offerta sia le quote di partecipazione al raggruppamento sia quelle di esecuzione delle prestazioni oggetto di affidamento.

La stazione appaltante, infine, ha precisato che il disciplinare di gara conteneva una previsione chiara e puntuale, che imponeva ai raggruppamenti di indicare, a pena di esclusione, le quote percentuali di ciascun associato, a nulla rilevando la dichiarazione relativa alle lavorazioni che l'istante intende subappaltare di cui al punto XX della domanda di partecipazione e quella relativa alle lavorazioni che i membri del raggruppamento intendono svolgere di cui al successivo punto XXIV, non potendosi pretendere dalla Commissione di gara un'attività interpretativa ed integrativa delle stesse, che nulla ha a che fare con quella valutativa e decisionale che le compete.

Ritenuto in diritto

La questione controversa sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in oggetto, investe la corretta applicazione dell'art. 37 D.Lgs. n. 163/2006 e dei principi in materia di partecipazione dei raggruppamenti alle gare di appalto.

L'art. 37 D.Lgs. n. 163/2006 prevede, per quanto qui rileva, che: (a) i raggruppamenti temporanei e i consorzi ordinari di concorrenti sono ammessi alle procedure per l'affidamento di lavori pubblici, se gli imprenditori partecipanti al raggruppamento ovvero gli imprenditori consorziati hanno i requisiti indicati nel Regolamento di attuazione del Codice dei Contratti Pubblici (comma 3); (b) i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento (comma 13).

In base all'interpretazione di tali norme fornita da questa Autorità e dalla costante giurisprudenza amministrativa, il concorrente deve indicare in sede di gara sia le quote di partecipazione al raggruppamento di ciascun componente sia le quote di esecuzione dell'appalto, in modo tale che sia garantita dall'inizio della procedura di gara la corrispondenza sostanziale tra quote di

qualificazione, quote di partecipazione e quote di esecuzione dei lavori (cfr. AVCP, pareri di precontenzioso n. 52 del 17.10.2007 e n. 124 del 22.11.2007; Cons. Stato, Sez. V 21.3.2012 n. 1597; Cons. Stato, Sez. V, 8.11.2011 n.5892; Cons. Stato, Sez. III, 16.11.2011 n.6048).

Tale indicazione è funzionale ad assicurare trasparenza e controllo nelle procedure ad evidenza pubblica, in quanto, da un lato, consente alla stazione appaltante di individuare il responsabile di ciascuna delle prestazioni di cui si compone l'appalto e, conseguentemente, di verificare in capo ad ognuno di essi il possesso dei requisiti di qualificazione corrispondenti alle lavorazioni da svolgere; e, dall'altro, garantisce che tutte le imprese partecipanti al raggruppamento abbiano un ruolo operativo corrispondente alla loro partecipazione. E ciò in quanto l'indicazione delle quote di partecipazione evita adesioni fittizie o di comodo di imprese non chiamate poi ad effettuare le prestazioni oggetto della gara, come accadeva in passato prima dell'entrata in vigore dell'art. 13 della L. n. 109/, quando alla spendita dei requisiti di qualificazione non corrispondeva un identico impegno in sede di esecuzione dei lavori. In altri termini, l'indicazione preventiva delle quote di partecipazione garantisce che il ricorso all'istituto del raggruppamento, previsto dal legislatore per aumentare la concorrenza nel settore delle commesse pubbliche, non si trasformi da strumento di unione delle capacità economico-finanziarie e tecnico-professionali, in strumento per aggirare le norme di ammissione e consentire la partecipazione di imprese non qualificate.

Sebbene il legislatore non abbia precisato quando debba essere assolto l'obbligo di indicare le quote di partecipazione al raggruppamento, questa Autorità, in virtù della *ratio* delle norme sopra menzionate, ha ritenuto che la definizione di tale elemento dell'offerta non riguardi solo la fase esecutiva del rapporto, bensì il suo momento genetico, cosicché è nella domanda di partecipazione dell'operatore economico che deve risultare esplicitata l'identità del soggetto contraente, mediante la specifica indicazione delle quote attribuite a ciascun componente del raggruppamento (cfr. AVCP, parere di precontenzioso, 22.7.2010, n.142).

Venendo al caso in esame si osserva che, conformemente all'interpretazione dell'art. 37 D.Lgs. 163/2006 su richiama, il disciplinare di gara richiedeva, a pena di esclusione, di inserire nella busta contenente la documentazione amministrativa anche la dichiarazione riportante le quote percentuali di partecipazione di ciascun associato/consorzio al raggruppamento/consorzio (punto 13.1.3, numero XXIV).

Al fine di verificare in concreto l'ottemperanza al predetto obbligo da parte dell'odierno istante, pare opportuno seguire l'approccio ermeneutico sostanzialistico suggerito di recente dal Consiglio di Stato (Adunanza Plenaria 5.7.2012, n. 26), in quanto più conforme allo spirito che ha animato il legislatore nel codificare il principio di tassatività delle cause di esclusione (art. 46, comma 1-bis, D.Lgs. 163/2006) e nel sancire i vizi non invalidanti dell'atto amministrativo (art. 21 *octies*, comma 2, L. 241/1999). In particolare l'Adunanza Plenaria ha fornito delle indicazioni interpretative di carattere generale che esulano il singolo caso trattato, che mirano a preferire *“un approccio ermeneutico di natura sostanzialistica che valorizzi il dato teleologico del raggiungimento dello scopo della norma senza che assuma rilievo dirimente il profilo estrinseco del modo in cui siffatta esigenza sia soddisfatta”*.

Seguendo tale approccio, si ritiene che la dichiarazione resa dall'istante nella domanda di partecipazione al punto XXIV, sebbene resa in una forma non corrispondente a quella indicata dalla *lex specialis*, in realtà indichi ciò che la stazione appaltante voleva conoscere, ossia la composizione del raggruppamento. La dichiarazione in esame, infatti, resa nella seguente forma: *“OG1: Quintino Costruzioni s.p.a. 100%; OS13: Eurocap s.p.a. 100%”*, manifesta la volontà dei componenti il raggruppamento di partecipare a quest'ultimo in misura percentuale corrispondente alla quota di esecuzione dei lavori ivi indicata. Tuttavia, se si procede al calcolo delle quote di

partecipazione sulla base della predetta dichiarazione, queste ultime non risultano corrispondenti a quelle riportate dall'istante nella memoria presentata all'Autorità.

La discrasia dipende dal fatto che nella dichiarazione di cui al suddetto punto XXIV manca qualsiasi riferimento alla terza categoria prevista dal bando di gara, ossia la OG29, conseguentemente nessuno dei due partecipanti al raggruppamento ha dichiarato nella domanda di partecipazione di voler assumere una percentuale di partecipazione al raggruppamento che comprenda anche la quota di esecuzione di quest'ultima categoria. Né la Commissione di gara, senza ledere il principio della *par condicio*, avrebbe potuto completare la dichiarazione in esame sulla base del combinato disposto dei suddetti punti XX e XXIV, in quanto si sarebbe trattato non già di acquisire un elemento di fatto predeterminato dal concorrente e presente nella domanda di partecipazione, bensì di integrare la volontà negoziale dei partecipanti al raggruppamento, modificando la percentuale di composizione di quest'ultimo dagli stessi indicata.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, legittima l'esclusione dalla gara dell'impresa istante.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 27 settembre 2012

Il Segretario Maria Esposito