

Prot. n. 322/C/2018

Preg.mi Sigg.
Titolari e/o Legali Rappresentanti
delle Imprese associate
LORO SEDI

Ragusa, 20 Novembre 2018

Oggetto: **Appalti pubblici: la qualificazione nelle ATI miste .**

Nelle ATI miste, accanto alla impresa capogruppo mandataria dell'intero raggruppamento, deve individuarsi un'ulteriore impresa mandataria che, nell'ambito del sub-raggruppamento relativo ai lavori scorporabili, è soggetta alle stesse regole generali previste per la capogruppo, inclusa quella che le impone di possedere almeno il 40% dell'importo dei lavori nella categoria di riferimento.

È quanto emerge dalla sentenza 15 ottobre 2018, n. 5919, della sez. VI del Consiglio di Stato, che si esprime anche, su un secondo aspetto, negando la possibilità di soccorso istruttorio per la modifica delle singole quote dell'ATI.

Su quest'ultima questione bisognerà tuttavia attendere la decisione dell'Adunanza Plenaria.

1) Applicazione delle percentuali minime nelle ATI

La partecipazione in forma congiunta di più imprese associate alla realizzazione di opere di una categoria scorporabile implica necessariamente la formazione di un raggruppamento misto. Tale tipologia di raggruppamento implica l'innesto su un modello associativo di tipo verticale (e, quindi, presuppone un bando di almeno una categoria scorporabile), di un'associazione di tipo orizzontale ai soli fini della realizzazione congiunta delle opere della categoria scorporabile.

In tal caso, la qualità di mandataria del sub-raggruppamento orizzontale (relativo alla categoria di lavori scorporabili) è assunta dall'impresa che assume una quota percentuale di lavori superiore rispetto alle altre componenti del sub-raggruppamento ossia l'importo maggiore di lavori assegnati (art. 92, comma 2, d.P.R. n. 207/2010).

Di contro, secondo Il Consiglio di Stato, a nulla rileva:

1. che le altre raggruppate (del sub-raggruppamento), assuntrici delle restanti quote di partecipazione/esecuzione, possano possedere, in astratto, un'attestazione SOA superiore;
2. la mancanza di un'indicazione espressa della mandataria del sub-raggruppamento da parte del concorrente, poiché deve farsi riferimento unicamente al dato sostanziale sopra evidenziato.

Ritiene, al riguardo, il Collegio che – in difetto di una disposizione speciale derogatoria– anche nel sub-raggruppamento di tipo misto vi sia la verifica del possesso della qualificazione della mandataria del sub-raggruppamento nella misura minima del 40% (prevista per tutti i raggruppamenti orizzontali), con riferimento alla singola categoria scorporabile della cui realizzazione questa è partecipe unitamente a una o più mandanti.

Tale interpretazione, secondo il Consiglio di Stato garantisce «la capacità e l'affidabilità delle imprese che assumono il ruolo di capogruppo mandataria non solo sotto profilo economico-finanziario (costituente solo uno degli aspetti cui si ricollega il regime di responsabilità solidale della mandataria correlate ai rischi connessi all'esecuzione dei lavori, fino all'estinzione di ogni rapporto [...]), ma anche sotto il profilo tecnico-organizzativo, in funzione dell'eventuale esecuzione diretta delle opere in caso di inadempimento di una delle imprese mandanti».

Parimenti, il requisito minimo di qualificazione in capo alle mandanti (10%) «assolve alla funzione di evitare un'eccessiva polverizzazione delle imprese riunite in raggruppamento onde prevenire il connesso rischio di un'elusione delle garanzie di qualità nell'esecuzione delle opere, e di garantire l'esatto adempimento, 'in prima battuta', delle opere appaltate».

La Sez. VI del Consiglio di Stato ritiene, quindi, che accanto alla impresa capogruppo mandataria dell'intero raggruppamento - la quale si assume la responsabilità complessiva dei lavori e la rappresentanze di tutte le imprese riunite nei confronti della stazione appaltante - debba d'individuarsi un'ulteriore impresa mandataria nell'ambito del sub-raggruppamento relativo ai lavori scorporabili. Infatti, solo con tale impostazione si riconosce la preminenza dell'interesse pubblico primario alla esatta, compiuta e tempestiva esecuzione delle opere scorporabili e l'aggiunta di un ulteriore soggetto solidalmente responsabile nei confronti della stazione appaltante.

2) La qualificazione nelle ATI

Le imprese devono di stabilire nell'offerta «entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato» le quote di partecipazione al raggruppamento e le quote di esecuzione.

Le singole imprese devono 'coprire' la quota di partecipazione dichiarata nell'offerta, nel senso che i requisiti di qualificazione alla gara (ossia le classifiche SOA) rispetto alla quota dichiarata:

1. possono essere posseduti in eccesso, ma non in difetto;
2. devono rispettare i requisiti minimi stabiliti, rispettivamente per la mandataria e per le mandanti.

Pertanto, in altra occasione, è stato osservato che, seppure la normativa sugli appalti non richiede più la corrispondenza tra le quote di partecipazione al raggruppamento e le quote di esecuzione dei lavori, il singolo concorrente raggruppato deve essere qualificato ad eseguire la quota di lavori che ha dichiarato di volere

assumere in sede di partecipazione alla gara (cfr. Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. I, sent. 6 marzo 2018, n. 206).

Non è stato, invece, ritenuto privo della qualificazione, la mandataria che - in un recente caso affrontato dalla giurisprudenza di merito - aveva indicato erroneamente una qualificazione inferiore a quella realmente posseduta, dovendosi peraltro ritenere eventuali disposizioni espulsive della legge di gara in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione e quindi nulle (Consiglio di Stato, sez. V, sent. 19 febbraio 2018, n. 1026).

Tornando alla sentenza in commento, dalla necessaria qualificazione di ogni singolo componente del raggruppamento può evincersi che le quote di partecipazione indicate nell'offerta non possono ritenersi modificabili ex post - tramite soccorso istruttorio - per sopperire ad eventuali carenze di qualificazione, a pena di incorrere nella violazione dei principi della par condicio fra i concorrenti e di trasparenza.

Devono, invece, ritenersi modificabili le quote di esecuzione dichiarate nell'offerta - che, ormai, non devono più coincidere con le quote di partecipazione - «previa autorizzazione della stazione appaltante che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate».

3) Rimessione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato

Nonostante la Sezione VI della Consiglio di Stato nella sentenza in commento escluda qualsiasi forma di soccorso istruttorio, dopo appena due giorni la Sezione V ha ritenuto di non potersi esprimere in un caso in cui un raggruppamento nel suo insieme - ma non singolarmente - era in possesso di requisiti di qualificazione sufficienti a coprire l'intera quota di esecuzione dei lavori.

Quest'ultima ha, pertanto, rimesso all'Adunanza Plenaria la questione sia consentito ad un'impresa componente un raggruppamento temporaneo di imprese che possieda il requisito di qualificazione in misura insufficiente per la quota di lavori dichiarata in sede di presentazione dell'offerta, di ridurre la propria quota di esecuzione, così da renderla coerente con il requisito di qualificazione effettivamente posseduto (ord. 18 ottobre 2018, n. 5957).

L'Adunanza plenaria dovrà quindi decidere scegliendo tra due orientamenti contrapposti:

- quello che riferisce la qualificazione alle singole imprese facenti parte del raggruppamento stesso ed esclude che il requisito di qualificazione possa essere soddisfatto dal raggruppamento complessivamente considerato, dovendo invece ciascuna impresa del raggruppamento essere adeguatamente qualificata in relazione alla specifica parte del lavoro che assume (ex multis, oltre la sentenza del C.d.S. n. 5919/2018 in commento, cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sent. 2 luglio 2018, n. 4036);
- quello che, ritiene che già in sede di offerta sia possibile modificare le quote di esecuzione al fine di renderle coerenti con i requisiti di qualificazione posseduti, salvo verifica di compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti, ciò anche al fine di privilegiare il dato sostanziale di qualificazione da parte del raggruppamento e in

un'ottica comunque di favor participationis (cfr., ex multis, Consiglio di Stato, sez. V, sent. 2 luglio 2018, n. 4036).

Nel caso in cui venga scelta la seconda opzione, occorrerà definire le modalità, le condizioni e i limiti entro cui può ammettersi la suddetta modifica delle quote.

Deve invece ritenersi scontato che l'eventuale riduzione della quota di esecuzione in capo ad una delle imprese del raggruppamento debba essere compensata dall'attestazione (rectius qualificazione) sovrabbondante di altro componente dello stesso raggruppamento..

Cordialità

ANCE RAGUSA
II VICE PRESIDENTE
(Geom. Giovanni Bonometti)

