

## **Parere n. 31 del 31/01/2008**

**PREC522/07**

**Oggetto:** istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dal Comune di Sorso - lavori di completamento 1° e 2° e realizzazione 3° lotto dell'urbanizzazione primaria comparto C18- PEEP.

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

### **Considerato in fatto**

In data 2 agosto 2007 il Comune di Sorso ha bandito l'appalto indicato in oggetto, per un importo a base d'asta di € 645.158,33, ripartiti in € 429.383,91 per la categoria prevalente OG3 ed € 215.774,42 per la categoria scorporabile/subappaltabile OG6.

Ai fini della qualificazione, il bando richiedeva il possesso dell'attestazione SOA o dell'attestazione regionale A.R.A., per categorie e classifiche adeguate ai lavori da affidare.

In data 16 ottobre 2007 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere in oggetto con la quale il Comune di Sorso rappresenta la controversia insorta con l'impresa S.P.E.A. s.a.s., seconda classificata in graduatoria, che contesta l'aggiudicazione provvisoria a favore dell'associazione temporanea di imprese Lai Maria Amelia/Vacca Costantino, per i motivi di seguito indicati:

1. la dichiarazione di impegno a conferire mandato collettivo speciale alla capogruppo non è stata inserita nella busta contenente l'offerta economica, così come previsto dal bando di gara;
2. la quota di partecipazione assunta dall'impresa mandante eccede i requisiti dalla stessa posseduti;
3. la dichiarazione di impegno a costituire l'associazione, rilasciata nelle forme dell'autocertificazione, è priva delle fotocopie dei documenti di identità dei dichiaranti.

La Stazione appaltante ha rappresentato:

- sub punto 1): il bando prevede esclusivamente che l'impegno a conferire mandato collettivo speciale deve essere inserito nella documentazione a corredo dell'offerta;
- sub punto 2): le imprese hanno dichiarato che eseguiranno, rispettivamente, il 51 ed il 49 per cento della categoria prevalente, subappaltando le lavorazioni della categoria scorporabile. Dette percentuali corrispondono alle qualificazioni possedute, in quanto la capogruppo è in possesso di attestazione SOA per la categoria OG3, classifica II (€ 516.457) e la mandante è in possesso di attestazione A.R.A. per la categoria OG3 e per la categoria OG6, entrambe in classifica I (€ 154.937);
- sub punto 3): nella documentazione amministrativa a corredo dell'offerta, è comunque presente una fotocopia dei documenti di identità dei dichiaranti.

### **Ritenuto in diritto**

In relazione alla eccezione di cui al punto 1), si evidenzia quanto segue.

L'articolo 37, comma 8, del d. Lgs. n. 163/2006, nel riconoscere la possibilità di presentazione di offerta da parte di raggruppamenti di imprese non ancora costituiti, prescrive che "l'offerta deve essere sottoscritta da tutti gli operatori economici che costituiranno il raggruppamento stesso e contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, gli stessi operatori conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, da indicare in sede di offerta e qualificata come mandatario, il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti."

Per la soluzione della questione sottoposta all'attenzione dell'Autorità, la disposizione normativa di che trattasi deve essere interpretata sotto il profilo formale e sotto il profilo sostanziale.

Il tenore letterale della norma fa espresso ed univoco riferimento "all'offerta" che deve "contenere l'impegno" di che trattasi: secondo le comuni regole ermeneutiche di cui all'articolo 12 delle Disposizioni sulla legge in generale, occorre in primo luogo attribuire alla norma il senso fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse.

Tuttavia, l'applicazione del citato criterio letterale da solo non consente di chiarire l'effettiva intenzione del legislatore di ancorare la dichiarazione di volontà dei concorrenti all'offerta economica, in quanto, giusti i disposti dell'articolo 74, commi 2 e 4, del d. Lgs. n. 163/2006, "le offerte contengono gli elementi prescritti dal bando ", "le dichiarazioni relative ai requisiti soggettivi di partecipazione" e "sono corredate dei documenti prescritti dal bando ", sembrerebbe che la dizione "offerta" possa essere intesa come quell'insieme di dichiarazioni e documenti allegati ( *rectius* a corredo di) all'offerta economica vera e propria, atti a consentire la partecipazione del concorrente alla procedura di affidamento, in assenza dei quali l'offerta stessa non può ritenersi ammissibile.

Occorre, allora, far riferimento alla natura dell'impegno a conferire mandato collettivo speciale, che rappresenta una componente essenziale del consenso negoziale e che trova, nelle procedure ad evidenza pubblica, la sua naturale collocazione nella manifestazione di volontà espressa nell'offerta economica.

Il significato dell'impegno a conferire mandato consiste, infatti, nell'imporre alle imprese ancora non associate di assumere il relativo impegno anche nei confronti della stazione appaltante, e di assumerlo unitamente a quello relativo allo svolgimento della prestazione richiesta per il prezzo offerto.

Detto indirizzo trova conformi pronunciamenti della giurisprudenza amministrativa del Consiglio di Stato che ha ritenuto che "Il senso della norma appare inequivoco: essa si riferisce espressamente alla sottoscrizione dell'offerta; e la "sottoscrizione" dell'offerta si colloca non già sul piano degli atti dichiarativi di conoscenza dell'area da negoziare ma su quello naturalmente proprio alla espressione della volontà contrattuale, volontà che si incentra, nel sistema di pubblica gara, nella indicazione dell'offerta "economica" quale momento qualificante dell'impegno dell'offerente, restando assolutamente a margine, sotto tale profilo - e pur in un contesto concettuale pretesamente "unitario" dell'offerta - la portata degli elementi meramente documentali. Ed è la stessa "offerta sottoscritta" dalle imprese costituenti in A.T.I. - e quindi l'offerta economica - che, nel sistema delineato dal legislatore, deve "contenere l'impegno" a conferire mandato collettivo. Che tale impegno debba essere indicato nel contesto del "documento" che contiene l'offerta costituisce altresì acquisizione della giurisprudenza di questo Consiglio" (sez. IV, 17.2.2004 n. 623; cfr. TAR Calabria, 25/6/2007 n. 855; TAR Sicilia, 3.2.2006 n. 388).

Tenuto conto della previsione normativa in esame, non rileva la circostanza che il bando di gara non riporti una specifica previsione in tal senso e, come nel caso in esame, contenga un generico richiamo all'obbligo che la documentazione a corredo dell'offerta debba contenere l'impegno a conferire mandato collettivo speciale.

Per quanto attiene alle contestazioni riportate ai punti 2) e 3), nel precisare che le relative problematiche sono state affrontate dall'Autorità, rispettivamente, con determinazione n. 25/2001 e con deliberazione n. 85/2007, si evidenzia che detti motivi di doglianza, nel caso di specie, risultano assorbiti.

In base a quanto sopra considerato

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'ammissione alla gara dell'associazione temporanea di imprese Lai Maria Amelia/Vacca Costantino non è conforme all'articolo 37, comma 8, del d. Lgs. n. 163/2006.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Guido Moutier

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 13/02/2008