



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

#### **Delibera n. 228 del 1 marzo 2017**

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla AVR S.p.A. – Procedura negoziata ex art. 36, comma 2, d.lgs. 50/2016 per l'affidamento del servizio di gestione del patrimonio immobiliare del Comune di Castegnato mediante contratto di global service. Importo a base di gara euro: 268.500,00. S.A.: Provincia di Brescia

#### **PREC 67/16/L**

L'istituto della cooptazione ha carattere eccezionale e derogatorio, pertanto, l'impresa cooptata può eseguire i lavori, ma non assume lo status di concorrente; quest'ultima, di conseguenza, non può acquistare alcuna quota di partecipazione all'appalto né può subappaltare o comunque affidare a terzi i lavori che le vengono affidati.

**Art. 105 d.lgs. 50/2016 – Art. 92, comma 5, d.p.r. 207/2010.**

#### **Il Consiglio**

VISTA l'istanza di parere prot. n. 155647 del 21.10.2016, presentata dalla AVR S.p.A relativamente alla procedura negoziata ex art. 36, comma 2, d.lgs. 50/2016, seguita dal Comune di Castegnato per l'affidamento del servizio di gestione del patrimonio immobiliare comunale mediante contratto di global service;

VISTE le doglianze sollevate dall'istante in merito sia all'ammissione del concorrente RTI Me-Gas s.r.l - Arca Service s.r.l. alla procedura *de qua* sia alla successiva aggiudicazione a favore di quest'ultimo del contratto di appalto, entrambe ritenute illegittime. In particolare l'istante lamenta il superamento dei limiti di subappalto e la conseguenza carenza dei requisiti di qualificazione in capo alle due società in quanto, da un lato, la quota di lavori che hanno dichiarato di voler subappaltare sarebbe superiore al limite del 30% dell'importo complessivo del contratto fissato dall'art. 105 d.lgs. 50/2016 e, dall'altro, le stesse sarebbero prive delle necessarie qualificazioni per l'esecuzione delle lavorazioni rientranti nelle categorie scorporabili OG11 e OG1 tenuto conto del valore delle stesse. Le società, inoltre, non avrebbero rispettato i limiti posti dal legislatore al legittimo utilizzo dell'istituto della cooptazione sotto due distinti profili in quanto, contravvenendo, al dettato normativo l'impresa cooptata ha dichiarato di volere subappaltare parte delle lavorazioni che invece dovrebbe svolgere in proprio e quest'ultima a ben vedere è sprovvista di qualsiasi attestazione di qualificazione;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto con nota prot. 0173724 del 23.11.2016;

VISTE le osservazioni formulate dalla stazione appaltante, che ritiene di aver correttamente operato in considerazione del fatto che la lettera di invito indica quale categoria prevalente la OG3, classifica 1, e



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

come categorie scorporabili la OG1 e la OG11, con la conseguenza che queste ultime possono essere eseguite direttamente da parte dell'appaltatore anche se non in possesso delle qualifiche corrispondenti. Secondo la stazione appaltante nel caso in esame non si pone un problema di carenza dei requisiti di partecipazione, ma un problema di esecuzione del contratto, avendo l'ATI aggiudicataria dichiarato di voler subappaltare il 100% delle lavorazioni scorporabili. Tale questione può trovare soluzione autorizzando solo in parte il subappalto. La stazione appaltante, inoltre, precisa di aver considerato l'Arca Service S.r.l. quale mandante del raggruppamento risultato aggiudicatario;

RILEVATO che sulla questione può decidersi ai sensi dell'art. 10 del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211, d.lgs. 50/2016;

CONSIDERATO che assume carattere dirimente della questione in esame ed assorbente rispetto agli altri motivi di doglianza la verifica del corretto ricorso dell'istituto della cooptazione da parte del raggruppamento aggiudicatario;

CONSIDERATO che l'istituto della cooptazione, disciplinato dall'art. 92, comma 5, d.p.r. 207/2010 – norma applicabile al caso in esame in virtù di quanto previsto dall'art. 216, comma 14, d.lgs. 50/2016 – consente al singolo concorrente o ai concorrenti che intendano riunirsi in possesso dei requisiti di partecipazione richiesti dalla *lex specialis* di raggruppare anche altre imprese qualificate per categorie ed importi diversi da quelli indicati nel bando o nella lettera di invito, a condizione che i lavori eseguiti da queste ultime non superino il venti per cento dell'importo complessivo e che l'ammontare delle qualificazioni possedute dalle imprese cooptate sia almeno pari all'importo dei lavori che le stesse dovranno eseguire. La *ratio* della norma è quella di consentire a imprese già qualificate nel settore dei lavori pubblici di maturare capacità tecniche in categorie di lavori diverse rispetto a quelle già possedute, senza compromettere l'interesse pubblico alla corretta esecuzione dell'appalto. A tal fine il legislatore impone precise condizioni per il legittimo ricorso all'istituto de quo: (i) le imprese singole o associate, che assumono la veste di concorrente, devono di per sé già possedere i requisiti richiesti dalla *lex specialis*; (ii) l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute dall'impresa cooptata deve essere almeno pari all'importo dei lavori da affidare alla medesima; (iii) tali lavori non possono superare il 20% dell'importo complessivo;

CONSIDERATO che l'istituto della cooptazione ha carattere eccezionale e derogatorio, non essendo richiesto alle imprese cooptate di possedere tutti i requisiti di qualificazione richiesti ai concorrenti. In altri termini, «l'impresa cooptata può eseguire i lavori, ma non assume lo status di concorrente; essa, di conseguenza, non può acquistare alcuna quota di partecipazione all'appalto e, quindi, non deve (e, in realtà, neppure può) dichiarare la propria quota di partecipazione al raggruppamento temporaneo» (cfr. ANAC, determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012, punto 7.1.1). In tal senso è anche l'orientamento prevalente della giurisprudenza, secondo cui «il soggetto cooptato non acquista lo status di concorrente, né assume quote di partecipazione all'appalto, non riveste la posizione di offerente (prima) e contraente (dopo) e non presta garanzie; infine non può né subappaltare, né comunque affidare a terzi la propria quota dei lavori» (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 14 aprile 2016, n. 1492; Sez. V, 17 marzo 2014, n.



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

1327; Sez. IV, 3 luglio 2014, n. 3344; Sez. V, 27 agosto 2013, n. 4278; TAR del Lazio, Roma, Sez. I, 16 giugno 2016, n. 6922; TAR Lazio, Roma, Sez. I, 5 dicembre 2014, n. 12288);

RILEVATO che nel caso in esame le imprese ME-Gas S.r.l. e Arca Service S.r.l. hanno realizzato un'indebita commistione tra due distinti istituti: quello del raggruppamento temporaneo di imprese e quello della cooptazione: da un lato, infatti, i legali rappresentanti delle società hanno dichiarato di partecipare in RTI di cooptazione - con la conseguenza che tutti i requisiti di partecipazione dovevano essere posseduti dal concorrente, ma ciò non si riscontra - e, dall'altro, hanno dichiarato che le società partecipano l'una in qualità di capogruppo con una quota pari all'80% e l'altra in qualità di mandante con una quota pari al 20% e che entrambe avrebbero subappaltato il 30% delle lavorazioni della categoria prevalente OG3 ed il 100% delle lavorazioni delle categorie scorporabili OG1 e OG11, senza però tenere presenti i limiti posti dall'art. 105, commi 2 e 5, d.lgs. 50/2016;

CONSIDERATO che tale commistione ha determinato un difetto di imputabilità dell'offerta in quanto non è chiaro a che titolo le due società abbiano partecipato alla procedura;

CONSIDERATO che la stazione appaltante non può risolvere la predetta antinomia considerando semplicemente la società Arca Service Brescia S.r.l. quale mandante di RTI in quanto così facendo viene in realtà a modificare la dichiarazione negoziale che le due società hanno reso ai fini di partecipazione alla gara, a ledere il principio di par condicio dei concorrenti e quello di autoresponsabilità del privato nell'ambito di un procedura ad evidenza pubblica

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, non conforme alla normativa di settore l'ammissione delle società Me-Gas S.r.l - Arca Service S.r.l. e la successiva aggiudicazione dell'appalto a queste ultime.

*Raffaele Cantone*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 9 marzo 2017

Il segretario Maria Esposito