

Parere n. 236 del 05/11/2008

PREC 244/08/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dalla A.T.I. ICOGI S.p.A. (mandataria) e dalla C.E.C.I.M.S. S.r.l. (mandante) - Appalto per la progettazione esecutiva e realizzazione dei lavori di costruzione di una scuola media di 9+3 aule sita in località "Borghesiana-Pantano" - Municipio Roma VIII. Importo a base d'asta euro 4.975.934,35 - S.A. Comune di Roma.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 29 aprile 2008 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere in oggetto, con cui la costituenda A.T.I. I.CO.G.I. SpA (mandataria) - C.E.C.I.M.S. Srl (mandante) contesta il provvedimento di esclusione dalla gara, assunto dalla S.A. in data 7 marzo 2008 sulla base della motivazione secondo la quale «entrambe le imprese dichiarano di partecipare al raggruppamento nella misura del 50% ciascuna in difformità a quanto previsto dall'art.95, comma 2, ultimo alinea del DPR 554/99».

Da quanto si evince dagli atti allegati, il bando di gara prevede che l'importo dei lavori è pari a € 4.975.934,35, la categoria prevalente è la OG 1, classifica V (per un importo di € 4.274.972,36) e la categoria scorporabile è la OG 11, classifica III (per un importo di € 644.214,73).

Inoltre, il Disciplinare di gara stabilisce al punto 2.1.6 che, in caso di raggruppamenti temporanei di imprese, non formalmente costituiti, occorre presentare una dichiarazione con l'indicazione del tipo di raggruppamento (orizzontale, verticale o misto) e delle quote di partecipazione al raggruppamento medesimo, le quali «devono corrispondere alle qualificazioni possedute ed attestate dalla Soa».

Le imprese I.CO.G.I. SpA e C.E.C.I.M.S. Srl hanno inviato la domanda di partecipazione alla gara, dichiarando di partecipare «come una costituenda Associazione Temporanea di Imprese di tipo orizzontale con le seguenti quote di partecipazione: I.CO.G.I. SpA: 50% C.E.C.I.M.S. Srl: 50% e in caso di aggiudicazione, intendono conferire mandato speciale con rappresentanza e funzione di capogruppo all'Impresa I.CO.G.I. SpA e impresa mandante C.E.C.I.M.S. Srl».

Ora, il raggruppamento istante presenta le seguenti caratteristiche: I.CO.G.I. SpA, capogruppo, con la qualificazione nella categoria prevalente OG 1, classifica V (€ 5.164.569); C.E.C.I.M.S. Srl, mandante, con la qualificazione sia nella categoria prevalente OG1, classifica IV (€ 2.582.284), sia nella categoria scorporabile OG 11, classifica II (€ 516.457).

In sede di contraddittorio documentale, la S.A. ha rappresentato di aver provveduto ad escludere l'A.T.I. istante in adesione all'indirizzo giurisprudenziale prevalente, che richiede una sostanziale coincidenza tra quote di qualificazione, quote di partecipazione al raggruppamento e percentuale di ripartizione nella esecuzione dei lavori, in ossequio al combinato disposto dell'art.37, comma 13, del D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e s.m., e dell'art.95 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e s.m.

Ritenuto in diritto

Appare preliminarmente opportuno chiarire che l'A.T.I. istante, qualificatasi nella domanda di partecipazione alla gara come A.T.I. di tipo orizzontale, sembra configurarsi piuttosto come un'A.T.I. di tipo misto.

È infatti noto che, quando sono previste anche opere scorporabili sono ammissibili tre modelli di A.T.I.: orizzontale (con una distribuzione meramente quantitativa del lavoro appaltato); verticale (quando un'impresa assume i lavori della categoria prevalente e una o più imprese mandanti assumono le opere scorporabili); mista (cioè orizzontale per i lavori prevalenti e verticale per quelli scorporabili).

Come risulta dalla narrativa in fatto e dalle attestazioni di qualificazione delle due imprese, l'impresa capogruppo I.CO.G.I. SpA è qualificata solo nella categoria prevalente OG1, mentre la mandante C.E.C.I.M.S. Srl è in possesso della qualificazione sia nella categoria prevalente OG1 sia nella categoria scorporabile OG 11, assumendo da sola i lavori riconducibili alla suddetta categoria scorporabile. Ne discende che le due imprese hanno creato un'A.T.I. di tipo misto, con la combinazione di una subassociazione orizzontale (costituita ai fini della qualificazione nella categoria

prevalente) e di un'associazione verticale (costituita ai fini della qualificazione nella categoria scorporabile).

Così chiarita la natura dell'A.T.I. istante, occorre passare alla verifica della sussistenza in capo alla stessa dei requisiti minimi di qualificazione separatamente per le due categorie oggetto dell'appalto.

Cominciando l'analisi dalla categoria scorporabile, si rappresenta che - come chiarito dall'Autorità con determinazione n.25/2001 - nelle A.T.I. di tipo misto la mandante che assume lavori nella categoria scorporabile deve possedere la qualificazione nella categoria scorporabile stessa per il relativo importo. Nel caso di specie, la mandante C.E.C.I.M.S. Srl è in possesso della qualificazione nella categoria OG 11, classifica II (€ 516.457), mentre nel bando di gara la categoria scorporabile è la OG 11, classifica III, per un importo di € 644.214,73: è evidente che, anche con l'incremento di un quinto, ex articolo 3, comma 2, del D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34 e s.m., si arriva ad un importo di € 619.748,40, inferiore all'importo richiesto nel bando per la categoria scorporabile e, di conseguenza, la mandante non possiede la qualificazione per assumere le lavorazioni scorporabili.

Anche con riferimento alla categoria prevalente, correttamente la S.A. ha escluso l'A.T.I. istante dalla procedura di gara. Infatti, le due imprese hanno dichiarato di partecipare al raggruppamento nella misura del 50% ciascuna, il che è stato ritenuto dalla S.A. in contrasto con quanto previsto dall'art.95, comma 2, ultimo alinea del D.P.R. n. 554/99 e s.m.

Il thema decidendum consiste nella verifica del possesso maggioritario da parte della mandataria dei requisiti, secondo quanto richiede l'art.95, comma 2, ultimo periodo, del D.P.R. n. 554/99 e s.m., peraltro precisando che il requisito del possesso maggioritario, nel caso di specie, non è riferito all'importo complessivo dei lavori, bensì all'importo della categoria prevalente, giacché «in un appalto [...] le categorie scorporabili determinano, concettualmente, una sorta di suddivisione della prestazione» (CGA, sez. giurisdizionale, 11 aprile 2008, n. 306).

L'Autorità ha già affrontato la problematica in esame con la determinazione n.25/2001 e con il parere n.54 del 22 febbraio 2007, osservando che il periodo «l'impresa mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura maggioritaria» deve essere inteso con riferimento ai requisiti minimi richiesti per la partecipazione allo specifico appalto, in relazione alla classifica posseduta risultante dall'attestazione SOA e spesa ai fini dell'esecuzione dei lavori e non in assoluto. Non è, pertanto, consentito che, al fine di dimostrare da parte della associazione temporanea il possesso del 100% dei requisiti minimi, una mandante abbia una quota di importo superiore o uguale a quella della mandataria, rinvenendosi la ratio della norma nell'esigenza di assicurare che la mandataria sia effettivamente e non astrattamente il soggetto più qualificato in rapporto all'importo dei lavori a base d'asta o, come nella presente fattispecie, della categoria prevalente.

In particolare, il criterio di verifica della «misura maggioritaria» non si identifica nel "contributo potenziale" della capogruppo alla copertura del requisito (cioè nella capacità della mandataria di assumere una quota dei lavori appaltati, da valutare sulla scorta delle qualificazioni da essa possedute), bensì occorre valorizzare il principio di corrispondenza sostanziale tra la quota di qualificazione, la quota di partecipazione all'associazione e quella di esecuzione dei lavori, desumibile dal combinato disposto dell'art. 37 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n.163 e s.m., degli artt.93, comma 4, e 95 del D.P.R. n. 554/1999 e s.m. e dell'art.3 del D.P.R. n. 34/2000 e s.m.

In altri termini, per la verifica dell'osservanza dell'art.95, comma 2, del D.P.R. n. 554/1999, occorre unicamente far riferimento alla misura della classifica di qualificazione concretamente spesa dalle imprese raggruppate ai fini del raggiungimento dei requisiti minimi di ammissione alla gara e tale misura è esattamente segnata dalle rispettive quote di partecipazione al raggruppamento.

In ragione delle osservazioni appena esposte, quando all'A.T.I. partecipano due sole imprese, l'aggettivo maggioritario - che connota la percentuale del possesso dei requisiti da parte della capogruppo - indica che la mandataria deve spendere nella specifica gara una qualifica superiore al 50 per cento dell'importo dei lavori e, quindi, maggiore dell'altra associata, perché solo in tal modo essa potrà possedere anche una qualifica superiore a quella del suo unico associato: la capogruppo deve così partecipare nella misura almeno del 50 per cento più uno dell'importo dei lavori (cfr. CGA, sez. giurisdizionale, n. 306 del 2008 cit.).

Ne segue che, nel caso di specie, l'A.T.I. I.CO.G.I. SpA - C.E.C.I.M.S. S.r.l. non può ritenersi qualificata né nella categoria scorporabile per le ragioni prima esposte né nella categoria prevalente, con riguardo alla quale la mandataria avrebbe dovuto eseguire lavorazioni per almeno il 51 per cento.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene che, nei limiti di cui in motivazione, l'operato del Comune di Roma risulta essere conforme

alla normativa vigente di settore.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data: 12/11/2008