

Parere n.76 del 16/05/2012

PREC 26/12/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 dall' Agenzia delle Dogane DIR. INTERREGIONALE LAZIO-ABRUZZO – "Appalto concorso per la progettazione definitiva, esecutiva e l'esecuzione dei lavori di realizzazione di un Laboratorio Chimico" - Importo a base d'asta euro 2.342.337 - S.A.: Agenzia delle Dogane.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 13 gennaio 2012 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con la quale l' Agenzia delle Dogane DIR. INTERREGIONALE LAZIO-ABRUZZO ha chiesto un parere in merito alla legittimità dell'esclusione disposta nei confronti del costituendo raggruppamento Leonetti Impianti S.r.l./Mario Leonetti S.r.l..

Nello specifico, il bando di gara indetto per l'affidamento dell'appalto in oggetto prevedeva le seguenti categorie e relative classifiche di qualificazione: "categoria prevalente" OG11, classifica IV, per un importo di euro 1.450.000; "categoria scorporabile" OG1, classifica III, per un importo di euro 710.000.

Dall'esame della "dichiarazione di impegno a costituire raggruppamento temporaneo di imprese", *dichiarato di tipo orizzontale*, è emerso che la mandataria Leonetti Impianti S.r.l. avrebbe eseguito le opere ricadenti nella categoria prevalente OG11 al 40% e le opere ricadenti nella categoria scorporabile OG1 al 100%. Sulla base di tale dichiarazione, quindi, la stazione appaltante ha escluso il predetto raggruppamento non rispettando, la mandataria, il requisito "della misura maggioritaria" previsto dall'articolo 92, comma 2, del DPR n. 207/2010. Più specificamente, secondo la commissione di gara, trattandosi nel caso di specie di un raggruppamento di tipo orizzontale composto da due soli soggetti, la mandataria, rispetto a ciascuna delle categorie oggetto di appalto, avrebbe dovuto essere in possesso dei requisiti di qualificazione in misura superiore al 50%.

Al riguardo la stazione appaltante cita copiosa giurisprudenza interpretativa dell'art. 92, comma 2, del regolamento (*che riproduce norma analoga prevista nell'articolo 95 del DPR 554/99*), al fine di sostenere che, nella fattispecie, l'impresa capogruppo avrebbe dovuto possedere i requisiti di qualificazione in misura maggioritaria sia con riferimento alla categoria prevalente che a quella scorporabile. La stessa fa altresì presente di aver escluso, per le stesse ragioni, anche la costituenda ATI Artigiana Romana Impianti S.r.l./ Main Service S.r.l..

A seguito dell'esclusione del raggruppamento in questione, la capogruppo Leonetti Impianti S.r.l ha diffidato la Stazione appaltante a provvedere in autotutela alla revoca del provvedimento di esclusione adottato sull'assunto che la giurisprudenza citata dalla stazione appaltante si riferisce ai raggruppamenti di tipo "verticale" o "misto" e non a quelli di tipo "orizzontale" nei quali gli associati assumono la responsabilità solidale per l'intera prestazione dell'appalto.

La stazione appaltante, prese in esame le argomentazioni proposte dalla suddetta mandataria, ha confermato la disposta esclusione ritenendo che, in conformità all'orientamento della giurisprudenza maggioritaria e della stessa Autorità, la verifica della "misura maggioritaria" va effettuata in relazione alla categoria dei lavori per la quale è costituito un RTI di tipo orizzontale e non, come sostenuto dall'istante, con riferimento all'importo complessivo dell'appalto.

In riscontro all'istruttoria procedimentale formalmente avviata in data 14 febbraio 2012, la controinteressata CIEL S.p.a., unica società ammessa a partecipare alla gara *de qua*, ha difeso l'operato della stazione appaltante, fondato, a suo dire, sulla corretta interpretazione dell'art. 92 del D.P.R. n. 207/2010.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità dell'esclusione disposta nei confronti dell'ATI Leonetti Impianti S.r.l./Mario Leonetti S.r.l. per le ragioni evidenziate in fatto.

Per la soluzione del caso in esame si deve innanzi tutto rammentare che ai sensi dell'articolo 37, del d.lgs. n. 163/2006 e dell'articolo 92 del DPR 207 del 2010, sono ammissibili tre tipologie di raggruppamenti temporanei di imprese per la partecipazione alle gare, articolati, nei lavori pubblici, come segue.

1. Raggruppamenti temporanei di tipo orizzontale nei quali i requisiti di qualificazione devono essere posseduti, in ognuna delle categorie previste dal bando (*prevalente e/o scorporabile e subappaltabile*), nella misura minima del quaranta per cento dalla mandataria o da una impresa consorziata e per il restante sessanta per cento dalle mandanti o dalle altre imprese consorziate, ciascuna delle quali deve possedere i requisiti nella misura minima del dieci per cento; la mandataria deve possedere i requisiti in misura percentuale superiore a ciascuna delle mandanti (*articolo 92, comma 2, del DPR n. 207/2010*);
2. Raggruppamenti temporanei di tipo verticale, nei quali i requisiti di qualificazione devono essere posseduti dalla mandataria per i lavori riconducibili alla categoria prevalente, per il relativo importo; per i lavori scorporati ciascuna mandante deve possedere i requisiti previsti per la categoria scorporabile e nella misura indicata per il concorrente singolo (*articolo 92, comma 3, del DPR n. 207/2010*);
3. Raggruppamenti di tipo misto, nei quali i lavori riconducibili alla categoria prevalente ovvero alle categorie scorporate possono essere assunti anche da imprenditori riuniti in raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale (*articolo 37, comma 6, ultimo periodo del d.lgs. n. 163/2006*).

L'associazione temporanea di tipo misto è, quindi, una associazione di tipo verticale in cui la mandataria può essere costituita anche da un sub associazione orizzontale e anche una o tutte le mandanti possono essere costituite da sub associazioni orizzontali. In una associazione temporanea di tipo misto, in ognuna delle categorie previste nel bando (*categoria prevalente e/o categoria scorporabile*) può essere, quindi, presente una sub associazione orizzontale per la quale non vi può essere dubbio che valgono le disposizioni previste per l'associazione orizzontale dall'art. 92, comma 2, del D.P.R. n. 207/2010.

Sulla base della analisi della normativa di settore come sopra sinteticamente riassunta, appare opportuno rilevare, preliminarmente, che il costituendo raggruppamento di cui l'impresa Leonetti

impianti S.r.l. rappresenta la mandataria, avendo offerto di eseguire i lavori oggetto dell'appalto, imputando il 40% delle opere della categoria prevalente OG11 alla capogruppo mandataria, il residuo 60% della stessa categoria prevalente alla mandante, il 100% delle opere della categoria scorporabile OG1 alla stessa mandataria, è inquadrabile nel tipo "misto" e non nel tipo "orizzontale" come essa si è definita nella domanda di partecipazione alla gara, poiché presenta struttura "verticale" quanto alla categoria scorporabile OG1 i cui lavori sono assunti solo dalla mandataria, e struttura "orizzontale" quanto alla categoria prevalente OG11, cui partecipano sia la mandataria che la mandante.

Nel caso di specie, infatti, si viene a realizzare in concreto, con riferimento alla categoria prevalente, un modello di "sub-associazione di tipo orizzontale", ossia una distribuzione meramente quantitativa di dette ulteriori lavorazioni tra la capogruppo e la mandante.

Ciò premesso, occorre passare alla verifica della sussistenza, in capo al RTI in contestazione, dei requisiti minimi di qualificazione separatamente per le due categorie presenti nell'appalto.

Con riferimento alla categoria scorporabile OG1, il problema non si pone, atteso che tanto il possesso che la spendita dei requisiti per l'esecuzione dei relativi lavori è totale da parte dell'impresa mandataria. Quest'ultima, però, partecipa al 40% delle lavorazioni ricomprese nella categoria prevalente OG11, mentre il residuo 60% della stessa è eseguito dalla mandante, dando così vita con riferimento alla categoria prevalente OG11 ad una sub-associazione di tipo "orizzontale" di cui la mandataria è al 40% e la mandante al 60%.

La questione controversa consiste, quindi, nello stabilire se il possesso maggioritario dei requisiti da parte della mandataria debba riferirsi all'importo complessivo dell'appalto, nel qual caso il RTI non doveva essere escluso, oppure all'importo della categoria prevalente OG11 e all'importo della categoria OG1, nel qual caso l'esclusione sarebbe legittima in quanto il RTI rispetterebbe la disposizione nei riguardi della OG1 ma non la rispetterebbe nei riguardi della OG11.

L'Autorità ha già affrontato la problematica in esame (*determinazione n. 25 del 20 dicembre 2001 e con i pareri n. 54 del 2007 e n. 236 del 2008, n. 65, 80 e 2013 del 2010*) con riferimento all'articolo 95, comma 2, del DPR n. 554/99 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*".

L'Autorità ha osservato che l'espressione «*l'impresa mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura maggioritaria*» debba essere intesa 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.

Nel caso in esame 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 non al complesso dei lavori a base d'asta, somma, quindi, nella fattispecie, degli importi della categoria OG1 e della categoria OG11, ma in rapporto a ogni singola categoria. Proprio al fine di assicurare in concreto tale corrispondenza, il requisito del possesso maggioritario

in capo alla capogruppo mandataria non può essere riferito all'importo complessivo dei lavori, ma all'importo di ciascuna delle singole categorie di cui, come nel caso di specie, risulta composto l'appalto (*in tal senso, si vedano, oltre alle citate determinazioni e pareri dell'Autorità, anche la giurisprudenza, fra le tante, CGA, 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*).

Tale assunto è stato confermato dal DPR n. 207/2010 che all'articolo 92, comma 2, per i raggrumanti di tipo "orizzontale", prevede, all'ultimo periodo che :*"Nell'ambito dei propri requisiti posseduti, la mandataria in ogni caso assume, in sede di offerta, i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti con riferimento alla specifica gara."*

L'Autorità ha già precisato che quando al RTI partecipano due sole imprese – come nel caso di specie – l'aggettivo maggioritario, (*oggi percentuale superiore*) che connota la percentuale del possesso dei requisiti da parte della capogruppo, indica che la mandataria deve spendere in quella specifica gara e per ognuna delle categorie presenti nella 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, Parere n. 203 del 18/11/2010*). L'Autorità nel precisare che la normativa va interpretata nel senso che la mandataria deve spendere nella specifica gara una qualifica superiore al 50% dell'importo e non va, invece, interpretata nel senso che la mandataria deve possedere una qualifica superiore a quella delle mandanti, ha voluto precisare che la mandataria può anche possedere requisiti in misura inferiore alla mandante purché in quella gara ne spenda più della mandante.

Nel caso di specie, invece, la mandataria non possiede i requisiti nella misura maggioritaria, nel senso richiesto dall'art. 92 del Regolamento, in quanto, essendo il raggruppamento in parola composto di due soli concorrenti, la percentuale maggioritaria che avrebbe dovuto possedere la mandataria sarebbe dovuta corrispondere almeno al 51% dell'importo della categoria prevalente.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione disposta nei confronti del costituendo raggruppamento Leonetti Impianti S.r.l./Mario Leonetti S.r.l. sia conforme ai principi e alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Luciano Berarducci, Andrea Camanzi

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 28 maggio 2012

Il Segretario Maria Esposito