

Determinazione n. 15/2001 del 18/7/2001

uS/26/2001

Oggetto: "Problemi inerenti la partecipazione alle gare di appalto delle associazioni temporanee di imprese"

Sono pervenuti all'Autorita' numerosi quesiti riguardanti l'interpretazione delle norme che regolano la partecipazione alle gare dei raggruppamenti di imprese .

A) Due quesiti si riferiscono all'articolo 13, comma 5-bis, della legge 14/02/1994 n. 109 e successive modificazioni. Tale articolo dispone il divieto di qualsiasi modificazione alla composizione delle associazioni temporanee di imprese rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta.

Le problematiche sottoposte all'esame dell'Autorita' riguardano essenzialmente la portata delle deroghe al divieto prescritto dalla norma in questione.

In particolare e' stato chiesto se un aggiudicatario costituito da un'associazione temporanea di imprese possa sostituire una impresa mandante che si trovi in condizioni di difficoltà' finanziarie.

E' stato, altresì, chiesto di chiarire se nell'ipotesi previste dall'articolo 12, comma 1, del DPR 3 giugno 1998 n. 252, possa derogarsi all'articolo 13, comma 5 bis, della legge 109/94 e successive modificazioni oppure se la prima disposizione debba ritenersi abrogata dalla successiva disposizione di legge.

Va preliminarmente chiarito che il divieto di modificazione nella composizione del raggruppamento contenuto nell'articolo 13, comma 5-bis, della legge 109/94, e successive modificazioni trova una espressa eccezione normativa nel disposto dell'articolo 94 del D.P.R. 21/12/1999 n. 554. E' stabilito, infatti, che la modificazione puo' avvenire al verificarsi di vero e proprio fallimento dell'impresa mandataria o di un'impresa mandante e, nel caso di mandataria o mandante che sia impresa individuale, per morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del suo titolare.

L'articolo 12 del DPR 252/98 prevede che qualora una delle cause interdittive previste dalla normativa antimafia interessi un'impresa di un raggruppamento, diversa dalla mandataria, tale causa non opera nei confronti delle altre imprese partecipanti quando la predetta impresa sia estromessa. Poiche' tale disposizione e' qualificabile come normativa di ordine pubblico in quanto integra la disciplina in materia di lotta alla criminalità' mafiosa essa e' da considerarsi normativa speciale che prevale su quelle di carattere generale come la legge quadro in materia di lavori pubblici.

L'Autorita' ritiene pertanto che:

a) la disposizione di cui all'articolo 94 del DPR 554/99, stante il suo carattere di norma eccezionale, consente di derogare al principio generale del divieto di qualsiasi modificazione alla composizione delle associazioni temporanee di imprese rispetto a quelle risultanti dall'impegno presentato in sede di offerta, soltanto nel caso di fallimento dell'impresa mandataria o di un'impresa mandante e, qualora la mandataria o la mandante sia una impresa individuale, anche in casi di morte, interdizione, inabilitazione del suo titolare;

b) la disposizione contenuta nell'articolo 12 del DPR 252/98, in quanto normativa speciale in materia di ordine pubblico, e' da ritenersi tutt'ora vigente e compatibile con la disciplina generale sui lavori pubblici; pertanto, la disposizione ivi contenuta deroga al generale anzidetto divieto di cui all'articolo 13, comma 5-bis della legge 109/94 e successive modificazioni.

B) Altri quesiti riguardano l'interpretazione dell'articolo 13, comma 7, della legge 109/94 e successive modificazioni.

Tale disposizione vieta l'affidamento in subappalto di opere, diverse da quelle della categoria prevalente, che siano di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità' tecnica, "qualora ciascuna di tali opere superi in valore il 15% dell'importo totale dei lavori". Tali opere devono essere eseguite esclusivamente dai soggetti affidatari; i soggetti che non siano in possesso delle prescritte qualificazioni sono tenuti a costituire associazioni temporanee di tipo verticale.

E' stato chiesto se l'obbligo di raggruppamento verticale, previsto dal predetto articolo, sia operativo anche nel caso in cui il bando di gara preveda, oltre a lavorazioni appartenenti alla categoria prevalente, altre lavorazioni appartenenti ad altre categorie, generali o specializzate previste dall'articolo 72, comma 4, del DPR 554/99, ma solo una di esse sia di importo pari o superiore al 15% dell'importo dei lavori.

E' stato chiesto, inoltre, se - qualora nel bando di gara siano indicate, oltre a lavorazioni appartenenti alla categoria prevalente, altre lavorazioni appartenenti a categorie diverse dalla prevalente delle quali una sola e' categoria generale oppure categoria appartenente all'elenco di cui all'articolo 72, comma 4, del DPR 554/99, ed e' inoltre di importo pari o superiore al 15% dell'importo complessivo dei lavori - sussista l'obbligo di costituire un'associazione verticale per tutte le categorie diverse dalla prevalente indipendentemente se generali o appartenenti al predetto elenco.

E' stato posto, infine, un quesito riguardante un bando di gara nel quale sono presenti, oltre a lavorazioni appartenenti alla categoria prevalente, altre lavorazioni appartenenti a categorie diverse dalla prevalente, generali oppure appartenenti all'elenco di cui all'articolo 72, comma 4, del DPR 554/99, tutte di importo superiore al 15% dell'importo dell'appalto ma inferiori a 150.000 euro. E' stato chiesto se anche in tale ipotesi si ricade nel divieto di subappalto previsto dall'articolo 13, comma 7, della legge 109/94 e successive modificazioni.

Va in primo luogo rilevato che un'interpretazione letterale dell'articolo 13, comma 7, della legge 109/94 e successive modificazioni e le disposizioni dell'articolo 74, commi 1 e 2, del DPR 554/1999, fanno ritenere che il divieto di subappalto riguarda le lavorazioni delle categorie, diverse dalla prevalente, indicate nel bando di gara, qualora siano generali oppure appartenenti all'elenco di cui all'articolo 72, comma 4, del DPR 554/99 e qualora tutte siano di importo superiore al 15% dell'importo complessivo dell'appalto.

L'Autorita' pertanto ritiene che:

a) non ci sono i presupposti per il divieto del subappalto qualora nel bando di gara siano indicate piu' categorie diverse dalla prevalente delle quali piu' di una e' generale o appartenente all'elenco di cui all'articolo 72, comma 4, del DPR 554/99, ma una sola e' di importo pari o superiore al 15% dell'importo complessivo dell'intervento;

b) il divieto di subappalto sussiste, invece, qualora nel bando di gara siano indicate piu' categorie diverse dalla prevalente delle quali una sola e' generale o appartenente al suddetto elenco ed e' di importo pari o superiore al 15% dell'importo complessivo dell'intervento ma il divieto si applica esclusivamente alle lavorazioni appartenenti alla suddetta categoria; per le altre categorie l'impresa puo', comunque, costituire, una associazione verticale;

c) il sistema delineato dall'articolo 13, comma 7, della legge 109/94 e successive modificazioni e dall'articolo 72, comma 4, del DPR 554/99, poiche' fa riferimento al sistema di qualificazione di cui al DPR 34/2000, si applica solo ai casi in cui gli importi degli appalti e/o dei subappalti siano pari o superiori a 150.000 euro e, dunque, fuori dall'ipotesi di cui all'articolo 28 del DPR 25/01/2000 n.34 che stabilisce i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi per la partecipazione agli appalti di importo inferiore a 150.000 euro.

C) Sono state segnalate questioni riguardanti l'interpretazione dell'articolo 95, comma 2, del DPR 554/99 ed in particolare del secondo periodo.

Tale disposizione prevede che per le associazioni temporanee di imprese di tipo orizzontale i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi minimi richiesti (oppure a regime l'attestazione SOA) devono essere posseduti dalla mandataria nella misura pari o superiore al 40%, mentre la restante percentuale e' posseduta dalle mandanti ciascuna nella misura pari o superiore al 10%. La norma impone poi che in ogni caso l'impresa mandataria debba possedere i requisiti in misura maggioritaria.

E' stato posto il problema di accertare se la quota maggioritaria della mandataria debba intendersi riferita ai requisiti minimi previsti per la partecipazione alla specifica gara ovvero debba riferirsi al fatto che la mandataria deve essere comunque quella impresa che, fra le imprese associate, sia in possesso in assoluto dei maggiori requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi, a prescindere da quelli minimi previsti per lo specifico appalto cui l'ATI concorre.

L'Autorita' ritiene che:

a) l'articolo 95, comma 2, del DPR 554/1999 nel primo periodo fa riferimento ai requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando e, pertanto, e' da ritenersi che i requisiti cui si riferisce il secondo periodo del suddetto comma siano questi stessi e, cioe', quelli minimi necessari in rapporto all'importo complessivo dell'intervento;

b) l'espressione "L'impresa mandataria in ogni caso possiede requisiti in misura maggioritaria" deve essere interpretata con riferimento ai requisiti minimi richiesti per la partecipazione allo specifico appalto con la conseguenza che non e' consentito che la percentuale coperta dalle mandanti, al fine di dimostrare da parte dell'associazione temporanea il possesso del 100% dei requisiti minimi, sia costituita da una quota di una mandante che sia di importo superiore a quella della mandataria;

c) qualora la disposizione non si riferisse ai requisiti minimi richiesti per lo specifico appalto ma ai requisiti posseduti in assoluto dai concorrenti, si creerebbe un vincolo restrittivo al mercato, in

contrasto con il principio della liberta' di determinazione delle imprese in sede associativa, in quanto sarebbero privilegiate comunque le imprese di maggiori dimensioni.

D) Altre questioni sono state poste in merito alla disposizione di cui all'articolo 93, comma 4, del DPR 554/99 che prescrive che le imprese riunite in associazione eseguano i lavori nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento.

In relazione a tale disposizione si sono poste due questioni: e' stato richiesto in primo luogo se possa considerarsi legittimo che in una ATI orizzontale le imprese eseguano i lavori in percentuale diversa da quella di partecipazione all'ATI. In secondo luogo se sia da considerarsi legittimo che una impresa mandataria di un'ATI, svolga interamente ed autonomamente l'intera prestazione oggetto dell'appalto.

L'Autorita' ritiene che:

a) fermo restando che possono eseguire le lavorazioni solo le imprese associate che sono qualificate per la categoria e l'importo delle stesse, la quota di partecipazione al raggruppamento dipende dall'atto che regola i rapporti tra le associate che ha rilevanza in sede di esecuzione del contratto e nei confronti della stazione appaltante e, pertanto, come piu' volte affermato dalla giurisprudenza, ciascuna stazione appaltante ha l'obbligo di verificare che ogni impresa associata collabori all'esecuzione dell'opera;

b) l'articolo 93, comma 4, del DPR 554/99 ha esteso il principio suddetto richiedendo alle stazioni appaltanti non solo di controllare che tutte le associate partecipino all'esecuzione dei lavori, ma anche che vi sia esatta rispondenza tra quota di partecipazione al raggruppamento e percentuale di lavori eseguiti;

c) resta ferma la facolta' delle imprese associate di costituire, ai sensi dell'articolo 96 del DPR 554/1999, una societa' per la esecuzione, totale o parziale, dell'intervento.

E) Altro quesito riguarda la disposizione di cui all'articolo 32, comma 1, lettera c), del DPR 34/2000 che prevede, tra i requisiti di idoneita' tecnica, l'esecuzione nella categoria prevalente oggetto dell'appalto, di singoli lavori, i cosiddetti "lavori di punta", (uno, due o tre rispettivamente di importo non inferiore al 30%, al 40% e al 50% dell'importo dell'intervento da affidare) da parte del concorrente.

E' stato chiesto all'Autorita' se, nel caso in cui alla gara concorra un'ATI orizzontale ed il possesso del requisito predetto venga dimostrato mediante due o tre "lavori di punta", essi debbano essere stati eseguiti tutti e due o tutti e tre da una sola impresa facente parte dell'ATI oppure possano essere stati eseguiti uno da una impresa e gli altri due da altre due imprese facenti parte dell'ATI oppure se possono essere stati eseguiti ognuno in diverse percentuali da piu' imprese.

Va rilevato che:

a) l'articolo 13, comma 3, della legge 109/94 e successive modificazioni, per le associazioni temporanee di tipo verticale, prevede la possibilita' di frazionamento dei requisiti fra mandataria e mandante esclusivamente se essi sono frazionabili;

b) l'articolo 32, comma 3, del DPR 34/2000, per quanto attiene ai cosiddetti "lavori di punta" stabilisce espressamente che qualora il concorrente sia una associazione temporanea o un consorzio o un GEIE ogni singolo "lavoro di punta" debba essere stato integralmente eseguito da una delle imprese associate o consorziate.

L'Autorita' ritiene pertanto che:

a) non e' vietato che, qualora il requisito richiesto sia dimostrato da piu' di un "lavoro di punta", ognuno di questi sia stato eseguito da uno dei partecipanti al raggruppamento.

b) ogni singolo "lavoro di punta" deve essere stato eseguito integralmente da una delle imprese facenti parte dello stesso.

F) un ulteriore ordine di problemi riguarda la qualificazione delle associazioni temporanee di imprese (orizzontale e verticale) nella vigenza del regime transitorio stabilito dagli articoli 31 e 32 del DPR34/2000 .

In particolare alcune questioni sottoposte all'esame dell'Autorita' riguardano gli appalti di importo superiore al controvalore in euro di 5 milioni di DSP indetti dal 1^o marzo 2001.

E' stato posto il problema di individuare quali debbano o possono essere i requisiti di qualificazione dei raggruppamenti in un bando di gara indetti dopo il 1 marzo 2001, di importo pari o superiore al controvalore in euro di 5 milioni di DSP ma nel quale siano presenti anche lavorazioni subappaltabili o scorparabili, singolarmente di importo inferiore a tale soglia.

In particolare e' stato chiesto se l'impresa mandataria o mandante che partecipa all'ATI debba, comunque, possedere l'attestazione SOA anche se la quota dell'importo complessivo dell'appalto di propria competenza sia inferiore a 5 milioni di DSP, oppure possa partecipare alla gara dimostrando il possesso dei requisiti di cui all'articolo 31 del medesimo DPR 34/2000, in relazione ai requisiti prescritti per le imprese riunite dall'articolo 95 del DPR 554/99, con le modalita' previste dal DPR 34/2000.

E' stata posta una ulteriore questione concernente la qualificazione che debbano avere i raggruppamenti dopo la completa entrata a regime (1 gennaio 2002) del sistema di qualificazione di cui al DPR 34/2000, in relazione ai bandi di gara per l'affidamento di appalti di importo inferiore ai 3 miliardi di lire che, per effetto dell'articolo 73, comma 3, del DPR 554/99, potrebbero prevedere opere subappaltabili o scorporabili di importo inferiore a 150.000 euro. Si pone la questione se le imprese che assumono li lavori subappaltabili o scorporabile debbano essere, comunque, in possesso dell'attestazione SOA oppure si possano qualificare anche sulla base dell'articolo 28 del DPR 34/2000.

Va in primo luogo ricordato che:

a) nel bando di gara, ai sensi dell'articolo 73 del DPR 554/99 e dall'articolo 30 del DPR 34/2000, devono essere indicate (con i corrispondenti importi) le lavorazioni appartenenti alla categoria prevalente e le lavorazioni appartenenti ad altre categorie che costituiscono parti dell'intervento e che sono, ancorche' comprese nelle categorie generali, autonomi lavori (cioe' sono riconducibili ad una delle categorie di cui al DPR 34/2000) e sempre che siano di importo superiore al 10% dell'importo totale oppure, comunque, di importo superiore a 150.000 euro (opere tutte scorporabili e/o subappaltabili);

b) l'art. 95, commi 1 e 3, del D.P.R. 554/1999 prevede che possono partecipare alla gara:

1) soggetti singoli, con requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi pari, in via alternativa, a:

quelli prescritti per la categoria prevalente per l'importo complessivo dell'intervento;

quelli prescritti per la categoria prevalente e per le altre categorie indicate nel bando e per i corrispondenti singoli importi;

quelli prescritti per la categoria prevalente e per alcune delle categorie indicate nel bando con il vincolo che i requisiti non posseduti nelle categorie, generali o specializzate, diverse dalla prevalente siano posseduti con riferimento alla categoria prevalente;

◆ 2) associazioni temporanee di tipo orizzontale la cui mandataria deve possedere i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi in misura non inferiore al 40% di quelli prescritti per il soggetto singolo e le cui mandanti non inferiore al 10%.

3) associazioni temporanee di tipo verticale i cui requisiti siano posseduti dalla mandataria nella categoria prevalente e da ciascuna mandante nella rispettiva categoria scorporata assunta, in misura non inferiore a quelli necessari per eseguire lavori della medesima categoria e nella misura indicata per l'impresa singola; qualora una categoria scorporata non venga assunta da una mandante la mandataria deve possedere i requisiti in queste categorie o nella prevalente.

La logica seguita dal DPR 554/1999 e dal DPR 34/2000 e', quindi, quella di articolare i requisiti di partecipazione alla gara, quale che sia il soggetto concorrente, in relazione alla categoria prevalente per la classifica corrispondente all'importo totale dell'intervento, oppure in relazione a tutte le categorie per le classifiche corrispondenti ai singoli importi indicati nel bando di gara. Le norme (articolo 74 del DPR 554/1999, premesse all'allegato A al DPR 34/2000 e "tabella corrispondenze nuove e vecchie categorie" del medesimo allegato) prevedono, poi, che l'aggiudicatario possa eseguire le lavorazioni della categoria prevalente, le lavorazioni delle categorie subappaltabili e/o scorporabili a qualificazione non obbligatoria e, qualora in possesso delle corrispondenti qualificazioni, le lavorazioni delle categorie subappaltabili e/o scorporabili a qualificazione obbligatoria.

Il DPR 34/2000 suddivide, invece, ai fini della qualificazione nel regime transitorio, gli appalti in due fasce d'importo: la prima fascia, disciplinata dall'articolo 31 del suddetto DPR 34/2000, riguarda gli appalti d'importo tra i 150.000 ed i 5.000.000 di DSP indetti fino al 31/12/2001; la seconda, disciplinata dall'articolo 32 del suddetto DPR 34/2000, riguarda gli appalti di importo superiore ai 5 milioni di DSP indetti entro il 28 febbraio 2001. Puo' concludersi che la fase transitoria e' disciplinata dal DPR 34/2000 e la fase a regime e' disciplinata dal DPR 554/1999.

Dal combinato disposto delle due norme l'Autorita' ritiene che:

a) nella fase transitoria le modalita' di dimostrazione dei prescritti requisiti dipendono dall'importo delle lavorazioni cui essi si riferiscono;

b) le mandatarie e le mandanti, qualora assumono l'esecuzione di lavorazioni di importo inferiore a 5 milioni di DSP, possono dimostrare i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi mediante l'attestazione SOA oppure con le modalita' e misure previste dal DPR 34/2000;

c) a regime, qualora le lavorazioni scorporabili o subappaltabili siano di importo inferiore a 150.000 euro, le imprese che assumono l'esecuzione di dette lavorazioni, nel caso non siano in possesso di attestazione SOA, debbono possedere i requisiti di cui all'articolo 28 del DPR 34/2000 e, cioe', avere eseguito direttamente, nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, un importo di lavori non inferiore all'importo del contratto da stipulare, avere sostenuto nel suddetto periodo un costo complessivo per il personale dipendente non inferiore al 15% dell'importo dei lavori eseguiti (o di quello figurativamente individuato) e dimostrare di avere la disponibilita' di adeguata attrezzatura.

G) La problematica della qualificazione e' stata sollevata, anche con riguardo ai requisiti dei subappaltatori. E' stato chiesto se il soggetto che assume un subappalto possa essere una ATI.

Va precisato preliminarmente che l'articolo 18, comma 3, della legge 55/90 stabilisce i subappaltatori devono essere in possesso dei requisiti previsti dalla vigente normativa in materia di qualificazione delle imprese.

L'Autorita' ritiene pertanto che:

a) per quanto riguarda la possibilita' o meno che una associazione temporanea di imprese possa assumere un subappalto nell'ordinamento non e' previsto nessuno specifico divieto in tal senso;

b) i subappaltatori devono possedere i requisiti in rapporto alla categoria e classifica dei lavori che assumono e che possono essere anche associazioni temporanee di imprese purché costituite anteriormente al momento in cui si formula la domanda di autorizzazione al subappalto.
