

Appalti di lavori e raggruppamenti temporanei di tipo verticale: conflitto apparente tra mandataria e mandanti

Negli appalti di lavori, in presenza di più categorie oltre alla prevalente possono partecipare raggruppamenti temporanei di operatori economici, sia di tipo orizzontale che di tipo verticale. [1]

In linea di massima, nella maggior parte dei casi non sussistono problemi particolari in quanto l'impresa mandataria assume i lavori della categoria prevalente mentre le imprese mandanti assumono i lavori delle categorie scorporabili, dando luogo al raggruppamento di tipo verticale. [2]

Tale impostazione può essere declinata in varie subordinate, ad esempio:

- a) la mandataria può assumere anche una o più categorie scorporabili;
- b) un'impresa mandante o più imprese mandanti, oltre alle categorie scorporabili possono assumere anche una quota minoritaria della categoria prevalente;
- c) più imprese mandanti, eventualmente anche insieme all'impresa mandataria, possono assumere una categoria scorporabile dando luogo a un raggruppamento orizzontale (in realtà un "sub-raggruppamento" orizzontale) nell'ambito del raggruppamento verticale.

Nei casi sub. a) e sub. b) siamo in presenza di due tipologie di raggruppamento temporaneo "misto", dove convivono forme di associazione orizzontale e forme di associazione verticale nello stesso raggruppamento verticale concorrente. [3]

Le due disposizioni del Codice dei contratti che disciplinano i raggruppamenti (o meglio, la distribuzione dei requisiti e dei lavori da eseguire nell'ambito dei raggruppamenti) sono:

- a) l'articolo 48, comma 1 e comma 6, che recitano rispettivamente: **«1. Nel caso di lavori, per raggruppamento temporaneo di tipo verticale si intende una riunione di operatori economici nell'ambito della quale uno di essi realizza i lavori della categoria prevalente; per lavori scorporabili si intendono i lavori ... assumibili da uno dei mandanti ... »** e **«Nel caso di lavori, per i raggruppamenti temporanei di tipo verticale, i requisiti di cui all'articolo 84 ... devono essere posseduti dal**

¹ In realtà i raggruppamenti temporanei di tipo verticale possono sussistere solo in presenza di una pluralità di categorie.

² Per semplicità espositiva, con il verbo "assumono" si intende che "apportano" i requisiti pertinenti i lavori ed "eseguono" i lavori per i quali apportano i requisiti.

³ Art. 48, comma 6, secondo periodo, del Codice: «I lavori riconducibili alla categoria prevalente ovvero alle categorie scorporate possono essere assunti anche da imprenditori riuniti in raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale».

mandatario per i lavori della categoria prevalente e per il relativo importo; per i lavori scorporati ciascun mandante deve possedere i requisiti previsti per l'importo della categoria dei lavori che intende assumere e nella misura indicata per il concorrente singolo ...».

b) l'articolo 83, comma 8, terzo periodo, che recita ***«La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria»;***

Le due disposizioni possono confliggere, almeno in apparenza, nel caso in cui in un appalto siano previste categorie scorporabili l'importo complessivo delle quali, restituisce una somma superiore all'importo della categoria prevalente.

Un esempio può chiarire la fattispecie:

Appalto di lavori di euro 2.500.000 complessivi, di cui:

--- categoria prevalente OG1 per euro 1.000.000;

--- categoria scorporabile OS28 per euro 600.000;

--- categoria scorporabile OS30 per euro 450.000;

--- categoria scorporabile OS32 per euro 450.000.

L'impresa mandataria assume la categoria prevalente e solo la categoria prevalente OG1.

Se tre diverse imprese mandanti assumono ciascuna una categoria scorporabile: *nulla quaestio*. La condizione di "maggioritaria" attribuita alla mandataria è rispettata dal momento che non è controverso che per "maggioritaria" non si intende superiore al 50% bensì superiore a ciascuna delle mandanti. [4]

Ma se una delle imprese mandanti in verticale assumesse due delle categorie scorporabili o addirittura tutte e tre le categorie scorporabili, si troverebbe nella "scomoda" situazione di apportare i requisiti ed eseguire i lavori in misura superiore (e, in termini di valori assoluti, in misura maggiore) a quanto attribuito alla mandataria, con apparente violazione del citato articolo 83, comma 8, che impone la condizione di maggioritaria all'impresa mandataria. Se così fosse si giungerebbe alla conclusione palesemente irragionevole secondo la quale il ruolo di mandataria sarebbe assunto da un'impresa che non si qualifica e non esegue la categoria prevalente (che resta, comunque la si voglia vedere, la categoria che qualifica la natura dell'appalto). Senza contare che nella stessa gara ci si troverebbe nella situazione abnorme dove alcuni raggruppamenti offerenti si presentano con

⁴ *Incidentalmente l'articolo 92, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010, ancora vigente sul punto nel periodo transitorio, fa coincidere la misura maggioritaria con il 40% nei raggruppamenti temporanei orizzontali, mentre il comma 3 fa coincidere implicitamente la misura maggioritaria con l'importo della categoria prevalente che dovrebbe essere "naturalmente" maggioritario in quanto più elevato rispetto a quello delle altre categorie (secondo la definizione di cui all'articolo 108, comma 1, terzo periodo, del d.P.R. n. 207 del 2010, ora abrogato e sostituito dall'articolo 3, comma 1, lettera oo-bis) del Codice).*

la mandataria qualificata nella categoria prevalente e altri che si presentano con la mandataria qualificata nelle categorie scorporabili.

Certamente è facile (o troppo facile) sostenere che sarebbe sufficiente che la mandataria si qualificasse oltre che nella categoria prevalente anche in almeno una delle categorie scorporabili (o parzialmente in una delle categorie scorporabili) in modo da ripristinare la condizione di maggioritaria. Ma questa soluzione non può essere condivisa in quanto espellerebbe dalla possibilità di concorrere tutte le imprese qualificate nella sola OG1, contraddicendo i principi di massima partecipazione, di libertà organizzativa (articoli 19 e 63 della Direttiva) e, non ultimo, il principio incardinato nell'articolo 48 del Codice.

Senza contare lo sconvolgimento del regime delle responsabilità (solidale per l'impresa mandataria e limitata alle proprie prestazioni per le imprese mandanti) e, da un punto di vista strettamente pratico, l'emissione di un CEL (Certificato di esecuzione dei lavori) dove le posizioni di mandataria e mandante risulterebbero invertite.

La conciliazione tra le due norme apparentemente confliggenti (articolo 48 che attribuisce la categoria prevalente all'impresa mandataria e articolo 83 che impone la misura maggioritaria alla stessa impresa mandataria) non può che passare per l'esame delle stesse condizioni con riferimento alle categorie che compongono l'appalto e non all'appalto nel suo insieme, nel senso che il riferimento alla "misura maggioritaria" è riferito alle singole categorie; nel caso in esempio la mandataria è di per sé maggioritaria qualificandosi in OG1, mentre le mandanti sono qualificate nelle scorporabili e la circostanza che le categorie scorporabili siano assunte da un'unica impresa mandante è puramente incidentale e tale mandante deve essere trattata, ai fini della qualificazione e dell'esecuzione, come concorrente in vesti distinte per ciascuna categoria (tanto che la stessa mandante andrebbe definita nella prassi come "un'associazione con sé stessa").

Le condizioni esposte, *mutatis mutandis*, possono riferirsi anche agli appalti di servizi, qualora la stazione appaltante, nella documentazione di gara, abbia distinto i servizi tra prestazione principale e prestazioni secondarie. [5]

⁵ Se il bando di gara non prevede tale suddivisione non sussiste la possibilità di costituire un raggruppamento temporaneo di tipo verticale o misto e, come noto, limitando la fattispecie al raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale, non vi sono possibilità di equivoci nell'applicazione delle due disposizioni oggetto delle presenti note.