

Parere n. 50 del 19 marzo 2014

PREC 201/13/L

Oggetto: Istanze di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentate dalla EDILGE COSTRUZIONI S.r.l. e dalla DE SANTO COSTRUZIONI S.a.s. - "Procedura aperta per l'appalto delle opere di recupero e trasformazione area in Via Foro Boario - Opere edili relative a n. 5 immobili: edifici A-B-D-L-M" - Data di pubblicazione del bando: 20.3.2013 - Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso - Importo a base d'asta: euro 2.714.781,51 - S.A.: Comune di Brescia.

ATI e sub-raggruppamenti orizzontali. Art. 92 del D.P.R. n. 207/2010. Possesso maggioritario dei requisiti da parte della mandataria e misura minima del 10% in capo a ciascuna mandante da riferire alla categoria di lavori considerata e non all'appalto nel suo complesso.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 23 luglio 2013 e in data 26 luglio 2013, sono pervenute le istanze di parere in epigrafe, con le quali le società istanti, partecipanti alla gara in oggetto, evidenziano rispettivamente quanto segue. La società EDILGE COSTRUZIONI deduce che, con comunicazione in data 27.6.2013, il Comune di Brescia ha reso noto l'avvio del procedimento di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione dell'appalto in oggetto, precedentemente disposta in favore della medesima. La S.A. - in linea con le conclusioni della società Cognolato srl che aveva preavvisato ricorso giurisdizionale, chiedendo l'esclusione dalla gara dell'ATI FALVO COSTRUZIONI - DE SANTO COSTRUZIONI e la conseguente aggiudicazione a sé medesima per effetto della modifica della soglia di anomalia - aveva avviato il procedimento in autotutela basando l'esclusione predetta sui seguenti motivi: illegittima ammissione alla gara della suddetta ATI, in quanto la qualificazione SOA nella categoria prevalente OG2, classifica I, corrispondente ad un importo di euro 258.000,00, della mandante DE SANTO, al momento della presentazione dell'offerta, non avrebbe consentito alla stessa di soddisfare né la quota di esecuzione dichiarata in sede di offerta, pari al 19%, né i requisiti richiesti nella percentuale minima del 10%, dell'importo complessivo delle opere oggetto dell'appalto, ai sensi del combinato disposto degli artt. 61 e 92, comma 2, del DPR n. 207/2010.

Ribatte la società istante che i suddetti motivi sono privi di fondamento, in quanto l'asserita insufficienza della classifica nella categoria prevalente OG2, cl. I, della DE SANTO rispetto alla percentuale di esecuzione pari al 19% non sussiste se riferita correttamente alle sole prestazioni da realizzarsi da parte della medesima mandante ricadenti nella sola categoria predetta, di importo complessivo pari a euro 1.354.606,47 ($1.354.606,47 \times 19\% = 257.375,23$).

Parimenti privo di pregio sarebbe, ad avviso dell'istante, anche il secondo rilievo, posto che la capogruppo FALVO possiede una attestazione SOA per la categoria prevalente OG2, con classifica IV, e quindi risulta qualificata per lavori fino ad euro 3.098.400,00, applicando l'incremento del quinto ex art. 61 del DPR n. 207/2010. Tale importo, inoltre, coprirebbe l'intero importo dei lavori da aggiudicare (pari a 2.714.781,51 euro) e, pertanto i requisiti relativi alle categorie scorporabili-subappaltabili, non posseduti dall'ATI, risulterebbero comunque posseduti con riferimento alla categoria prevalente, così come consentito dallo stesso art. 92 del regolamento citato.

In sostanza, quindi, secondo l'istante, i lavori della categoria prevalente vengono assunti dalle due società componenti il raggruppamento, mentre all'esecuzione dei lavori delle categorie scorporabili provvede la sola società capogruppo; quest'ultima risulta classificata nella categoria prevalente, nonché nelle categorie scorporabili e subappaltabili per mezzo della stessa prevalente, per la quale possiede una classifica tale da coprire l'intero importo contrattuale; la stessa mandataria ha inoltre dichiarato che avrebbe eseguito i lavori riconducibili alla categoria prevalente per una quota pari all'81% e le altre categorie per l'intero importo (per la OS18 è stato dichiarato il subappalto per il 100%); la società mandante avrebbe eseguito invece i lavori della categoria prevalente per un importo corrispondente al 19% per il quale, come detto, possedeva adeguata qualifica.

Ciò posto, l'istante chiede a questa Autorità di esprimersi in ordine alla corretta interpretazione dell'art. 92, comma 2, del D.P.R. n. 207/2010 e cioè se, nel caso di specie, la percentuale minima del 10% ivi indicata debba essere riferita soltanto all'importo dei lavori facenti parte della categoria prevalente, ovvero all'importo dell'intero appalto.

La società DE SANTO COSTRUZIONI deduce di avere avuto comunicazione dell'esclusione dalla gara e di avere inviato alla S.A. le proprie osservazioni unitamente alla Società FALVO COSTRUZIONI, con le quali ha contestato l'esclusione predetta per gli stessi motivi sopra esposti.

All'istruttoria procedimentale, formalmente avviata da questa Autorità, hanno fatto seguito le deduzioni della S.A., che ha difeso il proprio operato ai sensi del citato art. 92, comma 2, del D.P.R. n. 207/2010, e quelle omologhe della società COGNOLATO S.r.l., cui è stato aggiudicato l'appalto per effetto dell'esclusione dell'ATI FALVO-DE SANTO.

La società COGNOLATO aggiunge ai motivi di esclusione dell'ATI l'"intervenuta carenza di requisiti SOA per perdita della qualificazione in OG2 da parte dell'azienda mandante DE SANTO COSTRUZIONI". Trattasi di un elemento (attestato SOA asseritamente scaduto in data 23.3.2013 e

cioè ben quaranta giorni prima del termine di scadenza per la presentazione delle offerte; in data 3.7.2013 la DE SANTO avrebbe ottenuto una nuova certificazione SOA dalla quale non si evincerebbe il possesso della qualificazione in OG2) che, non formando oggetto della richiesta di parere e restando privo di riscontro documentale agli atti, questa Autorità rimette all'accertamento della S.A..

Ritenuto in diritto

I lavori di cui si compone l'intervento in oggetto, nella sola categoria prevalente OG2 ammontano ad euro 1.354.606,47.

La società mandataria FALVO è qualificata con propri requisiti, essendo in possesso di adeguata attestazione SOA per la categoria prevalente OG2, nella classifica IV, che garantisce e copre tutto l'importo dei lavori in appalto e ha presentato offerta quale capogruppo di un costituendo RTI con l'impresa mandante DE SANTO, la quale si dichiara qualificata con attestazione SOA per la categoria prevalente OG2, nella classifica I.

Come indicato nell'atto di impegno a costituire l'ATI, allegato alla documentazione di gara, la suddivisione delle quote di esecuzione di lavori tra i componenti del costituendo raggruppamento, fa riferimento alle sole lavorazioni della categoria prevalente OG2: FALVO 81% di euro 1.354.606,47 = euro 1.097.231,24; DE SANTO 19% di euro 1.354.606,47 = 257.375,23.

E', dunque, indubbio che la suddivisione dei lavori tra le due imprese riguardava solo la categoria prevalente.

Invero, la società mandataria FALVO, qualificata nella categoria prevalente OG2 e nelle categorie scorporabili subappaltabili OS7 (euro 625.527,89) - OS6 (euro 353.735,54) - OS18/A (euro 380.911,61), riconducibili alla prevalente, avrebbe eseguito le lavorazioni della categoria prevalente per l'81%, nonché le lavorazioni delle categorie scorporabili-subappaltabili, mentre la società mandante DE SANTO avrebbe eseguito le lavorazioni della sola categoria prevalente per il 19%, essendo qualificata per la medesima quota di partecipazione.

Sicché il costituendo raggruppamento era in grado di partecipare all'appalto - salva la facoltà di subappaltare completamente le opere scorporabili - considerato peraltro che l'obbligo di dichiarare in sede di offerta le ripartizioni interne al raggruppamento ha senso solo per quei lavori che sarà lo stesso raggruppamento a compiere direttamente e considerato altresì che l'entità delle opere scorporabili trovava comunque capienza nella qualificazione posseduta dalla società FALVO. In tal senso, da ultimo, è anche la determinazione di questa Autorità n. 4 del 10 ottobre 2012, recante "BANDO-TIPO. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici" la quale, nello stilare le norme che le stazioni appaltanti devono tenere in fase di stesura dei bandi di gara, rammenta che, come voluto dall'art. 92 del D.P.R. n. 207 del 2010, "i requisiti relativi alle categorie scorporabili [eventualmente] non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente".

Ciò posto, l'art. 37, comma 6, D.Lgs. 163/2006 espressamente prevede la possibilità della costituzione di un'ATI mista, definendola come quel raggruppamento temporaneo di imprese nel quale i lavori riconducibili alla categoria prevalente o alle categorie scorporabili possono essere assunti da imprenditori riuniti in un raggruppamento temporaneo orizzontale.

È, pertanto, assolutamente coerente con questo dato normativo che la disciplina delle ATI orizzontali si applichi anche ai sub-raggruppamenti orizzontali all'interno di un'ATI mista.

Giacché, quindi, detto sub-raggruppamento orizzontale potrà essere costituito sia per la categoria principale che per ciascuna delle categorie scorporabili, è evidente che tanto il possesso maggioritario dei requisiti da parte della mandataria quanto la misura minima degli stessi del 10% che deve essere posseduta da ciascuna mandante, ai sensi del secondo comma dell'art. 92 del DPR n. 207/2010, vada riferito alla categoria di lavori considerata (quella principale, nella fattispecie) e non all'appalto nel suo complesso.

L'Autorità, con il Parere n. 76 del 16 maggio 2012, nel richiamare precedenti atti (*determinazione n. 25 del 20 dicembre 2001 e pareri n. 54 del 2007, n. 236 del 2008, nn. 65, 80 e 203 del 2010*), ha evidenziato che l'espressione «l'impresa mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura maggioritaria» debba essere intesa con riferimento ai requisiti minimi richiesti per la partecipazione allo specifico appalto, e non in assoluto. Non è pertanto consentito che 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 non al complesso dei lavori a base d'asta, ma in rapporto a ogni singola categoria. Proprio al fine di assicurare in concreto tale corrispondenza, il requisito del possesso maggioritario in capo alla capogruppo mandataria non può essere riferito all'importo complessivo dei lavori, ma all'importo di ciascuna delle singole categorie di cui risulta composto l'appalto.

La stessa esigenza che giustifica per l'ATI orizzontale la previsione del possesso di una percentuale maggioritaria dei requisiti in capo alla mandataria si rinviene anche nel caso in cui si abbia una sub-raggruppamento orizzontale all'interno di un'ATI mista.

L'ATI, infatti, ha proprio la finalità di consentire alle imprese di cumulare i requisiti di natura tecnica ed economica e finanziaria, aventi carattere oggettivo (cfr. deliberazione AVCP n. 265 del 26.7.2007). Detti requisiti, in caso di ATI (o di sub-ATI) orizzontale, non possono che riferirsi a ciascuna specifica categoria di lavori (quella prevalente o quelle scorporabili).

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, non conforme alla normativa di settore l'operato della S.A.
Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la cancelleria del Consiglio in data 2 aprile 2014
Il Segretario Maria Esposito