

Parere n.157 del 9/10/2013

PREC 56/13/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 Aedars - "Lavori di escavazione fondali avamporto del porto canale" - importo a base di gara euro 1.234.000,00 - S.A.: Comune di Viareggio.

Artt. 14, 15 e 37 del Codice - Appalto misto di lavori e servizi - Ammissibilità della costituzione di a.t.i. verticale.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

Con bando pubblicato il 21 dicembre 2011, il Comune di Viareggio ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dei lavori di escavazione e dragaggio dei fondali del porto, *di importo a base di gara pari ad* euro 1.234.000,00 da aggiudicarsi con il criterio del massimo ribasso.

Sono pervenute 48 offerte.

Nella seduta pubblica del 29 gennaio 2013, la stazione appaltante ha deliberato l'esclusione del raggruppamento temporaneo composto dal Consorzio Stabile Aedars (capogruppo) e dalla Poseidon Service s.r.l. (mandante) "... in quanto ha costituito una associazione di tipo verticale non ammissibile in base al bando di gara e relativo disciplinare che non prevedono categorie di lavori scorporabili, ma la sola categoria OG7" ed ha provvisoriamente aggiudicato i lavori all'a.t.i. Menela.Com s.r.l., con un ribasso del 28,50%.

Il Consorzio Stabile Aedars, con istanza pervenuta all'Autorità il 20 febbraio 2013, contesta la legittimità del provvedimento di esclusione. Premette di aver presentato offerta in forma di costituenda associazione temporanea verticale, dichiarando di essere qualificato per l'intero importo della categoria prevalente OG7, assumendo in proprio l'esecuzione del 100% dei lavori di escavazione ed indicando la mandante Poseidon Service s.r.l. (iscritta all'Albo Nazionale Gestori Ambientali per la categoria 4) quale esecutrice del 100% del servizio di trasporto del materiale dragato. Afferma che l'appalto in questione, seppure nominalmente riferito a lavori riconducibili ad unica categoria SOA, senza l'indicazione di diverse categorie secondarie scorporabili, avrebbe in realtà un oggetto misto (con prevalenza dei lavori sui servizi). Per tale ragione, la partecipazione alla gara di un raggruppamento di tipo verticale sarebbe ammissibile, in alternativa all'utilizzo dell'avvalimento ovvero del subappalto, in vista dell'esecuzione dell'attività di trasporto e smaltimento in discarica del materiale di dragaggio ed al fine di soddisfare le relative condizioni di capacità tecnica.

Il Comune di Viareggio, formalmente avvisato dell'apertura del procedimento di precontenzioso con nota dell'Autorità del 20 marzo 2013, ha trasmesso le proprie osservazioni.

Ritenuto in diritto

Il quesito in epigrafe riguarda il provvedimento di esclusione adottato dal Comune di Viareggio nei confronti dell'a.t.i. Consorzio Stabile Aedars, nell'ambito della procedura aperta per l'affidamento dei lavori di escavazione e dragaggio dei fondali del porto .

L'esclusione, ad avviso dell'Autorità, è illegittima.

In primo luogo, va rilevato che la lex specialis di gara consentiva senza limitazioni la partecipazione in raggruppamento di tipo verticale, al contrario di quanto ritenuto dalla stazione appaltante. In tal senso, il disciplinare di gara prevedeva testualmente che:

- "possono partecipare alla gara i soggetti previsti dall'art. 34 comma 1 del D.Lgs. 163/2006 alle condizioni di cui all'art. 37 del medesimo decreto e ss.mm.ii." (pag. 1);

- "in caso di concorrenti costituiti ex art. 34 comma 1 lett. d), e) ed f) del D.Lgs. 163/2006, i requisiti di ordine speciale devono essere posseduti nella misura di cui all'art. 92 comma 2 del D.P.R. 207/2010 qualora associazioni di tipo orizzontale e nella misura di cui all'art. 92 comma 3 del medesimo D.P.R. se associazioni di tipo verticale" (pag. 2, secondo capoverso);

- nel plico n. 1 contenente la documentazione amministrativa dovesse inserirsi "... in caso di associazione non ancora costituita: Specifica dichiarazione sottoscritta da tutte le imprese che intendono riunirsi, contenente l'impegno a conferire, in caso di aggiudicazione, mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una di esse, qualificata come capogruppo, la quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e delle mandanti. La predetta dichiarazione deve specificare il tipo di A.T.I. prescelta (orizzontale - verticale - mista) con l'indicazione per ogni associata dell'attività che si impegna a svolgere e l'indicazione delle rispettive percentuali dei requisiti documentati. I requisiti di qualificazione SOA dichiarati da ciascuna impresa dovranno essere sufficienti, per categoria e classifica, per la rispettiva quota di lavori" (pag. 4 - paragrafo d). In presenza di clausole che esplicitamente davano atto della possibilità di presentare offerta in associazione temporanea di tipo verticale, la decisione della stazione appaltante è perciò viziata per violazione del disciplinare di gara.

Quanto, poi, alla corretta individuazione dei requisiti speciali di qualificazione, deve rilevarsi che il paragrafo 6) del bando di gara così disponeva: "Categorie di lavori: Cat. Prevalente OG7 per

classifica corrispondente all'intero importo dei lavori. E' richiesta l'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali per l'attività di trasporto a discarica per la Cat. 4 di cui all'art. 8.1 lett. d) del D.M. 28/4/1998, almeno per la classifica D".

Era dunque richiesta una duplice qualificazione: l'attestazione SOA per la categoria di lavori prevalente OG7 (per l'intero importo di euro 1.269.700,00) e l'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali nella categoria 4 (classifica non inferiore a D).

Detta iscrizione è correlata all'attività di trasporto e smaltimento in discarica dei materiali provenienti dall'escavazione e dragaggio dei fondali del porto, rientrante nel novero delle prestazioni elencate dal capitolato speciale d'appalto. Nella specie, si è al cospetto di un appalto misto di lavori (prevalenti sia economicamente che funzionalmente) e servizi (accessori). Non rileva, ai fini della qualificazione giuridica dell'appalto, che nel quadro economico approvato dalla stazione appaltante non siano stati contabilizzati separatamente i servizi dai lavori, quando l'esecuzione dei primi sia comunque caratterizzata da oggettiva autonomia e rientri con certezza negli obblighi contrattualmente posti a carico all'appaltatore.

All'appalto in esame è perciò applicabile la previsione generale dall'art. 15 del Codice dei contratti pubblici, ai cui sensi "L'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal presente codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture prevista dal contratto".

L'importanza dei servizi di trasporto e smaltimento dei materiali di dragaggio, nell'ambito della progettazione e dell'affidamento dei relativi appalti, è stata compiutamente evidenziata dal Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici, in occasione della elaborazione delle "Linee Guida per le problematiche connesse alle attività di dragaggio nei porti e di possibilità e modalità di riutilizzo dei materiali dragati" del 29 maggio 2008.

Accertato che la gara controversa aveva ad oggetto un appalto misto di lavori e servizi, risulta di conseguenza illegittima l'esclusione del consorzio istante, motivata dal Comune di Viareggio unicamente sul presupposto dell'asserita inammissibilità della partecipazione in raggruppamento verticale, in mancanza di categorie SOA secondarie e scorporabili.

Le prestazioni accessorie, legittimamente affidabili all'impresa mandante nella ripartizione interna al raggruppamento, erano infatti costituite proprio dai servizi di trasporto e smaltimento in discarica del materiale di dragaggio. Come è noto, la distinzione tra a.t.i. orizzontali e a.t.i. verticali poggia sul contenuto delle competenze portate da ciascuna impresa raggruppata ai fini della qualificazione ad una determinata gara: in linea generale, 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 una o più imprese provviste della capacità per le prestazioni secondarie scorporabili (cfr., da ultimo: Cons. Stato, ad. plen., 13 giugno 2012 n. 22).

Infine, neppure sul piano sostanziale il provvedimento di esclusione, che è fondato sul solo assunto del divieto di costituire un'associazione temporanea di tipo verticale, risponde ad un apprezzabile interesse della stazione appaltante.

Il Consorzio Stabile Aedars (capogruppo) è infatti in possesso di attestazione SOA per la categoria OG7 - classifica VIII e può assumere, in tal modo, l'esecuzione delle lavorazioni previste dal capitolato d'appalto per l'intero importo. Ugualmente, la Poseidon Service s.r.l. (mandante) è iscritta all'Albo Nazionale Gestori Ambientali per la categoria 4 - classifica C) ed è, pertanto, abilitata ad eseguire per l'intero il servizio di trasporto e smaltimento in discarica dei rifiuti speciali non pericolosi provenienti dai lavori di dragaggio dei fondali del porto.

Risulta dunque rispettata la fondamentale regola codificata nell'art. 37 del Codice dei contratti pubblici, secondo la quale i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento, il che comporta che deve sussistere una perfetta corrispondenza tra quota di lavori o servizi eseguiti dal singolo operatore economico, quota di effettiva partecipazione al raggruppamento e qualificazione economico-finanziaria e tecnico-organizzativa (in giurisprudenza, tra molte: Cons. Stato, sez. III, 16 febbraio 2012 n. 793; Id., sez. V, 8 novembre 2011 n. 5892; Id., sez. V, 19 settembre 2011 n. 5279; Id., sez. III, 15 luglio 2011 n. 4323; Id., sez. III, 11 maggio 2011 n. 2804; Id., sez. VI, 24 gennaio 2011 n. 472; Id., sez. IV, 27 novembre 2010 n. 8253).

Ripudiando ogni formalismo, la giurisprudenza ha altresì chiarito che l'obbligo di specificare le parti di lavori o servizi che saranno eseguite da ciascuna impresa raggruppata deve ritenersi assolto sia in caso di indicazione descrittiva delle singole prestazioni da cui sia evincibile il riparto di esecuzione tra imprese associate, sia in caso di indicazione percentuale della quota di riparto delle prestazioni tra le singole imprese, tenendo conto della natura complessa o semplice dell'oggetto dell'appalto e della sostanziale idoneità delle indicazioni ad assolvere alle finalità di riscontro della serietà ed affidabilità dell'offerta, per consentire alla stazione appaltante di individuare ex ante l'oggetto e l'entità delle prestazioni che saranno eseguite dalle singole imprese raggruppate (così Cons. Stato, ad. plen., 13 giugno 2012 n. 22).

In conclusione, alla luce delle puntuali prescrizioni del disciplinare di gara e dei principi in materia di raggruppamenti temporanei d'impresе, il parere dell'Autorità è nel senso che il Comune di Viareggio abbia illegittimamente escluso l'associazione temporanea capeggiata dal Consorzio Stabile Aedars.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il Comune di Viareggio abbia illegittimamente escluso dalla gara in epigrafe il Consorzio Stabile Aedars, trattandosi nella specie di appalto misto di lavori e servizi per il quale è generalmente ammessa la presentazione di offerta nella forma di associazione temporanea di tipo verticale.

I Consiglieri Relatori: Luciano Berarducci, Alfredo Meocci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 25 ottobre 2013

Il Segretario: Maria Esposito