

Parere n.186 del 20/11/2013

PREC 98/13/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Consorzio Stabile Sintesi – Procedura aperta per il conferimento di “Accordo quadro per lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria sugli immobili in uso alle amministrazioni dello Stato, ex art. 12, comma 5, D.L. 98/2011, come convertito con Legge 111/2011, compresi nel territorio di competenza della Direzione Regionale Puglia e Basilicata – Lotto 3” – Importo a base di gara: €7.800.000,00 – Criterio di aggiudicazione: Prezzo più basso – S.A.: Agenzia del Demanio – Agenzia del Demanio, Direzione Regionale Puglia e Basilicata. **Artt. 34 e 37 del D.lgs n. 163/2006 e Art. 92 del D.P.R. n. 207/2010 – Disciplinare di gara e divieto di partecipazione in R.T.I e Consorzi di tipo verticale e/o misto – Legittimità della clausola - Idonea motivazione del provvedimento di esclusione.**

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

Il Consorzio Stabile Sintesi ha presentato in data 29.03.2013 l’istanza di parere in oggetto, con cui ha chiesto l’avviso dell’Autorità in merito alla propria esclusione dalla procedura bandita dall’Agenzia del Demanio – Direzione Regionale Puglia e Basilicata. L’istante ha precisato di essere stato escluso per mancato possesso dei requisiti di qualificazione nella Categoria OG11, classifica IV.

Secondo l’istante la disposta esclusione sarebbe illegittima, in quanto in violazione dell’art. 37, comma 6, del D.Lgs. 163/2006 e dell’art. 92, comma 3, del D.P.R. n. 207/2010 considerato che gli atti di gara (punto X del Disciplinare di Gara) non consentono al concorrente il ricorso alla partecipazione in forma raggruppata (verticale o mista) con altre imprese. L’istante ritiene altresì illegittima la motivazione posta a sostegno dell’esclusione, anche per il fatto che, sebbene non siano indicati gli importi dei lavori per ciascuna categoria di opere, la S.A. ha richiesto, a pena di esclusione, che i concorrenti dovessero possedere una determinata qualificazione (OG1, Class. IV, OG2 Class. IV. – OG11 Class. IV) per ciascuna di esse.

Da ultimo, il Consorzio istante ha fatto pervenire una nota integrativa, con la quale ha evidenziato la illogicità della motivazione dell’esclusione disposta nei suoi riguardi, stante la indeterminatezza degli importi relativi a ciascuna categoria di opere oltre alla manifesta violazione dell’art. 37, comma 6, succitato, consentendo la disciplina di gara la sola associazione di tipo orizzontale. A riscontro dell’istruttoria procedimentale, avviata da questa Autorità con nota prot. n. 44763 del 13.05.2013, la stazione appaltante, da parte sua, mediante le proprie osservazioni pervenute in data 22.05.2013, ha confermato la correttezza del proprio operato, osservando che il Consorzio istante non ha ritenuto di utilizzare lo strumento associativo di tipo orizzontale o l’avvalimento per sopperire al difetto di qualificazione riscontrato, fermo restando che le associazioni di tipo verticale sarebbero incompatibili con la genericità degli interventi manutentivi da realizzare.

Ritenuto in diritto

I quesiti all’esame dell’Autorità riguardano la presunta illegittimità della motivazione del provvedimento di esclusione adottato nei confronti di parte istante nonché la legittimità o meno della clausola della *lex specialis* che osta alla partecipazione alla gara dei raggruppamenti o consorzi di tipo verticale o misto.

Occorre evidenziare che il contestato provvedimento di esclusione prot. n. 7179/2013 del 22.03.2013 si fonda sulla rilevata mancanza, in capo al Consorzio istante, “dei requisiti tecnico-organizzativi richiesti dal disciplinare di gara al punto 5.3 ... nulla dichiarando in merito alla categoria OG11 classifica IV”.

Al riguardo il Consorzio osserva, in primo luogo, che sarebbe illogico richiedere una determinata qualificazione SOA senza la necessaria indicazione degli importi dei lavori in appalto. La disamina del rilievo impone che si faccia riferimento alle esatte modalità di svolgimento della gara, che riflette il nuovo sistema accentrato delle manutenzioni degli immobili utilizzati dalle amministrazioni dello Stato, introdotto dall'art. 12 del D.L. 06/07/2011, n. 98 (conv. nella legge 15/07/2011, n. 111), che si fonda sulle previsioni triennali dei lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria che le amministrazioni interessate prevedono di effettuare sugli immobili in uso. Nell'ambito di tale sistema, infatti, il comma 5 dell'art. 12 prevede che “L'Agenzia del Demanio, al fine di realizzare gli interventi manutentivi di cui al comma 2, lettere a) e b), stipula accordi quadro, riferiti ad ambiti territoriali predefiniti, con operatori specializzati nel settore individuati mediante procedure ad evidenza pubblica anche avvalendosi di società a totale o prevalente capitale pubblico, senza nuovi o maggiori oneri”. La particolare sintassi della gara non consente pertanto di avere certezza degli interventi manutentivi da effettuarsi, alla cui ricognizione è possibile procedere solo attraverso il dato esperienziale costituito dal novero degli interventi statisticamente più ricorrenti nell'ultimo anno (v. punto IV del Disciplinare di Gara). Di qui la suddivisione della piattaforma contrattuale in tre lotti distinti, ordinati secondo la diversa dimensione quali-quantitativa degli interventi che si presume di realizzare, e tra questi il lotto 3 (“Lavori SOA dalla III alla IV classifica”), per il quale il Consorzio istante ha presentato domanda di partecipazione.

Orbene, alla luce della dinamica della procedura di gara deve valutarsi sfavorevolmente il rilievo dell'istante in ordine alla pretesa illogicità della disposta esclusione, non potendosi escludere l'interesse della S.A. ad affidare l'appalto ad imprese adeguatamente qualificate secondo le caratteristiche degli interventi da realizzare, ancorché questi, per le ragioni anzidette, non siano esattamente individuati. Dall'esame della copia dell'attestazione di qualificazione prodotto in sede di gara dal Consorzio lo stesso è risultato sprovvisto della necessaria qualificazione (in categoria OG 11, classifica IV), pertanto, il provvedimento di esclusione per difetto dei requisiti di qualificazione richiesti, che si fonda su di una precisa disposizione di *lex specialis* (punto IV del Disciplinare di gara), risulta logico e coerente.

Con riferimento altresì alle perplessità sollevate da parte istante circa quelle norme della *lex specialis* che ostano alla partecipazione alla gara dei raggruppamenti o consorzi di tipo verticale o misto, la risposta al quesito deve essere calibrata, come meglio si dirà, secondo il tipo di associazione considerato dalla *lex specialis*.

E' necessario premettere, in termini generali, come chiarito anche dalla giurisprudenza risalente (C. Stato, Sez. V, 16 aprile 1987, n. 246), che il concetto di associazione temporanea d'impresе non riflette una particolare figura giuridica a sé stante, né porta alla costituzione di un nuovo ente (mancando di regola qualunque organizzazione o associazione comune), ma si basa essenzialmente sul conferimento a una delle impresе (denominata capogruppo) da parte delle altre di un mandato collettivo speciale, valevole specificatamente per l'opera da compiere, nonché della rappresentanza di fronte alla stazione appaltante. Nell'ambito delle A.T.I. si distingue tra raggruppamenti orizzontali e verticali laddove, con la prima espressione si intende quella associazione in cui ciascuna delle impresе riunite è responsabile nei confronti dell'amministrazione committente dell'intera prestazione, con la conseguenza che la distribuzione del lavoro per ciascuna impresa non rileva all'esterno, mentre, con la seconda, si intende invece quella in cui un'impresa (ordinariamente capace per la prestazione prevalente), si associa ad altre impresе provviste della capacità per le prestazioni scorporabili (C. Stato, Sez. V, 28 marzo 2007, n. 1440). Da parte sua l'Autorità (Determinazione 9 giugno 2004, n. 11) ha osservato che l'associazione temporanea di impresе, introdotta nella legislazione italiana con la legge 8 agosto 1977, n. 584, ha lo scopo di consentire l'aggregazione di più impresе in forma occasionale, temporanea ed in relazione ad una

determinata gara e, quindi, per stipulare un determinato contratto; senza alcuna caratteristica di stabilità, nessuna organizzazione comune o struttura di impresa, proprio perché la vita dell'associazione non va oltre il tempo di quella determinata gara e di quel determinato contratto. L'Autorità ha preso atto, altresì, della distinzione tra associazioni orizzontali e verticali rilevando che la prima si ha quando l'opera da eseguire è omogenea, mentre la seconda riflette la pluralità delle specializzazioni richieste.

La distinzione tra A.T.I. orizzontali e A.T.I. verticali è oggi enunciata, sul piano legislativo, dall'art. 37, commi 1 e 2 del D.lgs. n. 163/2006. Essa, come ribadito e confermato dal Consiglio di Stato-Ad. Plen. con recente decisione (13 giugno 2012, n. 22), "poggia sul contenuto delle competenze portate da ciascuna impresa raggruppata ai fini della qualificazione a una determinata gara: in linea generale, l'a.t.i. orizzontale è caratterizzata dal fatto che le imprese associate (o associande) sono portatrici delle medesime competenze per l'esecuzione delle prestazioni costituenti l'oggetto dell'appalto, mentre l'a.t.i. verticale è connotata dalla circostanza che l'impresa mandataria apporta competenze incentrate sulla prestazione prevalente, diverse da quelle delle mandanti, le quali possono avere competenze differenziate anche tra di loro, sicché nell'a.t.i. di tipo verticale un'impresa, ordinariamente capace per la prestazione prevalente, si associa ad altre imprese provviste della capacità per le prestazioni secondarie scorporabili. Sul piano del regime della responsabilità, nelle a.t.i. orizzontali ciascuna delle imprese riunite è responsabile solidalmente nei confronti della stazione appaltante, mentre nelle a.t.i. verticali le mandanti rispondono ciascuna per le prestazioni assunte e la mandataria risponde in via solidale con ciascuna delle imprese mandanti in relazione alle rispettive prestazioni secondarie".

Dunque, il tenore del rilievo sollevato dall'istante impone di considerare la portata normativa delle norme, oggi rinvenibili nel tessuto normativo del Codice dei contratti pubblici, che contemplano espressamente l'istituto associativo nel contesto generale delle pubbliche gare, e la lettura di tali norme non può di certo prescindere dalle ragioni giustificative dell'istituto. A tal riguardo, sempre la sopra richiamata A.P. ha osservato che, "la disciplina dei raggruppamenti d'impresa in materia di contratti pubblici è finalizzata a consentire, attraverso il principio del cumulo dei requisiti, la partecipazione congiunta di una pluralità di operatori economici anche di ridotte dimensioni a gare di appalti di notevole entità e, al contempo, a consentire la realizzazione dell'appalto nell'interesse della stazione appaltante attraverso la valorizzazione dell'unione delle risorse e delle capacità tecnico-organizzative ed economico-finanziarie di più imprese, con ampliamento delle garanzie per la stessa stazione appaltante". Su tale tema specifico l'Autorità ha avuto più volte modo di soffermarsi osservando che la ratio del raggruppamento d'impresa, è quella di ampliare le possibilità di partecipazione alla gara con riguardo a soggetti singolarmente sprovvisti di tutti i requisiti speciali richiesti. L'istituto consente, infatti, di cumulare i requisiti di natura tecnica ed economica, prescritti dalla normativa e specificati nella *lex specialis*, facendo riferimento alla sommatoria dei mezzi e delle qualità delle imprese facenti parte del raggruppamento. Ebbene, pur tenuto conto della finalità anti-monopolistica e pro-concorrenziale dell'istituto, questo non esclude che sia inserito nel bando di gara uno specifico divieto di partecipare in forma associata, purché sia espressamente formulato e, ovviamente, obiettivamente giustificato. Alla luce di tali coordinate, va osservato che il contestato divieto di associarsi in forma verticale o mista, trova adeguata giustificazione nella rappresentata impossibilità di "prevedere in questa fase le categorie in cui si articoleranno i singoli interventi", secondo la dinamica che connota la particolare procedura di gara dell'accordo quadro di cui all'art. 3 comma 13, D.lg. n. 163/2006, che, come evidenziato da recente in giurisprudenza (C. Stato, Sez. V, 14 settembre 2012, n. 4891) è un accordo concluso tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici e il suo scopo è stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste, tanto che costituisce solo il tessuto giuridico-normativo cui le parti si sono vincolate per la successiva conclusione e stipulazione di un contratto. In sostanza, con l'accordo quadro l'Amministrazione effettua una gara unica, accorpando per un periodo determinato prestazioni di tipo omogeneo e ripetitivo, rispetto alla quali non v'è certezza *ex ante* in ordine alla quantità di

lavori, servizi o prodotti che nel tempo dovranno essere acquisiti (ed ai relativi prezzi), cosicché essa procede all'affidamento dei singoli appalti man mano che l'esatta misura e consistenza delle attività viene definita, sulla base di clausole e condizioni economiche pattuite con l'operatore economico selezionato mediante procedura di evidenza pubblica. Di qui l'esigenza di assicurarsi la partecipazione di imprese qualificate per tutte le lavorazioni volta per volta da appaltare, esigenza che potrebbe essere plausibilmente vulnerata ove si accedesse alla gara sotto forma di raggruppamento verticale, postulando tale fattispecie associativa, come detto, la pluralità di specializzazioni richieste che invece potrebbe mancare con riferimento ad uno o più interventi. Il divieto non può quindi non involgere anche la variante mista delle A.T.I., avuto riguardo alla sua indefettibile componente verticale. Infatti, le A.T.I. miste non hanno una autonoma collocazione, ritenendosi in giurisprudenza che, alla stregua del disposto dell'art. 37 comma 6, D.lg. n. 163/2006, non possano costituire un tertium genus essendo costituite da uno o più sub raggruppamenti orizzontali che si aggiungono all' A.T.I. verticale. Essa cioè si configura quando un'associazione ha dichiarato di volersi comportare come "associazione di tipo verticale" per alcune lavorazioni e al tempo stesso come "associazione di tipo orizzontale" per altre lavorazioni; invero dopo essersi associata verticalmente ad un'impresa al fine di farle realizzare un'opera scorporabile, l'impresa capogruppo le si è associata anche orizzontalmente, al fine di poter sommare le classifiche di importo possedute da ciascuna (ognuna di per sé insufficiente) per integrare quella richiesta dal bando. L'associazione mista contiene quindi in sé un quid di anomalia costituendo una deviazione dai modelli ormai tipizzati di associazione verticale e ed orizzontale, tanto che l'Autorità (Determina n. 25 del 20.12.2001) ha ritenuto che la possibilità di partecipare a gare pubbliche mediante associazioni di tipo misto dev'essere espressamente prevista dal bando.

Orbene, nel caso di specie, la S.A., proprio al fine di garantire la massima concorrenza, non potendosi prevedere né il numero, né l'entità degli interventi manutentivi, ascrivibili a ciascuna categoria (OG 1, OG 2, OG 11) che in concreto potevano essere commissionati, nel disciplinare ha suddiviso in tre lotti l'oggetto dell'appalto (senza peraltro alcun riferimento esplicito alla categoria prevalente e/o scorporabile), prevedendo l'impossibilità di partecipazione in R.T.I. verticali e/o misti.

A sostegno della ratio seguita dalla S.A. nella stesura del disciplinare di gara in questione, tra l'altro, disciplina utilizzata dalla stessa Agenzia del Demanio per le numerose identiche procedure poste in essere sull'intero territorio nazionale, occorre tenere in considerazione quanto, sul sito dell'Agenzia: www.agenziademanio.it, nella sezione FAQ – RAGGRUPPAMENTI, emerge con chiarezza in riferimento proprio al quesito oggetto del presente parere. Infatti, le perplessità in argomento risultano essere state sollevate anche da numerosi operatori economici interessati per i diversi bandi di gara per l'affidamento di accordi quadro per la manutenzione ordinaria e straordinaria sugli immobili in uso alle Amministrazioni dello Stato, perplessità cui l'Agenzia del Demanio ha riscontrato in maniera puntuale, precisando quanto segue.

Dal combinato disposto degli artt. 37, commi 1 e 6 del D.lgs n. 163/2006, 92, comma 3 e 108 del D.P.R. n. 207/2010, risulta che il R.T.I. verticale può essere configurato solo laddove i requisiti richiesti per eseguire i lavori pubblici siano frazionabili e nell'ambito delle lavorazioni oggetto di gara si possa distinguere tra categorie prevalenti e scorporabili; distinzione da operare in virtù dell'importo stimato per ciascuna.

Tali presupposti di legge non si ravvisano nel caso di specie, laddove l'Agenzia del Demanio ai sensi dell'art. 12 del D.L. n. 98/2011 deve individuare operatori con cui stipulare accordi quadro, per ambiti territoriali, cui affidare interventi non ancora definiti e in favore di altre amministrazioni. Pertanto, l'impossibilità oggettiva di prevedere al momento della stesura del bando gli interventi che in concreto sarebbero stati oggetto dei singoli affidamenti, ha imposto alla S.A. di selezionare operatori economici idonei a svolgere appalti in ciascuna delle categorie individuate negli atti di gara, considerato che rispetto al singolo affidamento tali categorie possono coesistere o meno. Ammettere, infatti, la partecipazione alla gara di R.T.I. verticali e/o misti avrebbe significato consentire l'affidamento di uno specifico appalto avente ad oggetto una sola tra le tre categorie di

lavorazioni anche a raggruppamenti nell'ambito dei quali operano imprese non qualificate a svolgere quella determinata prestazione, violando le norme di legge relative al sistema di qualificazione con evidente vulnus degli interessi pubblici sottesi. Del resto, aggiunge l'Agenzia, la possibilità di ricorrere all'istituto dell'avvalimento, espressamente riconosciuta nei documenti di gara, consente all'operatore di concorrere, comunque alla procedura soddisfacendo la richiesta dei requisiti di partecipazione nei quali è carente mediante le capacità di altri soggetti, indipendentemente dai legami sussistenti con questi ultimi, e quindi anche all'interno del medesimo raggruppamento. Da questo punto di vista ricorrendo all'istituto dell'avvalimento nelle categorie per cui non si è qualificati ciascun componente del R.T.i. orizzontale potrà contribuire, nella misura indicata e nel rispetto delle percentuali minime previste dal disciplinare, a realizzare le opere in ciascuna delle tra categorie previste nei documenti di gara.

Si deve così ritenere che la contestata disciplina di *lex specialis*, nella parte in cui restringe la possibilità di ricorrere alle forme associative di partecipazione alla gara, sottende l'ineludibile esigenza di assicurare alla S.A. l'affidamento delle commesse a ditte adeguatamente qualificate rispetto alla natura della prestazione volta per volta dedotta in appalto.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione del Consorzio Stabile Sintesi sia conforme alla *lex specialis* e alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 10 dicembre 2013

Il Segretario: Maria Esposito