

## **Parere n.194 del 20/11/2013**

### **PREC 59/13/L**

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'Unione Industriale di Torino – “Procedura aperta per l'affidamento di tre Accordi Quadro di cui all'art. 59 D.Lgs. 163/2006, per lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria sugli immobili in uso alle Amministrazioni dello Stato, ai sensi dell'art. 12 comma 5, D.L. n. 98/2011, come convertito con Legge n. 111/2012, compresi nel territorio di competenza della Direzione Regionale Piemonte e Valle d'Aosta – lotto 1 – lotto 2 – lotto 3” – Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso – Importo complessivo dei lavori: €8.482.000,00 – S.A.: Agenzia del Demanio – Direzione Regionale Piemonte e Valle d'Aosta.

**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 verticali e/o misti – Legittimità della clausola .**

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### **Considerato in fatto**

In data 15.02.2013 è pervenuta l'istanza indicata in oggetto, contenente alcuni rilievi, con i quali L'Unione Industriali di Torino contesta alla Agenzia del Demanio – Direzione Regionale Piemonte e Valle d'Aosta il mancato rispetto della normativa di settore sul punto VII del Disciplinare di gara (“Requisiti di qualificazione”), dalla seguente testuale formulazione:

<< - lotto 1 “lavori no SOA” (interventi manutentivi di importo pari o inferiore a €150.000,00): requisiti di cui all'art. 90 del D.P.R. 207/2010;

- lotto 2 “lavori SOA I e II classifica” (interventi manutentivi di importo superiore a 150.000,00 e non superiore a 516.000,00 euro): OG1, classifica II, OG2, classifica II, OG11, classifica II;

- lotto 3 “lavori SOA dalla III alla IV classifica” (interventi manutentivi di importo superiore a 516.000,00 euro e non superiori a 2.582.000,00 euro): OG1, classifica IV, OG2, classifica IV, OG11, classifica IV.

Tenuto conto che non è possibile prevedere in questa fase le categorie in cui si articoleranno i singoli interventi, è richiesto il possesso da parte di ciascun concorrente di tutti i requisiti sopra indicati. Da ciò consegue, tra l'altro, l'impossibilità di partecipare alla presente procedura in RTI o consorzi ordinari di concorrenti verticali ai sensi dell'art. 37, comma 1, D.Lgs. 163/2006 o misti >>.

L'istante contesta la legittimità di tali previsioni di *lex specialis* assumendone la carica lesiva del principio di partecipazione alle gare d'appalto sotto forma di raggruppamenti anche verticali, ai quali non sarebbe possibile ricorrere al fine di sopperire alle eventuali carenze dei requisiti di partecipazione e quindi da assicurare la massima partecipazione alle pubbliche gare.

All'istruttoria procedimentale formalmente avviata da questa Autorità con nota prot. n. 30237 del 20.03.2013 non ha fatto seguito alcuna memoria delle parti.

#### **Ritenuto in diritto**

Il quesito all'esame dell'Autorità riguarda la legittimità o meno del bando di gara con riguardo ai seguenti profili relativi a talune clausole in esso contenute.

Le perplessità sollevate da parte istante investono quelle norme della *lex specialis* che ostano alla partecipazione alla gara dei raggruppamenti o consorzi di tipo verticale o misto. La risposta al quesito posto con la richiesta di parere in esame deve essere calibrata, come meglio si dirà, secondo il tipo di associazione considerato dalla *lex specialis*. Occorre 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 imprese (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 imprese 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 imprese 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 imprese, introdotta nella legislazione italiana con la legge 8 agosto 1977, n. 584, ha lo scopo di consentire l'aggregazione di più imprese 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'impresе, come valorizzato dall'istante, 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 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 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](http://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 tre 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 la disciplina di gara predisposta dall' Agenzia del Demanio – Direzione Regionale Piemonte e Valle d'Aosta sia conforme 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