

Parere n.44 del 27/03/2013

PREC 18/13/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Regione Umbria – “*Affidamento della progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di realizzazione della piattaforma logistica di Foligno*” – importo a base d’asta euro 23.248.223,08 – S.A.: Regione Umbria.

Art. 37 del Codice – Fallimento dell’impresa mandante in corso di gara – Ammissibilità della modificazione riduttiva dell’a.t.i.

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 28 gennaio 2013 è pervenuta l’istanza in epigrafe con la quale la regione Umbria ha chiesto un parere in merito alla procedura aperta indetta per l’affidamento dell’appalto integrato avente ad oggetto i lavori di realizzazione della nuova piattaforma logistica di Foligno, *di importo a base di gara pari ad* euro 23.248.223,08, da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa. In particolare la stazione appaltante chiede se sia possibile consentire *all’A.T.I. risultata aggiudicataria provvisoria, una modifica in riduzione della propria composizione soggettiva, in seguito alla sopravvenuta incapacità a concorrere di una delle imprese mandanti.* Nella istanza di parere si specifica che sono pervenute diciotto offerte e che le operazioni di gara si sono protratte per quasi due anni.

La costituenda a.t.i. capeggiata da Tecnostrade s.r.l. (mandataria), composta da C.E.I. Costruzioni s.r.l., Calzoni s.p.a., Spinelli & Mannocchi s.r.l. e [omissis] s.r.l. (mandanti) e da G.L.I.COS. s.r.l. (cooptata), ha riportato il punteggio complessivo di 86,085 ed è risultata prima in graduatoria ed aggiudicataria provvisoria. La sua offerta economica è stata giudicata non anormalmente bassa, nella seduta del 12 gennaio 2011. Nelle successive sedute del 31 gennaio 2011, del 7 febbraio 2011 e del 13 aprile 2011, il responsabile del procedimento ha positivamente accertato il possesso dei requisiti generali e speciali di qualificazione da parte di tutte le imprese del raggruppamento. La stazione appaltante ha poi ricevuto rituale comunicazione, ai sensi dell’art. 51 del Codice dei contratti pubblici, di una duplice modificazione soggettiva all’interno del raggruppamento:

1) con atto notarile rep. 32289 del 5 novembre 2009, trasmesso alla Regione Umbria in data 29 agosto 2011, la cooptata G.L.I.COS. s.r.l. è stata incorporata nella Nova Glicos s.r.l. che ha contestualmente assunto la denominazione di Essegimme s.r.l., con subentro di quest’ultima in tutti i rapporti giuridici pendenti, ivi compresa la partecipazione alla gara in epigrafe;

2) con atto notarile rep. 2089 del 14 aprile 2011, trasmesso alla Regione Umbria in data 2 maggio 2011, la mandante [omissis] s.r.l. ha ceduto in affitto alla [omissis] s.r.l. il ramo d’azienda dell’attività edile, comprendente le attrezzature e le autorizzazioni necessarie al mantenimento della qualificazione SOA ed alla partecipazione alla costituenda a.t.i. Tecnostrade s.r.l.

Senonché, quando si era conclusa positivamente la verifica circa la sussistenza dei requisiti di ordine generale e speciale in capo alla [omissis] s.r.l. (nuova mandante) ed alla Essegimme s.r.l. (nuova cooptata), la stazione appaltante ha avuto notizia del sopravvenuto fallimento della [omissis] s.r.l., dichiarato con sentenza del Tribunale di Fermo n. 44/2012 del 29 giugno 2012. Inoltre, con comunicazione alla stazione appaltante del 27 agosto 2012, la Cassa Edile territorialmente competente ha dichiarato che la [omissis] s.r.l. è incorsa in gravi e definitive irregolarità nel pagamento dei contributi previdenziali, ostante al rilascio del d.u.r.c., per un importo di euro 52.393,13 riferito all’anno 2012.

Sulla base delle riferite circostanze, integranti autonomi motivi di esclusione ai sensi dell’art. 38, primo comma – lett. a) e lett. i) del Codice dei contratti pubblici, la Regione Umbria ha predisposto un provvedimento di revoca dell’aggiudicazione provvisoria all’a.t.i. Tecnostrade s.r.l.

ed ha richiesto all'Autorità, con istanza pervenuta in data 28 gennaio 2013, un parere in merito alla decisione da assumere.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 30 gennaio 2013, la controinteressata Tecnostrade s.r.l. ha trasmesso documenti ed un'ampia ed articolata memoria difensiva, ove afferma l'illegittimità della prospettata esclusione dell'intero raggruppamento temporaneo, che pur in composizione ridotta (e cioè con la fuoriuscita della mandante [omissis] s.r.l. e della sua dante causa [omissis] s.r.l.) sarebbe comunque in grado di soddisfare la qualificazione tecnico-economica richiesta dal bando e di far fronte all'esecuzione dell'appalto.

Ritenuto in diritto

Il quesito all'esame dell'Autorità riguarda il provvedimento di esclusione predisposto dalla Regione Umbria nei confronti dell'a.t.i. Tecnostrade s.r.l., nell'ambito della procedura aperta per l'appalto integrato avente ad oggetto i lavori di realizzazione della nuova piattaforma logistica di Foligno.

La [omissis] s.r.l., cessionaria d'azienda della mandante [omissis] s.r.l., è incorsa in una violazione grave e definitiva degli obblighi contributivi ed è stata inoltre dichiarata fallita, prima che la stazione appaltante adottasse il provvedimento di aggiudicazione definitiva ed addivenisse alla stipula del contratto.

Il quesito formulato dalla Regione postula la soluzione della seguente questione: se sia possibile, in seguito alla sopravvenuta incapacità a concorrere di una delle imprese mandanti, consentire all'a.t.i. aggiudicataria provvisoria una modifica in riduzione della propria composizione soggettiva, ferma restando la necessità di soddisfare i requisiti di capacità tecnica ed economica richiesti dalla lex specialis di gara mediante le attestazioni SOA della capogruppo e delle altre mandanti superstiti.

La risposta può essere affermativa, alla luce del più recente orientamento espresso dalla giurisprudenza amministrativa (cfr., per tutte: Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2012 n. 8; Id., sez. VI, 16 febbraio 2010, n. 842; Id., sez. VI, 13 maggio 2009, n. 2964) e dall'Autorità (cfr., di recente: A.V.C.P., parere AG 23/11 del 21 novembre 2012; Id., parere AG 2/11 del 27 gennaio 2011), in materia di modificazioni soggettive dei raggruppamenti temporanei d'impresa.

In sintesi, nei succitati precedenti si è chiarito che:

- il fatto che il Codice dei contratti pubblici (all'art. 37, commi 18 e 19) indichi i casi tassativi in cui è possibile la modificazione soggettiva dell'a.t.i. già aggiudicataria, in relazione alle vicende patologiche che colpiscono la mandante o la mandataria, non comporta di per sé il divieto assoluto della variazione della compagine concorrente in corso di gara;
- il principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche, che mira a garantire una conoscenza piena da parte dell'Amministrazione delle imprese che intendono contrarre, consentendole una verifica preliminare e compiuta dei requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria delle concorrenti, non preclude il recesso di una o più imprese dell'a.t.i. qualora le imprese rimanenti siano in possesso dei requisiti di qualificazione per l'esecuzione dell'appalto, dovendo il divieto riferirsi soltanto all'aggiunta o alla sostituzione di componenti, non anche al semplice venir meno di taluno di essi senza subentro;
- la modificazione in riduzione del raggruppamento temporaneo non dà luogo a violazione della *par condicio* dei concorrenti, poiché non si tratta di introdurre nuovi soggetti in corso di procedura, ma solo di consentire a taluno degli associati o consorziati il recesso, sempreché la modifica in senso riduttivo avvenga per esigenze organizzative proprie dell'a.t.i. ovvero per vicende patologiche sopravvenute che colpiscono una delle imprese associate, e non invece per eludere la legge di gara ed evitare l'esclusione per difetto di un requisito di ammissione al momento della presentazione dell'offerta;
- pertanto, il recesso dell'impresa dal raggruppamento in corso di gara non può mai valere a sanare *ex post* una situazione di preclusione alla partecipazione sussistente al momento della presentazione della domanda.

Entro tali limiti, può ormai ritenersi consentita nel corso della gara la modificazione riduttiva dell'associazione temporanea d'impresе. Ne consegue che, nella fattispecie in esame, la situazione di irregolarità contributiva e la sentenza di fallimento che hanno colpito la mandante [omissis] s.r.l. non ostano all'aggiudicazione dell'appalto all'a.t.i. Tecnostrade s.r.l. (nella mutata composizione susseguente al recesso della mandante fallita), a condizione che il raggruppamento d'impresе riesca a garantire la copertura integrale delle qualificazioni SOA richieste dal bando di gara. La concreta verifica di tale presupposto va rimessa alla stazione appaltante.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la Regione Umbria, ai sensi dell'art. 37 del Codice dei contratti pubblici, deve consentire all'aggiudicataria provvisoria A.T.I. Tecnostrade s.r.l. di dimostrare il possesso dei requisiti generali e speciali di partecipazione, previo recesso della mandante [omissis] s.r.l. incorsa in situazione di irregolarità contributiva ed in contestuale dichiarazione di fallimento.

Il Consigliere Relatore: Luciano Berarducci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 11 aprile 2013

Il Segretario Maria Esposito