



DELIBERA N. 184

3 maggio 2023.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Consorzio Stabile Telegare – Lavori di riqualificazione integrata del Museo Civico Castello Ursino - Importo a base di gara: Euro 4.972.251,54 - S.A.: Comune di Catania.

UPREC - PRE 481/2023/L/PREC

Riferimenti normativi

Artt. 47, 48 e 146 del D.lgs. n. 50/2016.

Parole chiave

Consorzio stabile, Qualificazione, Beni culturali.

Massima

Appalto pubblico – Lavori – Beni culturali – Operatore economico – Consorzio stabile – Qualificazione – Impresa consorziata esecutrice – Requisiti di qualificazione – Assenza – Conseguenze – Esclusione dalla gara – Sussiste.

La designazione, da parte di un Consorzio stabile, di una consorziata per l'esecuzione dei lavori nella categoria prevalente del tutto carente di qualificazione per eseguire tali prestazioni, comporta l'esclusione del Consorzio dalla gara, anche se la qualificazione è posseduta in proprio dal Consorzio.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 3 maggio 2023



DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 15565 del 24 febbraio 2023, con la quale il Consorzio Stabile Telegare ha chiesto all'Autorità di esprimere un parere relativamente all'ammissione alla gara del Consorzio Stabile Agoraa S.c. a r.l., risultato aggiudicatario;

RILEVATO che l'istante ha contestato l'aggiudicazione sotto tre profili: *i/* per la contraddittoria modalità di partecipazione alla gara del Consorzio Agoraa, il quale, nella domanda di partecipazione, ha indicato come consorziata esecutrice la Tiesse Costruzioni Società Cooperativa, salvo poi dichiarare, nel DGUE, che tale consorziata avrebbe eseguito i soli lavori rientranti nella categoria OG1 (a detta dell'istante, da intendersi come OG11) e che la restante parte dell'appalto sarebbe stata eseguita in proprio dal consorzio; *ii/* per il mancato possesso della categoria a qualificazione obbligatoria OG2 in capo alla consorziata esecutrice e per la contestuale impossibilità per il Consorzio di spendere, ai fini della qualificazione, i requisiti posseduti in proprio o quelli di altre consorziate non indicate come esecutrici, stante il divieto di "cumulo alla rinfusa" in materia di appalti relativi a beni culturali; *iii/* per la contestuale partecipazione alla gara, in forma autonoma, della consorziata Operes S.r.l., non indicata da Agoraa quale esecutrice dell'appalto *de quo*, ma titolare di qualificazione nella categoria OG2 confluita nella SOA del Consorzio aggiudicatario;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 17086 del 2 marzo 2023;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalle parti;

RILEVATO che il Consorzio Stabile Agoraa (con memoria acquisita al prot. 18728 dell'8 marzo 2023) ha affermato: *i/* che il Consorzio Agoraa (in quanto consorzio stabile) è l'unico concorrente alla procedura di gara e ha dichiarato di eseguire in proprio (quindi con propria struttura d'impresa e propria qualificazione SOA e direzione tecnica) tutte le lavorazioni rientranti nell'ambito della categoria OG2 sottoposta a specifica tutela; *ii/* che il Consorzio ha dichiarato, nel proprio DGUE, che la consorziata designata eseguirà le sole prestazioni rientranti nell'altra categoria (la OG11) non sottoposta a "tutela", ben potendo applicarsi in tal caso l'istituto del cumulo alla rinfusa; *iii/* che non sussiste duplicazione dei requisiti con altra consorziata non designata, la quale ha preso parte alla gara con propria attestazione SOA, atteso che il Consorzio Agoraa ha nella propria struttura almeno altre cinque consorziate che possiedono idonea attestazione nella categoria OG2 e che vanta i requisiti occorrenti per eseguire in proprio le pertinenti lavorazioni;

PREMESSO che la procedura *de qua* ha ad oggetto l'affidamento dei lavori di riqualificazione integrata del Museo civico di Castello Ursino, secondo il criterio del minor prezzo. Il bando di gara (punto III.1.3) richiede il possesso delle seguenti attestazioni SOA: – categoria prevalente OG11 classifica IV-bis, (impianti tecnologici) subappaltabile al 30%; – categoria scorporabile OG2 classifica IV (manutenzione beni immobili sottoposti a tutela) subappaltabile al 30%, precisando che "ai sensi dell'art. 146 del D.Lgs. e ss.mm.ii. non è consentito il ricorso all'istituto dell'avvalimento per la Categoria OG2 ed il relativo subappalto è limitato al 30%";

TENUTO CONTO che dalla documentazione in atti si evince che il Consorzio Agoraa, ne DGUE, ha indicato come consorziata esecutrice dei lavori l'impresa Tiesse Costruzioni Società Cooperativa, titolare di attestazione nella categoria OG1 – classifica II (non richiesta nel bando), dichiarando che "la restante



parte fino all'importo complessivo dell'appalto verrà eseguita in proprio dal consorzio". Nella domanda di partecipazione alla gara del Consorzio Agoraa e della consorziata viene nuovamente indicata come esecutrice la Tiesse Costruzioni, senza tuttavia specificare le lavorazioni a questa affidate e nel DGUE di quest'ultima viene dichiarato il possesso dell'attestazione di qualificazione nelle categorie OG1-II, OG3-I, OG6-I e OS21-I (senza alcun riferimento alle categorie OG11 e OG2 di cui al bando della gara in questione);

RILEVATO che, nella memoria presentata nel presente procedimento, il Consorzio Agoraa ha enfatizzato la dichiarazione riportata nel proprio DGUE, ribadendo che la propria volontà è quella di fare eseguire al Consorzio, con propria struttura e qualificazione SOA, le prestazioni rientranti nella categoria OG2 (le uniche per le quali non si può applicare il cumulo alla rinfusa) e di avere limitato l'attività della consorziata Tiesse Costruzioni alle prestazioni rientranti nella categoria OG11 (che non segue il regime dell'art. 146 del Codice e il divieto di cumulo alla rinfusa);

RITENUTO, per quanto concerne la prima questione sollevata dall'istante, che non sussistono profili di contraddittorietà sulla modalità di partecipazione del Consorzio Agoraa alla procedura. Sebbene la domanda di partecipazione alla gara sia incompleta (perché non specifica quali lavori vengono attribuiti alla consorziata), tale "lacuna" viene colmata dal DGUE del Consorzio e della consorziata stessa, che vanno letti in modo sistematico, dichiarazioni da cui si evince che la manifestazione di volontà del Consorzio (ribadita anche in sede di memoria procedimentale) è quella di assegnare alla consorziata Tiesse Costruzioni tutte le lavorazioni afferenti la categoria prevalente OG11, mantenendo l'esecuzione in proprio dei lavori di manutenzione dei beni immobili sottoposti a tutela (OG2);

RITENUTO che, ai fini della risoluzione della questione controversa, assume carattere dirimente la seconda questione sollevata dall'istante, relativa al possesso dei requisiti di qualificazione richiesti dalla *lex specialis* di gara in capo alla consorziata designata come esecutrice dei lavori;

VISTE le attestazioni di qualificazione del Consorzio Stabile Agoraa (Attestazione n. 48884/17/00 e n. 47268/17/00) da cui risulta che il Consorzio è qualificato per eseguire lavorazioni nella categoria OG2 fino alla classica VIII e nella categoria OG11 fino alla classifica VI, nonché l'attestazione di qualificazione di Tiesse Costruzioni Società Cooperativa (Attestazione n. 46879/17/00) da cui risulta la qualificazione nelle categorie OG1-III, OG3-I, OG6-I e OS21-I;

CONSIDERATO che il Consorzio aggiudicatario possiede in proprio entrambe le categorie richieste dal bando (OG11 e OG2), mentre risulta *per tabulas* che la consorziata Tiesse Costruzioni è priva di qualificazione nel settore oggetto di gara e non è munita di attestazione SOA per eseguire lavori relativi alla categoria OG11 (ad essa attribuiti in via esclusiva). Si tratta, dunque, di valutare non tanto (come sostenuto dall'istante) se la consorziata deve essere qualificata nella categoria OG2 (questione, invero, irrilevante, considerando che non si è obbligata ad eseguire tali prestazioni), bensì se è qualificata per le prestazioni che si è obbligata ad eseguire, afferenti alla categoria OG11. Sotto tale aspetto, il punto dirimente è stabilire se la qualificazione del Consorzio stabile (anche per la OG11) può legittimare l'esecuzione di prestazioni da parte di una impresa consorziata del tutto priva di qualificazione;

RITENUTO che la suddetta questione riguarda solo parzialmente il tema su cui si sono soffermate le parti nel presente procedimento, relativo al cd. cumulo alla rinfusa nei consorzi stabili; tema che, propriamente inteso è riferito alla possibilità per il Consorzio stabile, privo dei requisiti, di qualificarsi per il tramite delle proprie consorziate, sommandone i relativi requisiti. Nel caso di specie, invece, il consorzio possiede in proprio la qualificazione, ma ha indicato, quale ditta esecutrice di una parte dell'intervento, un'impresa priva di qualificazione che dovrebbe beneficiare della "maggiore" qualificazione del consorzio;



CONSIDERATO che la questione *de qua* è stata più volte affrontata dall'Autorità e più essere risolta nel senso di confermare il proprio orientamento, che non consente la partecipazione (*a fortiori*, l'aggiudicazione) alla gara ad un consorzio stabile che, ai fini dell'esecuzione totale o parziale del contratto, ha designato una o più imprese consorziate prive della qualificazione e della professionalità necessarie per eseguire i lavori ad essa/e assegnati;

CONSIDERATO, infatti, che, con le Delibere n. 1239 del 6 dicembre 2017, n. 710 del 23 luglio 2019, nn. 822 e 826 del 26 settembre 2019, n. 798 del 14 ottobre 2020, l'Autorità (prendendo le mosse dall'analisi del regime speciale di cui all'art. 146 del Codice) ha evidenziato che la qualificazione per l'esecuzione di lavori nel settore dei beni culturali può essere utilizzata soltanto dal soggetto che ha eseguito quei lavori, con la conseguenza che, in caso di partecipazione di un consorzio stabile, a prescindere dalle attestazioni del consorzio, la qualificazione richiesta deve essere posseduta dall'impresa designata per l'esecuzione del contratto. Tale orientamento è stato condiviso dal Consiglio di Stato, che, con sentenza n. 403 del 16 gennaio 2019, ha ritenuto legittima l'esclusione di un consorzio stabile, per carenza dei requisiti di qualificazione in capo alle consorziate designate, *"a nulla rilevando il possesso dei medesimi da parte del Consorzio"*. Il Consiglio di Stato ha negato la possibilità per il consorzio di svolgere in proprio i lavori avendone la qualificazione, esprimendo il principio secondo cui in caso di designazione di consorzio per l'esecuzione del contratto, a questa occorre fare riferimento per la valutazione dei requisiti, mentre su un piano diverso *"si pone la considerazione per cui il consorzio stabile è caratterizzato dal c.d. elemento teleologico, che gli consente di operare con un'autonoma struttura di impresa, capace di eseguire anche in proprio, e cioè senza l'ausilio necessario delle imprese consorziate, le prestazioni previste nel contratto (in termini Cons. Stato, V, 17 gennaio 2018, n. 278)"*;

RILEVATO che il richiamato indirizzo è stato, anche di recente, ribadito dal Consiglio di Stato (sez. V, 7 marzo 2022, n. 1615), che, in relazione ad un appalto nel settore dei beni culturali, ha affermato che *"nel caso di partecipazione di un consorzio stabile a una procedura di gara, a prescindere dalla qualificazione del consorzio e/o di altre consorziate, la qualificazione richiesta debba essere comunque posseduta da ciascuna delle imprese designate per l'esecuzione del contratto (...). Ne consegue che, al fine di consentire alla stazione appaltante la verifica del rispetto della disposizione, è necessario che anche le imprese esecutrici designate da un consorzio stabile, oltre ad essere qualificate per l'esecuzione dei lavori, possedendo in proprio la relativa categoria, indichino la quota di esecuzione dei lavori corrispondente alla classifica"*. Rappresenta, pertanto, un caso rimasto del tutto isolato la sentenza citata dal Consorzio controinteressato (C.G.A.R.S., 22 gennaio 2021, n. 49), secondo cui *"dall'espunzione della consorzio risultata non in possesso delle qualificazioni necessarie, consegue che la prestazione ricade in toto sul medesimo consorzio stabile"*; quest'ultima interpretazione non trova alcun supporto nella vigente normativa e porterebbe alla paradossale conseguenza di fare eseguire i lavori ad una impresa la cui struttura aziendale e organizzativa è del tutto priva della professionalità e della qualificazione necessarie;

CONSIDERATO, infatti, che l'art. 47, comma 2, del Codice (come modificato in seguito al c.d. Decreto Sbocca-Cantieri, D.l. n. 32/2019, convertito con modificazioni dall'art. 1, comma 20, lettera i), della L. n. 55 del 2019) dispone che *"I consorzi stabili di cui agli articoli 45, comma 2, lettera c), e 46, comma 1, lettera f) eseguono le prestazioni o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante. Per i lavori, ai fini della qualificazione di cui all'articolo 84, con il regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies sono stabiliti i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni. L'affidamento delle prestazioni da parte dei soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettera b), ai propri consorziati non costituisce subappalto"*. La



vigente disposizione prevede l'alternativa facoltà del consorzio di eseguire il contratto con propria struttura d'impresa – previa dimostrazione del possesso dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria, salva la facoltà di cumulo - ovvero tramite i consorziati indicati in gara, che in tal caso risultano corresponsabili;

RILEVATO che (anche negli appalti non relativi ai beni culturali) il Consiglio di Stato ha affermato le imprese consorziate indicate come esecutrici devono essere in possesso e comprovare i requisiti di qualificazione richiesti per l'esecuzione dei lavori, a prescindere dalla qualificazione del Consorzio (cfr. Cons. Stato, sez. 22 agosto 2022, n. 7360, ove si evidenzia che *"il consorzio può, in sede evidenziale, designare, per l'esecuzione del contratto, una o più delle imprese consorziate (che, in tal caso, partecipano direttamente alla gara, concorrendo alla sostanziale formulazione dei tratti, anche soggettivi, dell'offerta ed assumendo, in via solidale, la responsabilità per l'esatta esecuzione, ancorché la formalizzazione del contratto sia rimessa al consorzio, che è parte formale: cfr., ancora, Cons. Stato, ad. plen., n. 5/2021 cit.); e) in tal caso (che è quello in cui si sussume la vicenda di specie) è necessario che le imprese designate possiedano e comprovino (con la ribadita salvezza dei, limitati e specifici, casi di qualificazione cumulativa) i requisiti, tecnici e professionali, di partecipazione"*, richiamata anche da Cons. Stato, sez. V, 29 dicembre 2022, n. 11596; in termini, si veda Delibera Anac n. 76 del 22 febbraio 2023);

RILEVATO, per completezza, che nel caso di specie non ricorrono le condizioni per l'applicazione dell'art. 48, comma 7-*bis*, del Codice, per accedere ad una modificazione soggettiva all'interno del consorzio stabile aggiudicatario, consentendo la sostituzione della consorziata Tiesse Costruzioni. Nel caso di specie, infatti, la sostituzione non sarebbe determinata da alcuna delle ragioni previste ai commi 17, 18 e 19 dell'art. 48 né da *"fatti o atti sopravvenuti"* e in ogni caso integrerebbe la condizione negativa disciplinata nell'ultima parte del comma 7-*bis* ove è previsto espressamente che la modifica soggettiva non deve essere finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata. Nella fattispecie in esame, la carenza totale di qualificazione dell'impresa consorziata non è un fatto sopravvenuto, ma già sussisteva al termine di scadenza delle offerte. Peraltro, la dichiarazione presentata in gara dal Consorzio (ribadita anche nel presente procedimento) di eseguire per proprio conto solo i lavori rientranti nella categoria scorporabile OG2 non gli consente (dopo l'aggiudicazione) di assumere in proprio anche le prestazioni della categoria OG11, in quanto tale modalità avrebbe dovuto essere dichiarata in sede di offerta e non potrebbe essere una strategia finalizzata a supplire la carenza originaria di un requisito di qualificazione dell'impresa consorziata designata come esecutrice.

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che l'operato della Stazione appaltante non sia conforme alla normativa di settore, in quanto la designazione, da parte del Consorzio aggiudicatario, di una consorziata per l'esecuzione dei lavori nella categoria prevalente (OG11) del tutto carente di qualificazione per eseguire tali prestazioni, comporta l'esclusione del Consorzio dalla gara (*rectius* la decadenza dell'intervenuta aggiudicazione), anche se detta qualificazione è posseduta in proprio dal Consorzio.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 12 maggio 2023
Il Segretario Laura Mascali

Atto firmato digitalmente