

## **Parere n. 65 del 25/03/2010**

**Protocollo** PREC 191/09/L

**Oggetto:** Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'A.T.I. D.L.M. Costruzioni s.r.l. (mandataria) e Gregolin Lavori marittimi s.r.l. (mandante) - Lavori di prolungamento della banchina Marinai d'Italia nel Porto di Licata - Importo a base d'asta: € 2.463.436,40 - S.A.: Assessorato Lavori Pubblici Regione Siciliana

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

### **Considerato in fatto**

In data 22 ottobre 2009 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'A.T.I. D.L.M. Costruzioni s.r.l. (mandataria) e Gregolin Lavori marittimi s.r.l. (mandante) ha lamentato l'illegittima esclusione dalla procedura di gara in oggetto, disposta dalla Commissione con la seguente motivazione "L'Impresa capogruppo non possiede nella categoria scorporabile OG7 il requisito minimo di partecipazione (concretamente speso) del 40% e conseguentemente non possiede nella stessa sub-associazione orizzontale i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi in misura maggioritaria". Ciò, in quanto, l'A.T.I. esclusa, dichiarando di volersi costituire in associazione di tipo misto, ha offerto di eseguire i lavori oggetto dell'appalto imputando il 100% delle opere della categoria prevalente OS21 alla capogruppo mandataria (D.L.M. Costruzioni s.r.l.), il 25% delle opere della categoria scorporabile OG7 alla stessa mandataria ed il residuo 75% alla mandante Gregolin Lavori Marittimi s.r.l.

Con nota del 14 ottobre 2009, la capogruppo D.L.M. Costruzioni s.r.l. ha contestato la legittimità del provvedimento di esclusione, "stante che in nessun articolo di legge è previsto che la mandataria capogruppo debba possedere il 40% della categoria scorporabile". In data 20 ottobre 2009, il reclamo è stato respinto, ma con nota del 21 ottobre 2009 la suddetta capogruppo ha proposto nuovamente reclamo, allegando la recente pronuncia del C.G.A. n. 960 del 15 ottobre 2009 ad essa favorevole.

Nello specifico, il bando di gara prevedeva le seguenti categorie e relative classifiche di qualificazione: - "categoria prevalente" OS21, classifica IV (euro 2.582.284) per un importo di euro 2.112.148,59; - "altre lavorazioni di cui si compone l'opera" OG7, classifica II (euro 516.457) per un importo di euro 351.287,81.

Ciò premesso, la capogruppo D.L.M. Costruzioni s.r.l. ha osservato che con la propria qualificazione SOA nella categoria prevalente (OS 21, classifica IV, fino a euro 2.582.284) è in grado di coprire abbondantemente il 40% delle classifiche richieste (2.582.284 + 516.457) pari ad euro 1.239.496 e che, per il fatto di partecipare al 100% dei lavori della categoria prevalente OS21 (cioè per euro 2.112.148,59) ed al 25% dei lavori della categoria OG7 (cioè per euro 87.821,95), partecipa quale mandataria ad un importo complessivo di (2.112.148,59 + 87.821,95) euro 2.199.970,54, pari all'89,31% circa dell'importo complessivo dell'appalto, che ammonta a euro 2.463.436,40. Conseguentemente l'istante ha ritenuto pienamente legittima la propria partecipazione ed errata l'esclusione disposta nei propri confronti dalla Commissione di gara.

A riscontro della richiesta di informazioni formulata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale con nota del 24 novembre 2009, ha svolto le proprie deduzioni la società controinteressata MANTELLI ESTERO COSTRUZIONI S.p.A. che, con nota del 1 dicembre 2009, ha difeso l'operato della stazione appaltante asseritamente fondato sulla corretta interpretazione dell'art. 95, comma 2, del D.P.R. n. 554/1999.

La stazione appaltante, a sua volta, con nota del 11 gennaio 2010, ha citato copiosa giurisprudenza interpretativa della suddetta norma regolamentare (in particolare: C.G.A. n. 251/05 e C.G.A. n. 306/08), al fine di sostenere che, nella fattispecie, l'impresa capogruppo doveva possedere i requisiti di qualificazione in misura maggioritaria sia con riferimento alla categoria prevalente che a quella scorporabile.

### **Ritenuto in diritto**

Appare opportuno rilevare, preliminarmente, che l'A.T.I. D.L.M. Costruzioni s.r.l. (mandataria) e Gregolin Lavori marittimi s.r.l. (mandante), avendo offerto di eseguire i lavori oggetto dell'appalto, imputando il 100% delle opere della categoria prevalente OS21 alla capogruppo mandataria (D.L.M. Costruzioni s.r.l.), il 25% delle opere della categoria scorporabile OG7 alla stessa mandataria ed il residuo 75% alla mandante Gregolin Lavori Marittimi s.r.l. è inquadrabile nel tipo "misto" (art. 37,

comma 6, del D.Lgs. n. 163/2006), poiché presenta struttura “verticale” quanto alla categoria prevalente e struttura “orizzontale” in ordine alla categoria scorporabile. Nel caso di specie, infatti, si viene a realizzare in concreto, con riferimento alla categoria scorporabile, un modello di “sub-associazione di tipo orizzontale”, ossia una distribuzione meramente quantitativa di dette ulteriori lavorazioni tra la capogruppo e la mandante.

Ebbene, per orientamento costante della giurisprudenza amministrativa (in particolare C.G.A. n. 251/05 e C.G.A. n. 306/08, citate anche dalla stazione appaltante ) e di questa Autorità (determinazione n. 25 del 20 dicembre 2001), poiché in caso di A.T.I. miste si vengono a costituire delle sub-associazioni di tipo orizzontale (con riferimento alla categoria scorporabile, come nella specie, o alla categoria prevalente) a tali sub-associazioni si applicano le regole dettate per il modello associativo orizzontale dall’art. 95, comma 2, del D.P.R. n. 554/1999, secondo il quale “Per le associazioni temporanee di imprese...di tipo orizzontale, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara per le imprese singole devono essere posseduti dalla mandataria...nelle misure minime del 40%; la restante percentuale è posseduta cumulativamente dalle mandanti...ciascuna nella misura minima del 10% di quanto richiesto all’intero raggruppamento. L’impresa mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura maggioritaria”.

Ciò premesso, occorre passare alla verifica della sussistenza, in capo all’A.T.I. concorrente nella gara in esame, dei requisiti minimi di qualificazione separatamente per le due categorie oggetto dell’appalto.

Con riferimento alla categoria prevalente OS21, il problema non si pone, atteso che tanto il possesso che la spendita dei requisiti per l’esecuzione dei relativi lavori è totale da parte dell’impresa capogruppo D.L.M. Costruzioni s.r.l. Quest’ultima, però, partecipa anche al 25% delle lavorazioni ricomprese nella categoria scorporabile OG7, mentre il residuo 75% delle stesse è eseguito dalla mandante Gregolin Lavori Marittimi s.r.l., dando così vita ad una sub-associazione di tipo orizzontale con riferimento alla categoria scorporabile.

Il *thema decidendum* consiste, quindi, nella verifica del possesso maggioritario dei requisiti da parte della mandataria in ordine alla categoria scorporabile OG7, secondo quanto previsto dall’art. 95, comma 2, ultimo periodo, del D.P.R. n. 554/99 e s.m..

L’Autorità ha già, in parte, affrontato la problematica in esame con la determinazione n. 25 del 20 dicembre 2001 e con i pareri n. 54 del 22 febbraio 2007 e n. 236 del 5 novembre 2008, 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 concretamente “spesa” ai fini dell’esecuzione dei lavori e non in assoluto, avendo riguardo solo all’importo complessivo dei lavori.

Non è, pertanto, consentito che, al fine di dimostrare da parte della associazione temporanea il possesso del 100% dei requisiti minimi, una mandante “spenda” una quota di importo superiore o uguale a quella della mandataria, rinvenendosi la *ratio* della norma *de qua* nell’esigenza di assicurare che la mandataria sia effettivamente e non astrattamente il soggetto più qualificato in rapporto al complesso dei lavori a base d’asta comprensivo, nella fattispecie, (anche) della categoria OG7. Questo, perché 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 - come sostiene l’istante - 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 D.Lgs. n. 163/2006 e 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.. Proprio al fine di assicurare in concreto tale corrispondenza, il requisito del possesso maggioritario in capo alla capogruppo mandataria non può essere riferito solo all’importo complessivo dei lavori, ma anche all’importo di ciascuna delle singole categorie di cui, come nel caso di specie, risulta composto l’appalto (in tal senso, si vedano, fra le tante, C.G.A., sez. giurisdizionale, n. 306 dell’11 aprile 2008; n. 931 del 12 novembre 2008; n. 97 dell’8 marzo 2005; Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 2007, n. 832 e 11 dicembre 2007 n. 6363).

Peraltro, questa Autorità ha anche avuto modo di precisare che quando all’A.T.I. partecipano due sole imprese - come nel caso di specie - l’aggettivo maggioritario, che connota la percentuale del possesso dei requisiti da parte della capogruppo, indica che la mandataria deve spendere in quella specifica gara una qualifica superiore al 50 per cento dell’importo dei lavori, perché solo in tal modo essa potrà possedere anche una qualifica superiore a quella del suo unico associato (parere n. 236 del 5 novembre 2008) e ciò deve avvenire, in considerazione delle esposte osservazioni, anche con riferimento alle singole categorie, sia prevalenti che scorporabili, di cui l’intervento si compone.

Per tali ragioni, nonostante l’isolato precedente giurisprudenziale (C.G.A. n. 960/2009) di apparente segno contrario invocato dall’istante e citato nelle premesse in fatto, questa Autorità è dell’avviso che l’A.T.I. istante sia stata correttamente esclusa dalla gara di cui trattasi.

In base a quanto sopra considerato

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dalla gara dell'A.T.I. D.L.M. Costruzioni s.r.l. (mandataria) e Gregolin Lavori marittimi s.r.l. (mandante) disposta dalla stazione appaltante è conforme alla *lex specialis* e alla normativa di settore.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 1 Aprile 2010