

Parere n. 90 del 7 maggio 2014

PREC 01/14/L

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da Gasparini Davide Costruzioni S.r.l. – Procedura ristretta per l'affidamento dei lavori di realizzazione del Parcheggio Stazione S. Eufemia - Importo a base di gara: € 3.404.501,34 – S.A.: Brescia Infrastrutture S.r.l.

Procedura ristretta. Raggruppamento temporaneo di imprese e modifiche soggettive in corso di procedura. Avvalimento. Artt. 37, comma 9 e 49, D.Lgs. n. 163/2006.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 13.12.2013 è pervenuta l'istanza con la quale la ditta Gasparini Davide Costruzioni S.r.l., concorrente in A.T.I. con gli operatori economici Impresa Mariolini Roberto Guerino, Goffi Fulvio S.r.l. e C.F.C. Consorzio fra Costruttori Società Cooperativa nell'ambito della procedura ristretta indetta da Brescia Infrastrutture S.r.l. per l'affidamento di lavori di realizzazione del parcheggio stazione S. Eufemia, ha chiesto un parere in merito alla legittimità dell'esclusione dalla gara disposta dalla commissione per mutamento non consentito della composizione del raggruppamento ed illegittimo utilizzo dell'avvalimento.

Nello specifico, dopo la selezione dei candidati richiedenti e l'invito a presentare l'offerta, nel corso della seduta di gara del 29.10.2013, l'A.T.I. suddetta (concorrente 9-L) veniva ammessa con riserva in quanto "... dalla documentazione prodotta dal concorrente n. 9-L si evince che il RTI qualificato in sede di richiesta di partecipazione e successivamente invitato è mutato rispetto al RTI che ha presentato l'offerta. In particolare, è stato sostituito l'operatore economico mandante Energeco S.r.l. con altro mandante C.F.C. Consorzio fra Costruttori Società Cooperativa, ai fini dell'assunzione della categoria scorporabile OG11". Inoltre, il nuovo mandante C.F.C. Consorzio fra Costruttori Società Cooperativa, non possedendo la qualifica nella categoria OG11 per la quale concorre, si è avvalso del requisito di un'impresa terza quale ausiliaria, vale a dire la SE.GI. S.p.A.

Successivamente all'ammissione con riserva, la stazione appaltante, con nota del 14.11.2013, procedeva ad escludere l'ATI dalla gara con provvedimento la cui motivazione indica che "E' stato pertanto sostituito l'operatore economico mandante Energeco s.r.l., con altro mandante, C.F.C. — Consorzio fra costruttori soc. coop., ai fini dell'assunzione della categoria scorporabile OG11 ... Tale modificazione del RTI non appare conforme all'ordinamento. Non è in discussione il caso, peraltro controverso, relativo alla non modificabilità - ovvero ai limiti di modificabilità - del RTI, a partire dal momento della presentazione dell'offerta, poiché la fatispecie in esame riguarda la modifica del RTI tra la fase di qualificazione e la fase di presentazione dell'offerta, nell'ambito delle procedure ristrette ... Nel caso di specie, con l'estromissione (rinuncia, recesso dal RTI o altro comportamento) della mandante Energeco s.r.l., la cui presenza era indispensabile, ha provocato una soluzione di continuità nella qualificazione (intesa come qualificazione idonea per completezza rispetto ai requisiti prescritti dal bando), a nulla rilevando l'intervento della nuova mandante C.F.C. soc. coop. Il motivo di esclusione, dunque, non risiede nel divieto di cui all'articolo 37, comma 9, del Codice dei contratti (che questa Stazione appaltante infatti non invoca), bensì nel principio generale secondo il quale il soggetto prima candidato e poi offerente può subire modifiche nella composizione, ma non può mai far venir meno il cosiddetto "nucleo stabile", cioè quella parte del RTI che, da sola, possiede i requisiti idonei alla partecipazione; principio che appare codificato nell'articolo 62, comma 5, del Codice dei contratti con una duplice condizione: «Le stazioni appaltanti non possono invitare operatori economici che non hanno chiesto di partecipare, o candidati che non hanno i requisiti richiesti» ... In buona sostanza ai fini della sostituzione di una mandante, l'ammissibilità della modifica è subordinata alla condizione che il "nucleo stabile" del R.T.I., inteso come complesso delle imprese raggruppate invitata, senza considerare né l'impresa che recede o rinuncia né l'impresa subentrante, sia in possesso dei requisiti sufficienti alla partecipazione". Si legge, inoltre, nel verbale che "Il nuovo operatore mandante C.F.C. soc. coop., che interviene per conto della propria consorziata AZETA soc. coop., non possiede la qualificazione nella categoria OG11 per la quale concorre, ricorrendo all'avvalimento di un'impresa terza quale ausiliaria (impresa SE.GI. S.p.A.). A giudizio della presente Stazione Appaltante l'avvalimento pare consentito solo se a favore del "concorrente" inteso quale soggetto che presenta offerta e, in caso di Raggruppamento temporaneo, inteso nel suo complesso, mentre si dubita della possibilità di avvalimento a favore di una singola impresa mandante".

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 21.01.2014, non sono pervenute memorie.

Ritenuto in diritto

In materia di composizione dei raggruppamenti temporanei e di loro modifica la norma di riferimento è l'art. 37, comma 9, D.Lgs. n. 163/2006 che dispone: "... Salvo quanto disposto ai commi 18 e 19, è vietata qualsiasi modifica alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di

offerta".

La norma è di chiara applicazione nella procedura aperta, ove il primo contatto tra il concorrente e la stazione appaltante si ha con la presentazione della domanda di partecipazione e della relativa offerta. In tale procedura, infatti, con l'offerta si assume un impegno che, anche sotto il profilo soggettivo, non può più essere modificato (salve le ipotesi eccezionali di cui ai commi 18 e 19). Problemi interpretativi e applicativi si pongono invece nella procedura ristretta ove il primo contatto tra il concorrente e la stazione appaltante si ha con la presentazione della domanda di partecipazione (fase di pre-qualifica) seguita, in caso di ammissione, dall'invito e dalla presentazione dell'offerta.

In quanto la norma prevede che, dopo la presentazione dell'offerta non è più possibile alcuna modifica soggettiva, si è posta la questione se con riferimento alle procedure ristrette siano possibili, in assenza di un divieto normativo, modifiche soggettive dei concorrenti, in particolare con riferimento alle composizioni dei R.T.I.

La giurisprudenza in taluni casi ammette nelle procedure ristrette, a determinate condizioni, una modifica soggettiva dei soggetti invitati a presentare le offerte. Si riscontrano, però, anche orientamenti più restrittivi per quanto anche le tesi più favorevoli si basano su una valutazione in concreto delle fattispecie in un'ottica di contemperamento del principio del favor participationis con il principio della par condicio dei concorrenti.

Un'apertura alla possibilità di modifiche soggettive in fase di pre-qualifica si rinviene nella sentenza del Cons. Stato, Sez. V, 18.04.2001, n. 2335 ove si legge: "la prequalificazione e il conseguente invito alla gara del soggetto selezionato non escludono che quest'ultimo, entro determinati limiti, possa presentare l'offerta aggregando in associazione temporanea altre imprese o sostituendo alcune imprese già aggregate in fase di preselezione (...) tale modifica riguarda l'ipotesi in cui sia stata selezionata una impresa individuale, in possesso di tutti i requisiti per partecipare alla gara. Il legislatore consente che tale ditta, in sede di presentazione dell'offerta, si associi con altre imprese; la prima come capofila, le altre come mandanti. La ratio appare evidente: una tale circostanza non incide negativamente sulla qualificazione del soggetto invitato, ma se mai l'accresce con l'associazione di altri soggetti, in possesso dei necessari requisiti". Ancora, appare di interesse per i principi espressi l'orientamento manifestato dal Cons. Stato, Sez. V, sent. n. 1452/2004 che, nel richiamare il citato precedente (Cons. Stato n. 2335/2001) si è espresso nel senso che "tale pronuncia, al di là della massima, che contiene un'apertura all'evenienza del mutamento soggettivo dell'ATI, è soggetta ad alcune precise limitazioni: 1) il mutamento deve avvenire fra la prequalificazione e la presentazione dell'offerta e non dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta per non incidere sul principio, tendenziale, di invariabilità del soggetto durante la gara; 2) non deve riguardare la capogruppo; 3) non deve incidere negativamente sulla qualificazione del gruppo. In questo caso non sussiste nessuna delle tre condizioni limitative espresse da questa importante precedente decisione del Consiglio di Stato, sicché il mutamento soggettivo diminuisce le garanzie dell'amministrazione, non le rafforza e può determinare un rallentamento della procedura ed un'alterazione della par condicio (in senso analogo sui "valori" rilevanti ai fini del giudizio di ammissibilità del mutamento soggettivo CdS, V, 16/11/1998 n. 1613)". Un ancora più restrittivo orientamento giurisprudenziale esclude in linea di principio la possibilità di modifiche soggettive in vista della presentazione delle offerte da parte dei candidati invitati alla procedura in quanto in possesso dei requisiti di partecipazione, sulla base del richiamo al principio generale di unitarietà della procedura ed al principio della par condicio. In tal senso si è espresso il Cons. Stato (Sez. VI), nella sentenza n. 1267/2006 dove il Collegio ritiene priva di solidità "la premessa da cui tra origine l'intera parabola argomentativa calibrata dalla sentenza appellata, secondo cui la fase della prequalificazione sarebbe nettamente distinta dalla gara vera e propria in modo tale da escludere che prima dell'inizio di quest'ultima vengano in rilievo soggetti qualificabili in senso stretto come competitori ai quali applicare le norme in tema di tutela della concorrenza ed immodificabilità dei soggetti partecipanti. Questa distinzione formalistica tra i due stadi della procedura, tale da comportarne una separatezza strutturale ai fini che qui rilevano, non coglie, infatti, l'essenza della sostanziale unitarietà del procedimento di evidenza pubblica che si apre con la pubblicazione del bando per concludersi con l'aggiudicazione definitiva. Il nesso funzionale che avvince la fase della preselezione e quella della valutazione delle offerte non consente infatti di distinguere la veste dei concorrenti nel senso di ritenere che detta qualifica venga assunta solo all'atto della presentazione dell'offerta a valle della fase della prequalifica e della successiva diramazione delle lettere di invito". Come rilevato da Cons. Stato, Ad. Plen., 4.05.2012, n. 8, secondo l'interpretazione restrittiva "se ne desume il divieto della modifica della compagine soggettiva in corso di gara o dopo l'aggiudicazione, al di fuori dei casi consentiti. Ciò in quanto con la sottoscrizione del mandato da parte di tutte le componenti dell'a.t.i. la stazione appaltante è posta in grado di conoscere i soggetti con cui andrà a contrattare; consentire una modifica della compagine sarebbe lesiva della par condicio, perché comporterebbe una formazione a geometria variabile, adattabile agli sviluppi della procedura di gara. Il principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche, mira a garantire una conoscenza piena da parte delle amministrazioni aggiudicatrici consentendo una verifica preliminare e compiuta dei requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria dei concorrenti, verifica che non deve essere resa vana in corso di gara con modificazioni di alcun genere [Cons. St., sez. V, 7 aprile 2006, n. 1903; Cons. St., sez. V, 30 agosto 2006, n. 5081]".

In linea con la più recente giurisprudenza, l'Autorità nella Determinazione n. 4/2012 si è espressa nel senso che "Anche al di fuori delle ipotesi espressamente normate, deve ritenersi ammissibile il

recesso di una o più imprese del raggruppamento (e non l'aggiunta o la sostituzione), a patto che i rimanenti soggetti siano comunque in possesso dei requisiti di qualificazione per le prestazioni oggetto dell'appalto. Tale limitata facoltà può essere esercitata (cfr. Cons. St., ad.plen. n. 8/2012) a condizione che la modifica della compagine soggettiva, in senso riduttivo, avvenga per esigenze organizzative proprie del raggruppamento o del consorzio e non per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente che recede (sul punto, si veda anche Cons. St., sez. VI, 16 febbraio 2010, n. 842)".

Ciò premesso, con riguardo al caso concreto oggetto di esame, si evidenzia che la modifica soggettiva che ha determinato l'esclusione del R.T.I. istante ha per oggetto la sostituzione di un nuovo operatore economico ad un'altra impresa nel raggruppamento invitato a partecipare laddove l'operatore economico subentrante dovrebbe apportare un requisito essenziale di partecipazione - l'attestazione di qualificazione per la categoria OG11 - avvalendosi tra l'altro del requisito di un'impresa terza ausiliaria.

Ad avviso di codesto Consiglio una tale modifica soggettiva legittima il provvedimento di esclusione adottato dalla stazione appaltante in quanto l'impresa subentrante non soltanto non risulta tra quelle invitate attraverso il R.T.I. inizialmente richiedente di partecipare alla gara, ma deve garantire un requisito di qualificazione che altrimenti le imprese restanti non garantirebbero e vorrebbe, tra l'altro, garantirlo avvalendosi di diverso operatore economico esterno alla procedura. Tale modifica soggettiva appare idonea a compromettere il principio di unitarietà delle procedure di gara così come il principio del buon andamento dell'attività amministrativa sotto il profilo dell'economicità visto che la stazione appaltante dovrebbe svolgere una nuova verifica dei requisiti di partecipazione sussistenti in capo all'impresa subentrante e in generale al R.T.I., verificando altresì la sussistenza dei presupposti per l'avvalimento del requisito relativo alla qualificazione per la categoria OG11. La modifica soggettiva prospettata si ritiene, inoltre, idonea a violare la par condicio tra i soggetti invitati a partecipare alla gara insieme al principio della contestualità e simultaneità della valutazione delle imprese partecipanti alla gara (Cons. Stato, Sez. VI, sent. n. 1267/2006; Cons. Stato, Ad. Plen., n. 8/2012).

Con riguardo, poi, allo specifico motivo di esclusione inherente all'utilizzo dell'avvalimento da parte del singolo raggruppato, anche se quanto sopra enunciato appare idoneo a ritenere giustificato il provvedimento di esclusione adottato dalla stazione appaltante, si ritiene comunque opportuno osservare sotto un profilo generale che questa Autorità con Determinazione n. 2/2012 ha espressamente stabilito che "L'art. 49 del Codice fa un richiamo espresso al "raggruppato" nell'ambito di coloro che possono utilizzare l'avvalimento. La norma va interpretata, coerentemente con la ratio dell'istituto diretta a favorire la più ampia partecipazione delle imprese alle gare, nel senso che il raggruppamento, inteso non quale soggetto unitario, ma quale unione di soggetti distinti, possa soddisfare i requisiti di capacità richiesti avvalendosi di più imprese ausiliarie rispetto a tutte le imprese che lo compongono.". Analogamente il T.A.R. Lazio Roma Sez. II bis, 18-09-2013, n. 8322 ha affermato che "L'art. 49, c. 6, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice degli appalti), anche se su un piano meramente letterale sembra limitare il ricorso all'avvalimento, per acquisire il requisito della qualificazione Soa, ad una soltanto delle imprese concorrenti, va interpretato nel senso più favorevole alla massima partecipazione alla gara con la conseguenza che, nel caso di riunioni temporanee d'imprese, ciascuna impresa associata (mandataria e mandanti) ha diritto ad utilizzare "uti singula" l'istituto dell'avvalimento al fine di integrare i requisiti, richiesti dal bando di gara, dei quali risultati sprovvista, dovendo il suddetto limite intendersi riferito all'Ati come concorrente nel suo complesso".

In conclusione, si ritiene che la ditta Gasparini Davide Costruzioni S.r.l., concorrente in A.T.I. con le ditte Impresa Mariolini Roberto Guerino, Goffi Fulvio S.r.l. e C.F.C. Consorzio fra Costruttori Società Cooperativa dovesse essere esclusa dalla gara in quanto la modifica soggettiva del R.T.I. intervenuta dopo la fase di pre-qualifica ed in vista della presentazione delle offerte appare contraria ai principi generali della disciplina di settore.

Tutto ciò premesso e considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la ditta Gasparini Davide Costruzioni S.r.l., concorrente in A.T.I. con le ditte Impresa Mariolini Roberto Guerino, Goffi Fulvio S.r.l. e C.F.C. Consorzio fra Costruttori Società Cooperativa dovesse essere esclusa dalla gara in quanto la modifica soggettiva del R.T.I. intervenuta dopo la fase di pre-qualifica ed in vista della presentazione delle offerte appare contraria ai principi generali della disciplina di settore.

Il Vice Presidente: Sergio Gallo

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 22 maggio 2014

Il Segretario: Maria Esposito