

Deliberazione n. 86 Adunanza del 10 ottobre 2012

Fascicolo n. 1280/2011

Oggetto : procedura aperta per la fornitura di servizi di facility management per immobili in uso a qualsiasi titolo alle Pubbliche Amministrazioni adibiti prevalentemente ad uso ufficio, ai sensi dell'articolo 26 Legge 23 dicembre 1999, n. 488 e s.m.i. e dell'articolo 58 legge 23 dicembre 2000, n. 388 ("Facility Management ed. 1") - Lotto 7

Stazione Appaltante : Consip S.p.A.

Riferimenti normativi : D.Lgs. 163/2006, artt. 2, 37, 38, 118

Il Consiglio

Vista la normativa sopra richiamata,

Vista la relazione della Direzione Generale Vigilanza Lavori Servizi e Forniture

Considerato in fatto

Premesse

La Consip S.p.A., con bando di gara pubblicato in G.U.U.E. n. S-252 del 31.12.2005 ed in G.U.R.I. n. 4 del 05.01.2006, ha indetto una gara comunitaria a procedura aperta finalizzata alla stipula di convenzione-quadro per la fornitura di servizi di facility management per immobili in uso, a qualsiasi titolo, alle Pubbliche Amministrazioni, adibiti prevalentemente ad uso ufficio.

In particolare, l'affidamento ha avuto ad oggetto i servizi di: A) consulenza gestionale; B) manutenzione degli impianti (impianti elettrici, impianti idrico-sanitari, impianti di riscaldamento, impianti di raffreddamento, impianti elevatori, impianti antincendio, impianti di sicurezza e controllo accessi, reti, reperibilità); C) pulizia ed igiene ambientale (pulizia, disinfestazione, raccolta e smaltimento rifiuti, giardinaggio); D) altri servizi (reception, facchinaggio interno, facchinaggio esterno/traslochi).

La gara è stata suddivisa in 12 lotti geografici - di cui quello che qui interessa è il Lotto 7, relativo agli immobili ubicati nelle Regioni Lazio (escluso il Comune di Roma) e Sardegna - ed è stata aggiudicata a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ripartendo il punteggio complessivo egualmente tra offerta economica ed offerta tecnica.

La Consip S.p.A., con l'aggiudicatario di ciascun lotto (c.d. Fornitore), ha quindi stipulato una Convenzione con la quale il Fornitore si è obbligato ad accettare gli Ordinativi Principali di Fornitura (OPF) emessi dalle Amministrazioni Pubbliche e gli eventuali Atti Aggiuntivi, nei limiti e fino a concorrenza degli importi massimi per ciascun Lotto.

L'importo complessivo della Convenzione, per i 12 lotti, è stato pari a 720.000.000,00 € - per il Lotto 7 Euro 44.500.000,00 - con durata 18 mesi, decorrenti dalla data di attivazione (prorogabile fino ad un massimo di 12 mesi).

Per i singoli contratti di fornitura attuativi della Convenzione è stata prevista, invece, una durata pari a 4 anni; pertanto, alcuni di essi sono ancora in corso di esecuzione.

In particolare, riguardo al Lotto in oggetto (Lotto 7), la Consip S.p.A., in data 02.08.2007, ha stipulato la Convenzione con il RTI aggiudicatario, composto da CIDS S.p.A. (Mandataria), Nuova Ciemme S.p.A. (mandante), Ecosfera S.p.A. (mandante), Mariani Petroli S.r.l. (mandante), EIS S.p.A. (mandante) e Consorzio Alma - Attività Lavori Manutenzioni (mandante), costituito il 23.02.2006 (v. figura 1).

La Convenzione è scaduta il 02.01.2010; *tuttavia, l'ultimo dei contratti di fornitura, sottoscritto in data 31.12.2009, è a tutt'oggi in corso di esecuzione.*



Figura 1 - Composizione RTI aggiudicatario Lotto 7

La questione in trattazione prende le mosse dalla richiesta fatta da una certa società Eura Service S.r.l. alla Consip S.p.A. e all'Università degli Studi della Tuscia di Viterbo (Amministrazione Contraente) di verificare il comportamento tenuto dal Consorzio Cimags (v. figura 1) nella gestione della commessa dell'Università, in quanto il Consorzio non avrebbe soddisfatto il credito della società pari ad Euro 130.000,00 maturato per prestazioni eseguite nel 2008.

La stazione appaltante, riscontrando la predetta segnalazione, ha invitato dunque la Mandataria del

RTI a fornire chiarimenti in merito ai rapporti intercorrenti con la sopra citata società, oltre che ai presunti mancati/ritardati pagamenti.

Le richieste informazioni sono state fornite dalla CIDS S.p.A. (Mandataria) con nota del 26.05.2009, nella quale, oltre ad evidenziare l'infondatezza delle pretese della società, si è precisato che la Eura Service S.r.l. sarebbe stata una società c.d. "affiliata" al Consorzio Cimags (dal 27.12.2007 al 13.01.2009, data nella quale sarebbe stata, poi, esclusa stante il grave inadempimento alle obbligazioni previste a carico degli "affiliati" dall'art. 7 dello Statuto del Consorzio).

A seguito dei suddetti fatti, la Consip S.p.A. sarebbe quindi venuta a conoscenza dell'esistenza del c.d. "rapporto di affiliazione" tra il Consorzio Cimags e la società, rapporto non comunicato alla stessa Consip S.p.A., la quale, considerando necessario ottenere chiarimenti al riguardo, ha chiesto alla Mandataria ulteriori informazioni.

La CIDS S.p.A. ha quindi evidenziato a Consip S.p.A. che lo Statuto del Consorzio Cimags, oltre alla tipica figura del socio, prevede anche quella dell' "affiliato", ossia prevede la possibilità di ammettere società o imprese affiliate per l'esecuzione di uno o più lavori o per un tempo determinato, previa verifica in ordine alla sussistenza di tutti i requisiti di carattere soggettivo e tecnico - organizzativo richiesti dalla legge per poter svolgere i servizi agli stessi affidati.

Per quanto concerne, invece, la questione dell'omessa comunicazione a Consip del "rapporto di affiliazione", la CIDS ha precisato che non vi è stata mai nessuna richiesta di informazioni in merito da parte della Consip e che, comunque, essa non è incorsa in comportamenti omissivi in quanto, con l'instaurazione del predetto rapporto, non si sarebbe verificata alcuna modifica societaria della struttura organizzativa del Consorzio Cimags.

Successivamente la Consip, da comunicazioni inviate da altre Amministrazioni Contraenti, ha dedotto l'esistenza di ulteriori "rapporti di affiliazione" tra il Consorzio Cimags e diverse altre società.

Essa, pertanto, anche a seguito di altri lamentati mancati e/o ritardati pagamenti dei corrispettivi dovuti dal Consorzio Cimags per prestazioni eseguite da alcuni suoi "affiliati", ha sollecitato la CIDS S.p.A. " a voler confermare l'esatta composizione del predetto RTI " e ad indicare, anche mediante produzione di idonea documentazione, " i consorzi facenti parte del RTI (ivi inclusi quelli all'interno di eventuali imprese mandanti) e l'attuale composizione interna di ciascuno di essi; l'esatta natura giuridica di ciascun consorzio, ai sensi di quanto stabilito all'art. 34 del D.Lgs. n. 163/2006 (consorzio ordinario, consorzio stabile, ecc.); il titolo di partecipazione al consorzio di ciascuna società consorziata (socio, affiliato, ecc.), specificando quanto stabilito al riguardo nell'atto costitutivo e nello statuto; le imprese esecutrici delle prestazioni della Convenzione in oggetto " (pag. 2, nota del 07.08.2009, allegato 7, CD Consip) ¹.

La CIDS S.p.A., con nota del 18.09.2009, dopo aver chiarito la composizione del RTI (figura n. 1, di cui sopra), ha in primo luogo specificato che sia il Consorzio Alma sia il consorzio Cimags sono consorzi volontari con attività esterna senza scopo di lucro ².

Per ciò che concerne, invece, il "rapporto di affiliazione", la Mandataria ha poi sottolineato che il Consorzio Cimags " ha sempre puntualmente verificato in capo ad ogni società affilianda l'esistenza di tutti i requisiti di carattere soggettivo e tecnico-organizzativo previsti dalla legge per poter svolgere i servizi oggetto della Convenzione " e, a comprova di ciò, ha allegato la documentazione relativa ad ogni singola pratica di affiliazione, per un totale di 24 "affiliati"; al riguardo la Consip, presa visione dello Statuto del Consorzio Cimags, " ha ritenuto di poter equiparare la posizione giuridica dei consorziati a quella dei soci affiliati del Consorzio " (nota Consip S.p.A. del 09.06.2011).

Nel contempo Consip ha informato la Mandataria di aver inviato ad alcune società comunicazioni (24.09.2010) aventi ad oggetto l'avvio dei procedimenti per " l'annullamento dell'aggiudicazione e degli atti ad essa consequenziali " (nota Consip S.p.A. del 09.06.2011), atteso che l'istruttoria svolta ai sensi dell'art. 71 del D.P.R. n. 445/2000 avrebbe evidenziato alcune irregolarità in ordine alla veridicità delle dichiarazioni sostitutive rese. All'esito della disamina dei chiarimenti e della documentazione prodotta alla Consip S.p.A. sarebbero, infatti, risultate alcune irregolarità a carico di imprese "affiliate" in materia tributaria e contributiva, non dichiarate nelle dichiarazioni sostitutive rese dalle imprese stesse.

L'avvio del procedimento

Alla luce delle riscontrate irregolarità, concernenti in misura preponderante la categoria dei c.d. "affiliati" al Consorzio Cimags, la Consip S.p.A., ha dunque chiesto parere all'Autorità.

Nello specifico, è stato chiesto all'Autorità: 1) se " la insussistenza, anche ove sopravvenuta, di uno o più requisiti "soggettivi" enunciati dall'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, da parte di imprese (affiliate o consorziate) ad un consorzio facente parte, a sua volta, di una delle mandanti del RTI, possa costituire fatto ostativo alla legittima prosecuzione del Contratto ", ritenendola tale da far venir meno la sussistenza del requisito di affidabilità in capo all'intero RTI e, in tal caso, 2) se il RTI possa

continuare a partecipare e/o ad aggiudicarsi le gare Consip S.p.A. o, ancora, se possano essere considerate ancora valide le altre Convenzioni e/o Contratti stipulati dalla CIDS S.p.A. con la Consip S.p.A. singolarmente o in raggruppamento anche con imprese diverse rispetto a quelle componenti il RTI aggiudicatario della gara in oggetto.

Considerate le perplessità emergenti dalla lettura della documentazione allegata alla richiesta di parere, l'Autorità ha dunque ravvisato l'opportunità di avviare un'istruttoria al fine di chiarire la vicenda, chiedendo alla Consip S.p.A. di fornire chiarimenti ed informazioni in merito ai controlli effettuati circa la sussistenza dei requisiti *ex art. 38 del D.Lgs. 163/2006*, dichiarati dall'aggiudicatario, con riferimento a tutta la complessa compagine dello stesso, nonché all'accertamento dell'eventuale esistenza di dichiarazioni mendaci e/o della mancanza di documentazione relativa ai requisiti "soggettivi" già in fase di gara e/o di aggiudicazione, ovvero della sopraggiunta carenza di uno o più dei predetti requisiti in fase esecutiva.

Sono state richieste informazioni, inoltre, riguardo ai controlli eseguiti in ordine alla permanenza, in capo allo stesso RTI, dei requisiti speciali richiesti dalla *lex specialis* ai fini della qualificazione per le prestazioni oggetto dell'appalto, a seguito delle modifiche intervenute nella compagine soggettiva del RTI dopo l'esclusione di due società: Unigam S.r.l., da parte del Consorzio Alma, ed Unisima S.r.l., da parte del Consorzio Cimags.

È stato chiesto di chiarire, altresì, le motivazioni giuridiche sottese all'equiparazione dei c.d. "affiliati" al Consorzio Cimags ai tradizionali soci del Consorzio partecipanti al fondo consortile.

Infine, la stazione appaltante è stata invitata a fornire sia lo schema riepilogativo delle modifiche soggettive intervenute, ai vari livelli, all'interno del soggetto aggiudicatario (composizione iniziale; entrate/uscite nell'ambito del RTI, successive all'aggiudicazione), sia l'elenco completo di tutti gli operatori economici che hanno effettuato/stanno effettuando prestazioni in ordine alla Convenzione per il lotto 7, specificando, per ciascuna, la data di stipula del contratto, la tipologia del servizio erogato ed il relativo importo.

Nelle proprie controdeduzioni, la Consip S.p.A.:

- ha precisato di aver effettuato i controlli - in ordine a quanto contenuto nelle dichiarazioni sostitutive rese ai sensi degli artt. 46 e 47 del D.P.R. 445/2000 per l'ammissione alla gara dal RTI risultato aggiudicatario - su ciascuna società costituente il RTI e le consorziate del Consorzio Alma e del Consorzio Cimags, quale consorziato di quest'ultimo (figura 1);
- ha ribadito che l'esclusione delle due società, sopra menzionate, non ha avuto riflessi sui requisiti di partecipazione in capo al RTI, atteso che le stesse non hanno contribuito alla determinazione dei requisiti di qualificazione;
- ha, inoltre, evidenziato che, in fase di gara, all'esito dei controlli ai sensi dell'art. 71 D.P.R. n. 445/2000 sulle dichiarazioni rese, sono state riscontrate alcune irregolarità relative ai pagamenti di imposte e tasse in capo a due società nei confronti delle quali ha avviato due procedimenti per "l'esclusione dalla procedura di gara" (nota Consip S.p.A. del 22.12.2011), chiusi poi entrambi con esito positivo;
- quanto alla fase di esecuzione ed ai relativi contratti attuativi, invece, Consip S.p.A. ha chiarito che dei nove procedimenti avviati, menzionati nella parte che precede, cinque sarebbero stati conclusi con esito positivo, quattro sarebbero ancora pendenti.
- ha, inoltre, sostenuto di aver "effettuato tutti i controlli previsti ex lege in presenza di variazioni che hanno interessato le imprese componenti il RTI" (nota Consip S.p.A. del 22.12.2011). Tuttavia si deve precisare, al riguardo, che la stazione appaltante ha fatto riferimento ai soli controlli, *ex art. 116 D.Lgs. 163/2006*, effettuati a seguito del subentro della Ecosfera Servizi S.r.l. quale nuova Mandataria del RTI, per cessione del ramo di azienda di CIDS S.p.A.;
- riguardo, poi, alle motivazioni giuridiche sottese all'equiparazione dei c.d. "affiliati" al Consorzio Cimags ai tradizionali soci, ha sottolineato che esse "muovono dall'esame dello Statuto del Consorzio Cimags" e che "ha ritenuto possibile equiparare i soci affiliati ai tradizionali soci consorziati non essendo state rinvenute motivazioni che potessero giustificare l'applicazione di un diverso trattamento normativo" (nota Consip, sopra menzionata);
- in ordine, invece, ai chiarimenti concernenti le modifiche soggettive intervenute ai vari livelli all'interno del soggetto aggiudicatario, la Consip S.p.A. ha rilevato che il 04.11.2008 vi è stato il subentro della Mandataria nella posizione giuridica della mandante EIS S.p.A. e che il 22.11.2011 vi è stato il subentro di Ecosfera Servizi S.r.l. nella posizione giuridica di CIDS S.p.A., come mandataria; riguardo, poi, al Consorzio Alma, rispetto alla composizione iniziale ha rappresentato che è venuta meno la società Unigam S.r.l.;
- ha osservato, invece, che "più complessa è la situazione del Consorzio Cimags [...] considerata anche l'articolata composizione del Consorzio" (nota Consip, sopra menzionata) ed ha indicato che esso è composto da due consorziate, Magitec S.r.l. e GFP, e da 22 società affiliate;
- ha precisato, inoltre, che "nel corso del 2011 ha appreso che altre imprese (anch'esse presumibilmente consorziate/affiliate al Consorzio Cimags) stanno prestando i servizi relativi agli ordinativi di fornitura relativi alla presente Convenzione, anche alla luce di quanto dichiarato dallo stesso Fornitore"; pertanto "è attualmente pendente una istruttoria, che ha visto coinvolte le Amministrazioni Contraenti", dalla quale starebbe emergendo che i dati

contenuti nelle dichiarazioni rese da alcune Amministrazioni ed i dati dichiarati spontaneamente dal Fornitore " *non sono tra essi del tutto coincidenti* ", per cui " *sono attualmente in corso ulteriori verifiche* " (nota Consip, sopra menzionata);

- infine, riguardo all'elenco completo di tutti gli operatori economici che hanno effettuato/stanno effettuando prestazioni in ordine alla Convenzione relativa al lotto 7, ha allegato una tabella recante: 1) la data di stipula di ciascun Contratto, 2) la tipologia dei servizi erogati, 3) il relativo importo contrattuale (ma non il Fornitore, atteso che, per stessa affermazione della Consip S.p.A., " *più complessa è l'indicazione dei nominativi degli operatori economici che hanno effettuato/stanno effettuando i servizi relativi alla Convenzione* " (nota Consip, sopra menzionata).

Ritenuto in diritto

Alla luce di quanto precede, si possono allo stato rimettere le seguenti considerazioni.

Preliminarmente, occorre concentrarsi sul c.d. "rapporto di affiliazione", modello giuridico " *ideato e predisposto per la partecipazione alla gara nonché, in caso di aggiudicazione, per l'esecuzione delle relative prestazioni* " (così nota CIDS S.p.A. del 18.09.2009) e nodo cruciale di tutta la questione *de qua*, quale risultante dal combinato disposto degli articoli 5 (Composizione del Consorzio), 7 (Obblighi dei Consorziati), 10, comma 1, e 18 (Ammissione di nuovi soci ed affiliati) dello Statuto del Consorzio Cimags, nonché dall' "Accordo Quadro" tra il predetto Consorzio e i suoi "affiliati".

Lo Statuto del Consorzio Cimags stabilisce, infatti, che possono aderire al Consorzio stesso due categorie di *Consorziati*: *Soci* del Consorzio ed *Affiliati* al Consorzio.

Gli "affiliati" sono gli organismi, gli enti, le istituzioni, gli studi professionali e le imprese che sono stati ammessi al Consorzio in qualità di affiliati per l'esecuzione di uno o più lavori o per un tempo determinato e che hanno gli stessi oneri e gli stessi diritti dei soci consorziati. Tuttavia tali "affiliati", a differenza dei soci consorziati, pur potendo partecipare agli Organi del Consorzio, non hanno diritto di voto e non partecipano al fondo consortile, ma hanno l'obbligo di contribuire agli oneri e ai costi relativi alle attività ed ai servizi affidati al Consorzio versando una somma pari ad Euro 100,00, quale quota di iscrizione al Consorzio, più un contributo annuo in misura pari all'1% del fatturato maturato nei confronti del Consorzio e compensato in sede di liquidazione delle competenze.

Dall'esame della documentazione pervenuta, è emerso che gli "affiliati" sono divenuti tali inviando una domanda di ammissione quale, appunto, "affiliato" per l'esecuzione dei servizi oggetto della Convenzione, la quale è stata sottoposta all'esame del Consiglio Direttivo del Consorzio.

Le obbligazioni, reciprocamente assunte dagli "affiliati" e dal Consorzio Cimags, sono disciplinate da un "Accordo Quadro" (contratto), mediante il quale viene tutelato l'esatto adempimento delle stesse. Nel caso di inosservanza delle disposizioni del suddetto contratto, il Consorzio, a suo insindacabile giudizio, potrà dichiararlo risolto, previa diffida ad adempiere ai sensi dell'art. 1454 c.c.

E' previsto, poi, un controllo mensile delle attività affidate, mediante la predisposizione del "Verbale di controllo" da parte della "affiliata" e consegnato al Gestore del Servizio³. Qualora il Gestore del Servizio ricontri difformità potrà segnalarle al Consorzio, il quale, oltre a poter richiedere l'eliminazione delle difformità o irregolarità riscontrate ad un'altra ditta specializzata, con addebito delle relative spese all'affiliata, può procedere alla risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 14 dell'Accordo Quadro citato⁴.

Ora, il "rapporto di affiliazione" sopra descritto è stato riscontrato, come visto, dalla Consip S.p.A. nell'ambito del Consorzio Cimags nel corso dell'esecuzione dei servizi di cui alla Convenzione.

Il predetto Consorzio risulta essere, dagli atti, un consorzio ordinario ex art. 2602 c.c.; il primo comma di questa norma stabilisce che " *con il contratto di consorzio più imprenditori istituiscono un'organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese* ". Scopo del contratto di consorzio è quello di consentire agli imprenditori il conseguimento di un vantaggio mutualistico, in quanto l'attività consortile deve svolgersi nell'interesse delle imprese consorziate; l'interesse consortile è, dunque, un interesse di categoria, con la conseguenza che il rapporto consortile è di regola un rapporto a struttura aperta; infatti, il secondo comma dell'art. 2603 c.c. indica tra i suoi elementi essenziali le condizioni di ammissione dei nuovi consorziati.

È, dunque, implicito nella natura consortile l'interesse all'ingresso di nuovi consorziati, ingresso che si è verificato ripetutamente nel Consorzio in questione, nell'ambito del quale "nuovi consorziati" significa anche "affiliati" e non solo soci⁵. Lo Statuto, come visto, con l'unico termine Consorziati si riferisce, infatti, ad entrambi i soggetti (soci ed "affiliati").

Si potrebbe dunque ritenere che il termine "Consorziati", contenuto nelle diverse prescrizioni normative in materia di contratti pubblici, possa considerarsi riferito anche agli "affiliati" del Consorzio Cimags (che, appunto, insieme ai soci rappresentano i Consorziati dello stesso).

Dalla ricostruzione che appena precede discende che, ogni qual volta si sia registrato l'ingresso/fuoriuscita di un "affiliato" (rappresentando tale circostanza l'ingresso/fuoriuscita di un Consorziato), si è verificata una modifica nella struttura organizzativa del Consorzio Cimags e, di conseguenza, del Consorzio Alma di cui il primo fa parte; il che, a propria volta, ha prodotto quindi modifiche nella composizione del RTI aggiudicatario, essendo il Consorzio Alma una delle mandanti del RTI medesimo.

Con tale ricostruzione risulta, dunque, contrastante quanto sostenuto dalla Mandataria del RTI aggiudicatario nelle proprie note del 18.09.09 e del 20.10.2010, secondo cui " *non è intervenuta alcuna modifica societaria nella struttura organizzativa del RTI aggiudicatario della Convenzione* ", atteso che il procedimento di affiliazione, in sostanza, costituirebbe " *un mero strumento operativo attraverso il quale il Consorzio Cimags [...] organizza e pianifica le prestazioni* " oggetto degli OPF e che il Consorzio " *si avvale della propria organizzazione al fine di eseguire nel migliore dei modi le prestazioni di cui alla Convenzione in oggetto* " .

Alla stessa stregua, risulta contrastante anche la successiva affermazione secondo cui " *le Ditte interessate dal menzionato procedimento non sono componenti del RTI, né sono consorziate nel Consorzio Alma o in altra impresa mandante* " (nota CIDS S.p.A. del 20.10.2010). Si osserva, al riguardo, che tali società fanno parte, anche se in via indiretta (rientrando nell'ambito del Consorzio Cimags, che partecipa per il 20% al fondo consortile del Consorzio Alma), di una delle imprese mandanti del RTI.

Pur non essendo questa la sede per addentrarsi ulteriormente nel complesso dibattito concernente i consorzi, le loro peculiarità e i riflessi della mancata richiesta, alla categoria degli "affiliati" consorziati, di contribuire al fondo consortile, appare tuttavia opportuno osservare che gli "affiliati", se non titolari delle quote di partecipazione al fondo consortile, entrano comunque a far parte della struttura organizzativa comune (ossia del Consorzio), con la quale si provvede allo svolgimento di determinate fasi delle attività economiche organizzate dagli imprenditori e da loro esercitate professionalmente (nella fattispecie, al fine dell'erogazione dei servizi oggetto della Convenzione Consip).

Appare, dunque, contrastare con questa lettura del "rapporto di affiliazione" quanto affermato dalla Mandataria, in relazione alla mancata comunicazione dell'affiliazione delle società, di non essere incorsa " *in comportamenti omissivi in quanto non si è oggettivamente verificata alcuna modifica societaria della struttura organizzativa del Consorzio Cimags* " (nota CIDS S.p.A. del 26.06.2009) .

Né, a sostegno di tale ultima affermazione, può essere accolta la precisazione che degli "affiliati" " *la maggior parte [...] già effettuavano in precedenza i servizi e le attività di cui alla Convenzione in oggetto presso le Amministrazioni committenti per conto dei precedenti gestori. Pertanto, trattasi di soggetti, in larga maggioranza, già sottoposti ai controlli della Consip S.p.A. e già ritenuti idonei allo svolgimento delle attività* " (nota CIDS S.p.A. del 18.09.2009), giacché l'accertamento del possesso dei requisiti non è cristallizzato nel tempo ma va effettuato nei confronti degli operatori economici ogniquale volta vi sia l'espletamento di nuova procedura di gara.

Nemmeno appare condivisibile la precisazione che tali società "affiliate" " *hanno eseguito alcune prestazioni per volumi, sia in termini quantitativi che economici, molto modesti, se confrontati con quelli dell'intera commessa* " (nota CIDS S.p.A. del 20.10.2010), sia perché il possesso dei requisiti di cui all'art. 38 D.Lgs. 163/2006 non è proporzionato all'entità delle prestazioni richieste, sia perché la maggiore o minore entità delle prestazioni da eseguire non può condurre ad una elusione, o anche solo parziale osservanza, della normativa cogente in materia di contratti pubblici.

A proposito dei requisiti soggettivi, appare necessaria una precisazione in merito al controllo dei requisiti di moralità professionale dei partecipanti, che devono essere posseduti da tutti i soggetti partecipanti al raggruppamento (*ex multis* CdS, Sez. V, n. 6403/2005).

Tale controllo, infatti, è di esclusiva competenza della stazione appaltante ; pertanto, in nessun caso l'operatore economico partecipante ad una procedura di gara può sostituirsi all'Amministrazione nell'assolvimento di tale compito. In altri termini, il "controllato" non può sostituirsi al "controllore".

Nel caso di specie, invece, è apparso che i requisiti di ordine morale in capo ad alcuni componenti del Consorzio Cimags - gli "affiliati", appunto - venivano accertati esclusivamente dal Consorzio medesimo, che, in sostanza, si avocava un compito che sarebbe spettato all'ente appaltante (anche a prescindere dalle considerazioni che seguono circa la legittimità dell'ingresso, in fase di esecuzione, di tali affiliati).

Focalizzando nuovamente l'attenzione sulla questione del "rapporto consortile", come sopra evidenziato, si evidenzia che esso è di regola un rapporto a struttura aperta, caratterizzato, dunque, dall'interesse all'ingresso di nuovi consorziati, previsto e regolamentato nelle prescrizioni normative contenute nel diritto privato.

Tuttavia si deve osservare che, nel momento in cui un Consorzio si appresta ad entrare in rapporti contrattuali con Amministrazioni Pubbliche partecipando a gare di appalto, la sua autonomia

contrattuale va armonizzata con le prescrizioni normative in tema di contratti pubblici.

Nel caso di specie ciò si traduce nel divieto, per il Consorzio, di modificare in senso additivo la propria struttura organizzativa *quale dichiarata in sede di gara*, aggregando nuovi soggetti in aggiunta o in sostituzione di quelli inizialmente indicati, giacché tale scelta si pone in contrasto con quanto statuito dal comma 9 dell'art. 37 del Codice dei Contratti Pubblici: "*salvo quanto disposto ai commi 18 e 19, è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta*".

La perentorietà del suddetto divieto è ribadita anche dalla gravità delle conseguenze previste in caso di sua inosservanza, che "*comporta l'annullamento dell'aggiudicazione o la nullità del contratto, nonché l'esclusione dei concorrenti riuniti in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti, concomitanti o successivi alle procedure di affidamento relative al medesimo appalto*" (cfr. comma 10 dell'articolo citato).

L'art. 37, ai suddetti commi 9 e 10, sancendo, dunque, il principio dell'immodificabilità della composizione soggettiva dei raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di concorrenti, tende ad assicurare una conoscenza piena, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei soggetti che intendono contrarre con essa, consentendo una verifica preliminare e compiuta dei requisiti, verifica che non può essere resa vana a mezzo di successive modificazioni (additive o sostitutive) che permettano di aggirare il divieto, poiché l'interesse pubblico tutelato è quello alla trasparenza delle procedure finalizzate alla selezione delle imprese (cfr. art. 2, co. 1, D.Lgs. 163/2006). Inoltre, l'integrazione (in aggiunta o in sostituzione) di nuove imprese determinerebbe un *vulnus* al principio della *par condicio*, poiché le imprese sopraggiunte beneficerebbero di un trattamento giuridico più favorevole (sottraendosi ai controlli iniziali previsti dal Codice dei Contratti Pubblici).

Il Consiglio di Stato, intervenendo recentemente sull'argomento, ha ribadito che l'immodificabilità della compagine soggettiva degli organismi che partecipano a procedure di evidenza pubblica riguarda, senza possibilità di deroghe, le modifiche di tipo "additivo" (cfr. CdS sentenza n.1732/2012), verificatesi, invero, nella fattispecie in esame.

Indubbiamente, sotto il profilo privatistico, il sistema dell'affiliazione può far beneficiare il Consorzio, oltre che del vantaggio di avere una struttura più flessibile aggregando nuovi soggetti mediante una procedura più snella, anche degli ulteriori vantaggi di acquisire i contributi versati dai nuovi "affiliati" senza far affluire gli stessi nel fondo consortile (sul quale i terzi possono far valere i propri diritti) e, soprattutto, di essere coadiuvati nell'esecuzione delle commesse.

Ma ciò non può condurre ad una elusione della normativa in materia di contratti pubblici, con particolare riferimento alle regole circa la composizione dei soggetti che partecipano alle gare, i loro obblighi dichiarativi, il controllo sul possesso dei requisiti, le eventuali modificazioni soggettive, il controllo sull'esecuzione del contratto.

Del resto, delle due l'una: o gli "affiliati" in parola vengono considerati alla stregua di subappaltatori cui demandare una parte delle prestazioni, quindi come soggetti "esterni" al Consorzio, ma ciò appare in contrasto con la loro partecipazione al Consorzio nei termini sopra riferiti (senza considerare, comunque, il fatto che questi affiliati non sono stati comunicati alla stazione appaltante prima dell'inizio delle loro prestazioni, né quindi da quest'ultima espressamente autorizzati, come invece previsto dall'art. 118, comma 8, del Codice dei Contratti Pubblici); oppure essi devono essere assimilati ai Consorziati, con conseguente applicazione del suddetto comma 9 dell'art. 37 del D.Lgs. 163/2006, il quale, come visto, vieta modificazioni soggettive di segno additivo o sostitutivo nella composizione del consorzio ordinario di concorrenti e del RTI rispetto alla compagine presentata in sede di offerta.

Diversamente opinando, del resto, ci troveremmo di fronte ad una figura del tutto sottratta al Codice dei Contratti Pubblici ed ai relativi controlli.

In generale, dunque, se lo Statuto di un Consorzio di concorrenti prevede la possibilità di "affiliati", il Consorzio a rigore dovrebbe dichiarare alla stazione appaltante, al momento della gara, la propria composizione comprensiva di tali "affiliati", se già esistenti ⁶, e *comunicare eventuali, successivi cambiamenti, nei limiti in cui questi sono ammissibili da un punto di vista normativo*, come detto sopra.

Nel caso *de quo*, l'aspetto sostanziale resta dunque la centralità del flusso informativo concernente le vicende di tutti gli esecutori dei servizi che il Fornitore (doveva e) deve fornire.

Il RTI aggiudicatario, infatti, per garantire alla stazione appaltante la possibilità di conoscere esattamente in ogni momento quali soggetti stiano provvedendo all'esecuzione delle prestazioni oggetto della Convenzione, era ed è chiamato a comunicare alla Consip S.p.A., in modo continuativo e tempestivo, tutte le vicende attinenti ai soggetti medesimi.

In caso contrario, non potrebbe escludersi il verificarsi di una situazione in cui la stazione appaltante

non è più in grado di conoscere - e dunque controllare - "chi esegue cosa".

Si rammenta, al riguardo, che la stazione appaltante, ai sensi delle prescrizioni contenute nella lettera c) delle "Premesse" alla Convenzione, ha il compito di " *svolgere le attività di monitoraggio dell'esecuzione delle Obbligazioni e delle prestazioni, oggetto delle Convenzioni medesime e dei singoli contratti attuativi* ". Compito, del resto, ribadito dalla stessa stazione appaltante nella nota del 07.08.2009, nella parte in cui afferma che: " *nell'ambito dell'attività di supervisione, controllo e monitoraggio sul corretto adempimento, applicazione ed esecuzione delle prestazioni relative alla Convenzione e dei singoli Ordinativi di Fornitura, che le compete anche ai sensi dell'art. 8 della Convenzione e dell'art. 8 delle Condizioni Generali [...]* ".

La predetta situazione di incertezza - non in linea con l'impianto normativo del Codice dei Contratti Pubblici - si è nei fatti verificata, come risulta già dalla circostanza che (da quanto affermato dalla Ecosfera Servizi S.r.l., attuale mandataria del RTI) il RTI non è stato in grado di fornire " *l'indicazione dei nominativi degli operatori economici che hanno effettuato/stanno effettuando i servizi relativi alla Convenzione* " (nota Consip del 22.12.2012).

Inoltre, la Consip S.p.A., nelle controdeduzioni rese nell'ambito del procedimento istruttorio, ha allegato una tabella nella quale ha indicato solo " *la data di stipula di ciascun Contratto, la tipologia dei servizi erogati e il relativo importo contrattuale* ", ma non la denominazione/ragione sociale o ditta di chi esegue i servizi.

Risulta evidente, dunque, dalla documentazione prodotta, che né la Mandataria del RTI né la stazione appaltante avrebbero più sotto controllo la mappa completa e aggiornata delle corrispondenze biunivoche tra ciascun servizio richiesto dalle Amministrazioni che hanno emesso l'OPF e la società esecutrice dello stesso. Si è addirittura verificata la paradossale e preoccupante circostanza che il Fornitore e l'Amministrazione Contraente hanno indicato operatori economici diversi per lo stesso servizio.

Eppure, come visto, sono diversi i meccanismi di controllo e monitoraggio previsti in ordine alla Convenzione in oggetto, sia in capo alla Consip S.p.A. che in capo alle Amministrazioni Contraenti (si veda, tra l'altro, l'art. 8: "Supervisione e controllo" delle Condizioni Generali), sia in capo al Fornitore che al Gestore del Servizio ed allo stesso Presidente del Consorzio Cimags.

Con particolare riferimento al Fornitore, si evidenzia, del resto, che l'art. 5 delle "Condizioni Generali" della Convenzione-quadro, al comma 5 ("Obbligazioni generali del Fornitore"), lettera f), prevede espressamente che il Fornitore debba " *comunicare tempestivamente alle Amministrazioni Contraenti ed alla Consip S.p.A. le eventuali variazioni della propria struttura organizzativa coinvolta nell'esecuzione della Convenzione e degli OPF, indicando analiticamente le variazioni intervenute ed i nominativi dei nuovi responsabili* ".

Inoltre, occorre evidenziare che lo stesso articolo, al successivo comma 11, stabilisce che il Fornitore si obbliga a " *dare immediata comunicazione* " ai soggetti di cui sopra " *di ogni circostanza che abbia influenza sull'esecuzione delle attività di cui alla Convenzione e ai singoli OPF* ".

Si deve dunque osservare, da un lato, che la Mandataria non sembra aver assolto del tutto agli obblighi cui era soggetta dalla Convenzione in epigrafe;⁷ dall'altro, che la Consip, in fase di gara, era a conoscenza della possibilità dell'affiliazione all'interno del RTI, atteso che lo Statuto del Consorzio Cimags - che prevede, appunto, la figura degli affiliati - è stato depositato in sede di presentazione degli atti di gara.

In effetti, già durante lo svolgimento della procedura di gara sarebbe stato opportuno, da parte della Consip, approfondire le peculiarità del suddetto rapporto giuridico ed in particolare le ripercussioni che avrebbe potuto avere anche in fase di esecuzione della Convenzione.

Inoltre, alla stregua di quanto emerso nella parte in fatto che precede - ossia che, allo stato attuale, la stazione appaltante non è più in grado di essere perfettamente a conoscenza di "chi esegue cosa" - sembrerebbe che la Consip non abbia adempiuto completamente agli obblighi di controllo e monitoraggio, sopra evidenziati, perlomeno non in via costante e continuativa.

Quanto alla questione relativa all'intervenuta modificazione soggettiva dell'originario RTI, quale fatto che possa rappresentare un ostacolo alla prosecuzione del contratto, si evidenzia, in generale, che nel caso in cui le imprese rimanenti abbiano comunque tutti i requisiti di qualificazione per le prestazioni oggetto dell'appalto, la modifica, dopo l'aggiudicazione, della compagine soggettiva *in senso riduttivo*, non si pone in contrasto con il principio di immutabilità del raggruppamento temporaneo di imprese, come previsto dalla normativa vigente in materia di appalti pubblici dall'art. 37, co. 9, D.Lgs. 163/2006.

Come già detto sopra, infatti, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale il suddetto divieto legislativo riguarderebbe l'aggiunta o la sostituzione di componenti ma non anche il venir meno, senza sostituzione, di taluno dei componenti originariamente indicati (cfr. TAR Sardegna, Sez. I, Sentenza n. 519/2011; Cons. St., Sez. V, n. 4101/2007; Cons. St., Sez. VI, n. 2964/2009; in tal

senso anche questa Autorità, deliberazione n. 68/2011).

Le suddette osservazioni valgono in relazione all'esclusione dal RTI delle due società - Unigam System S.r.l. e Unisima S.r.l. - e di alcuni "affiliati" al Consorzio Cimags (per i motivi sopra riportati), atteso che, da quanto emergerebbe dalla documentazione prodotta, le imprese rimanenti del RTI avrebbero tutti i requisiti di qualificazione per le prestazioni oggetto dell'appalto.

A diverse conclusioni si deve invece giungere, per le ragioni sopra ampiamente evidenziate, riguardo agli effetti dell'ingresso di nuovi soggetti "affiliati" nella compagine del RTI, per il tramite del Consorzio Cimags, in quanto tale circostanza rappresenta un'aggiunta di componenti rispetto a quelli originari.

Riguardo, infine, all'ultimo quesito della Consip - se si debba ritenere che la mancanza di requisiti di ordine generale, accertata in capo ad alcune imprese "affiliate" del Consorzio Cimags, sia causa ostativa alla prosecuzione della Convenzione e dei relativi Contratti attuativi da parte di tutto il RTI e se detta circostanza possa avere conseguenze sulla partecipazione e/o aggiudicazione delle gare Consip da parte della CIDS - si evidenzia che le sanzioni per la mancanza dei requisiti generali dichiarati sono di carattere personale (in argomento cfr. anche determinazioni AVCP nn. 1/2008 e 1/2010).

Si deve, comunque, osservare come tale questione non sposti i termini del problema centrale, relativo alla presenza di nuove ed ulteriori imprese all'interno del Consorzio Cimags, che contrasta a monte con le statuizioni del Codice dei Contratti Pubblici, con particolare riferimento all'art. 37 nei termini sopra evidenziati.

Appare dunque precipuo compito della stazione appaltante quello di valutare, sulla base di tutto quanto precede, le azioni più opportune da intraprendere alla luce delle norme del D.Lgs. 163/2006 (artt. 37 e 38) e delle clausole della Convenzione-quadro a suo tempo stipulata, rispetto a quanto verificatosi nel corso dell'esecuzione della Convenzione.

Quanto ad altre future gare, si suggerisce alla Consip S.p.A. di prevedere, già nella *lex specialis* di gara, una efficace regolamentazione di questa categoria di consorziati (gli "affiliati"), al fine di poter controllare esattamente la composizione dei soggetti aggiudicatari.

In base a tutto quanto precede,

Il Consiglio

- ritiene che gli "affiliati" consorziati debbano essere equiparati ai soci consorziati al Consorzio Cimags, per le motivazioni di cui sopra;
- ritiene, dunque, che il successivo ingresso di "affiliati" nel Consorzio Cimags abbia comportato una modifica della struttura organizzativa del Consorzio ordinario medesimo, che, a propria volta, ha comportato una modificazione nella composizione del RTI aggiudicatario rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta, violando in tal modo le prescrizioni normative dell'art. 37 del Codice dei Contratti Pubblici, nei sensi di cui in motivazione;
- ritiene che il Fornitore non abbia correttamente ottemperato agli obblighi informativi circa le variazioni della propria struttura organizzativa coinvolta nell'esecuzione della Convenzione-quadro e degli OPF, non consentendo alla stazione appaltante di effettuare tempestivamente le proprie valutazioni al riguardo, nei sensi di cui in motivazione;
- invita la Consip S.p.A. a svolgere in modo attento e continuativo gli obblighi di controllo e di monitoraggio sull'esecuzione della Convenzione quadro, nei sensi di cui in motivazione;
- invita la Consip S.p.A. a riscontrare la presente delibera nel termine di trenta giorni dalla ricezione postale della stessa, rendendo note le eventuali iniziative assunte;
- dà mandato alla Direzione Generale Vigilanza Lavori Servizi e Forniture affinché comunichi la presente delibera all'istante Consip S.p.A.

Il Consigliere Relatore: Piero Calandra

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 29 ottobre 2012

Il Segretario: Maria Esposito

¹ A tal fine, limitatamente ai consorzi ed alle imprese consorziate, la Consip S.p.A. ha invitato la Mandataria a riprodurre tutte le dichiarazioni sostitutive rese dal rappresentante legale di ciascuna società, ai sensi degli artt. 46 e 47 del D.P.R. n. 445/2000, attestanti l'insussistenza dei motivi di esclusione ex art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006.

² Averti ad oggetto, rispettivamente, la " gestione ed il coordinamento di attività e servizi per la partecipazione, nonché la successiva esecuzione, in caso di aggiudicazione, della gara a pubblico

incanto "Servizi di Facility management per immobili in uso a qualsiasi titolo alle Pubbliche Amministrazioni adibiti prevalentemente ad uso ufficio" e lo "svolgimento di attività e servizi di gestione integrata e global service di patrimoni immobiliari" (pagg. 4 e 5, nota sopra citata nel testo).

³ Il Gestore del Servizio è la persona nominata dal Fornitore quale proprio referente e proprio responsabile nei rapporti con le Amministrazioni Contraenti.

⁴ Riguardo alla risoluzione del contratto e delle singole lettere di incarico, è previsto che il Consorzio possa risolvere il contratto, tra l'altro, per manifesta incapacità o inidoneità nell'esecuzione dei servizi affidati; negligenza e/o imperizia della affiliata nello svolgimento delle prestazioni, ovvero reiterato inadempimento alle obbligazioni contrattuali, tali da compromettere il corretto espletamento dei servizi affidati; mancata presentazione della documentazione richiesta; espressa e motivata richiesta al RTI da parte dell'Amministrazione ordinante.

⁵ A tale riguardo, nelle "Premesse" dell'Accordo Quadro citato, è indicato che: *" il Consorzio Cimags [...] è aperto all'affiliazione di ulteriori consorziati "*.

⁶ Al momento dell'aggiudicazione della gara Consip, stando agli atti a disposizione, non risulta che gli affiliati in questione avessero ancora presentato domanda di ingresso nel Consorzio Cimags.

⁷ L'art. 15 delle Condizioni Generali sopra citate prevede la risoluzione in caso di inadempimento del Fornitore ad uno solo degli obblighi assunti con la stipula della Convenzione, previo preavviso; la risoluzione di diritto del contratto attuativo e/o della Convenzione è pure prevista, *ex art. 1456 c.c., " qualora fosse accertato il venir meno dei requisiti minimi richiesti per la partecipazione alla gara "*, v. art. 15, co. 2, lettera a), Cond. Gen. citate; all'art. 16 ("Recesso") è stabilito, poi, che le Amministrazioni Contraenti e la Consip S.p.A., per quanto di proprio interesse, hanno diritto di recesso, tra l'altro, *" qualora il Fornitore perda i requisiti minimi richiesti per la partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica "* (lettera c)) oppure al verificarsi di *" ogni altra fattispecie che faccia venire meno la fiducia sottostante la Convenzione e/o ogni singolo contratto di fornitura "*.