



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Delibera n. 227 del 1 marzo 2017

OGGETTO: Istanza congiunta di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da RTI Ecosfera Servizi S.r.l./Conmar S.c.a.r.l./Graded S.p.A. e Consip S.p.A. – Gara per l'affidamento del Servizio Integrato Energia e dei Servizi connessi per le Pubbliche Amministrazioni, ed. 4, ai sensi dell'art. 26 l. 488/1999 e art. 58 l. 388/2000: Importo a base di gara: euro 1.845.000.000,00 — S.A.: Consip S.p.A.

PREC 49/17/S

Consorzio stabile – esecuzione in proprio – possesso della certificazione di qualità ai fini della dimidiazione della cauzione

E' illegittima la clausola del disciplinare di gara che impone ai consorzi stabili che non hanno indicato consorziate esecutrici di possedere in proprio la certificazione di qualità ai fini del beneficio della dimidiazione della cauzione.

Artt. 34, comma 1, lett. c), 36, 75 e 113 d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163

Considerato in fatto

Il disciplinare della gara per l'affidamento del Servizio Integrato Energia e dei Servizi connessi per le Pubbliche Amministrazioni, bandita da Consip S.p.A. sotto il vigore del d.lgs. n. 163/2006, dispone che, in caso di partecipazione di consorzi stabili, il possesso della certificazione di qualità dà luogo alla riduzione del 50% delle cauzioni, provvisoria e definitiva, «solo nel caso in cui il Consorzio sia in possesso della predetta certificazione».

Alla gara ha partecipato il costituendo RTI Ecosfera Servizi S.r.l. (mandataria) - Consorzio stabile Marchese società consortile a.r.l. (Consorzio Conmar) - Graded S.p.A..

La mandante Consorzio stabile Conmar (che ha dichiarato di eseguire in proprio le attività oggetto della convenzione) ha prodotto, ai fini della riduzione del 50% della cauzione, la certificazione di qualità di una propria impresa consorziata (ovviamente, non esecutrice).

La S.A. ha eccepito il mancato rispetto della clausola del disciplinare in materia di dimezzamento del valore della garanzia e, a fronte delle repliche del costituendo RTI a sostegno della legittimità del proprio operato, le parti hanno convenuto di sottoporre congiuntamente istanza di precontenzioso all'Autorità volta a conoscere se, a fronte della citata clausola del disciplinare, non oggetto di chiarimenti né di impugnazione, un RTI misto costituendo possa beneficiare del dimezzamento della garanzia provvisoria nel caso in cui dello stesso RTI faccia parte quale mandante un Consorzio Stabile che produca una certificazione di qualità ISO9000 della quale sia titolare un'impresa consorziata non esecutrice.

Il costituendo RTI ritiene di avere agito nel rispetto della *lex specialis*, sostenendo che essa debba essere interpretata conformemente alle previsioni normative vigenti in materia (artt. 34, 35 e 36 d.lgs. n. 163/2006), richiamate nello stesso disciplinare che, in particolare, prevedono che «per la fruizione dei meccanismi premiali di cui all'art. 40, comma 7, è in ogni caso sufficiente che i corrispondenti requisiti siano posseduti da almeno una delle consorziate» (art. 36, comma 7). A sostegno viene citata la



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

pronuncia del Consiglio di Stato n. 4225 del 27 luglio 2012, che ha ribadito che «per quanto attiene alla certificazione di qualità ed ai correlati meccanismi premiali connessi al suo possesso, il citato art. 36 del Codice dei contratti pubblici, al comma 7, prevede in maniera netta ed estremamente chiara che ai consorzi stabili sia automaticamente riconosciuto, sia ai fini dell'ottenimento dell'attestazione SOA, che nell'ambito della partecipazione alle procedure per la fruizione dei benefici previsti in tema di rilascio di garanzie, il possesso della certificazione di qualità, qualora anche una soltanto delle imprese consorziate ne sia in possesso». Ad avviso del costituendo RTI, un'eventuale diversa regola di gara, in deroga alla normativa vigente, avrebbe dovuto essere esplicitata dalla S.A. nella documentazione di gara in modo inequivocabile, sì da non ledere il legittimo affidamento degli operatori economici, chiarendo che si richiedeva che il Consorzio stabile fosse “titolare” in proprio della certificazione di qualità.

La replica della S.A. è tesa a dimostrare il carattere inequivoco della clausola del disciplinare, rispettata dai concorrenti e non impugnata. Viene altresì evidenziata la non applicabilità al caso di specie dell'art. 36, comma 7, che disciplina la qualificazione dei consorzi stabili in caso di partecipazione ad appalti di lavori, e l'inconferenza della richiamata pronuncia del Consiglio di Stato, anch'essa relativa ad un appalto di lavori e comunque vertente su un caso in cui, ai fini della dimidiazione della cauzione, era stata utilizzata la certificazione di qualità di un'impresa consorziata esecutrice e non, come nel caso di specie, di un'impresa totalmente estranea all'appalto.

Ritenuto in diritto

L'istituto del consorzio stabile - introdotto originariamente dalla l. 109/94 e, in seguito, recepito nel d.lgs. n. 163/2006 - si connota per la creazione di una struttura unificata tra le imprese consorziate e, ferma restando l'autonomia soggettiva di queste ultime, postula un legame associativo tra loro più stretto che in ogni altra forma di collegamento prevista dalla legge.

La “comune struttura d'impresa” (art. 36, comma 1) fa del consorzio stabile un'impresa operativa che può eseguire le prestazioni contrattuali, non solo tramite affidamento ai propri consorziati ma, alternativamente, anche in proprio (art. 94, comma 1, e art. 277, comma 1, d.P.R. n. 207/2010). Nel caso in cui esegua tramite i consorziati, il consorzio stabile è tenuto ad indicare in sede di gara i consorziati per i quali concorre e a questi ultimi è preclusa la partecipazione in qualsiasi altra forma alla medesima gara (art. 36, comma 5).

Le peculiarità del modello aggregativo del consorzio stabile - struttura stabile comune dotata di propria soggettività giuridica e, al contempo, autonomia soggettiva e operativa dei consorziati - si riflettono sulla disciplina dei requisiti di partecipazione alle gare che, valorizzando il rapporto organico che lega il consorzio alle imprese in esso consorziate, prevede che «Il consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate» (art. 36, comma 7). Alla luce della novella apportata al comma 7 dal d.lgs. n. 113/2007 che ha introdotto la precisazione “Per i lavori” all'inizio del periodo successivo (così evidenziando l'estensione dell'ambito applicativo del primo periodo del comma a tutti gli appalti) e dei più recenti arresti giurisprudenziali, la disposizione è da ritenersi applicabile tanto agli appalti di lavori che a quelli di servizi e forniture.

Il criterio delineato dall'art. 37, comma 1, è quello del cosiddetto “cumulo alla rinfusa”, in forza del quale si realizza la sommatoria in capo al consorzio stabile di tutti i requisiti di carattere speciale posseduti dalle singole imprese consorziate, e non solo di quelle imprese per le quali il consorzio



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

dichiarati di concorrere (cfr. Pareri sulla Normativa AG 7/2013 del 30 luglio 2013 e AG 49/2013 del 9 ottobre 2013), fermo restando la facoltà per il consorzio stabile di fare valere requisiti di cui sia titolare in proprio.

L'estensione del richiamato criterio (pacifico per gli appalti di lavori) al settore dei servizi e delle forniture - dove, a causa di una normativa non del tutto lineare (art. 35 e art. 36, comma 7, d.lgs. n. 163/2006 e art. 277 d.P.R. n. 207/2010), la giurisprudenza amministrativa si è pronunciata in modo altalenante - è stata efficacemente affermata dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 2563 del 10 maggio 2013. Con tale pronuncia, confermata dalla giurisprudenza successiva (Consiglio di Stato, 25 febbraio 2014 n. 895 e 19 novembre 2014 n. 5689), il supremo consesso di giustizia amministrativa, facendo leva su un approccio interpretativo di natura sistematica, ha evidenziato che «il modulo del consorzio stabile, quale delineato dagli artt. 34 e 36 d.lgs. n. 163 del 2006, concretizza un'impresa operativa che fa leva sulla causa mutualistica e realizza, nella sostanza, una particolare forma di avvalimento che poggia direttamente sul patto consortile e sulla causa mutualistica. Tali connotati del modulo organizzativo e gestionale in esame consentono al consorzio di avvalersi di qualsiasi contributo (in termini di requisito) dei consorziati, senza dover ricorrere allo strumento dell'avvalimento ex art. 49 d.lgs. n. 163/2006, fermo restando che, in alternativa, il consorzio può qualificarsi con requisiti posseduti in proprio e direttamente». Da tale inquadramento della natura e delle finalità dell'istituto, viene fatto discendere che già «dal combinato disposto degli artt. 35 e 36, comma 7, prima proposizione (“Il consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate”), d.lgs. n. 163 del 2006, in materia di qualificazione del consorzio stabile nel settore dei servizi e delle forniture, doveva ritenersi operativo il criterio del c.d. cumulo alla rinfusa, in capo al consorzio stabile, dei requisiti dei consorziati, attesa le peculiarità, strutturali e funzionali, del consorzio stabile, delineate dalle altre disposizioni contenute nell'art. 36 d.lgs. n. 263/2006, rispondenti alla ratio normativa di dare maggiori possibilità di sviluppo alle imprese sprovviste di sufficienti requisiti per accedere a determinate gare (rispetto a quanto sia già consentito con lo strumento delle a.t.i.), attraverso l'accrescimento delle facoltà operative, ottenibile non imponendo al consorzio di avere i requisiti in proprio, soprattutto nella fase iniziale dell'attività, né prescrivendo quote minime in capo alle consorziate portatrici dei requisiti (...)».

Scolpite in tali termini la *ratio* e l'operatività del modello aggregativo del consorzio stabile, una lettura del comma 3 dell'art. 277 del d.P.R. n. 210/2007 («Per la partecipazione del consorzio alle gare, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi posseduti dai singoli consorziati relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medi annuo sono sommati, i restanti requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi sono sommati con riferimento ai soli consorziati esecutori») limitativa, in termini assoluti, dell'applicabilità del criterio del cumulo alla rinfusa, per i “restanti requisiti”, ai soli consorziati esecutori, non terrebbe adeguatamente conto della facoltà del consorzio stabile di eseguire direttamente le prestazioni e, imponendo al consorzio stabile che eserciti tale facoltà di possedere i requisiti in proprio, si tradurrebbe nella negazione della causa mutualistica del patto consortile.

Alla luce di quanto sopra, la clausola del disciplinare di gara oggetto di contestazione non può essere interpretata come impositiva al consorzio stabile che non ha indicato alcuna consorziate esecutrice di possedere in proprio la certificazione di qualità ai fini della dimidiazione della cauzione, pena la sua



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

illegittimità. Ciò in analogia a quanto previsto espressamente per gli appalti di lavori dal comma 7 dell'art. 36 («per la fruizione dei meccanismi premiali di cui all'art. 40, comma 7, è in ogni caso sufficiente che i corrispondenti requisiti siano posseduti da almeno una delle consorziate»), che non opera distinzioni di sorta tra consorziati esecutori e non esecutori.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- è illegittima la clausola del disciplinare di gara se interpretata come impositiva ai consorzi stabili che non hanno indicato consorziate esecutrici di possedere in proprio la certificazione di qualità ai fini del beneficio della dimidiazione della cauzione.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 9 marzo 2017

Il Segretario, Maria Esposito