

# DELIBERA N. 314

13 aprile 2021

## Oggetto

Istanza di parere congiunta (per adesione successiva) la per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da ASL Napoli 3 Sud e Euromedical Service S.r.l. – Procedura negoziata ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. b, della legge 11 settembre 2020 n. 120, su Piattaforma MePA per l'affidamento di un appalto misto di lavori e servizi per la gestione e manutenzione annuale degli impianti di distribuzione dei gas medicinali, delle centrali tecnologiche e di evacuazione dei gas anestetici installati nelle strutture della ASL Napoli 3 Sud anno 2021 - Importo a base della procedura: euro 520.000,00 - Criterio di aggiudicazione: minor prezzo - S.A.: ASL Napoli 3 Sud

## PREC 77/2021/S-L

## Riferimenti normativi

Articolo 48, comma 11, d.lgs. n. 50/2016

## Parole chiave

Prequalifica come impresa singola - Offerta in RTI

## Massima

### Prequalifica come impresa singola - Offerta in RTI - Legittimità

In casi di procedure ristrette o negoziate, non integra una violazione dell'art. 48, comma 11, d.lgs. n. 50/2016 la presentazione di offerta da parte di un R.T.I. costituito da imprese che si sono prequalificate come singole e che, come tali, sono state invitate a presentare offerta.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 13 aprile 2021

Vista l'istanza di parere acquisita al prot. n. 23690 del 20 marzo 2021 (che ha regolarizzato la precedente istanza prot. n. 20738 del 10 marzo 2021), con la quale l'ASL Napoli 3 Sud ha rappresentato di avere escluso dalla procedura negoziata, bandita ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. b), l. 120/2020, il costituendo R.T.I. costituito da tre operatori economici - G.E.T.E. S.r.l. – ADIRAMEF S.r.l. – I.G.M. S.r.l. – che avevano risposto alla richiesta di manifestazione di interesse come imprese singole e, come tali, erano state invitate a presentare offerta. Ad avviso della stazione appaltante, le tre imprese invitate a presentare offerta *uti singulae* avrebbero violato l'art. 48, comma 11, d.lgs. n. 50/2016, che consente all'operatore economico invitato individualmente di presentare offerta **quale mandatario** di operatori riuniti, poiché in questo caso, ADIRAMEF S.r.l. e I.G.M. S.r.l., già invitati individualmente, hanno presentato offerta in qualità di **mandanti**



del RTI (costituito con G.E.T.E. S.r.l. nel ruolo di mandatario). A fronte della istanza di annullamento in autotutela presentata dal RTI escluso, la stazione appaltante ha chiesto all'Autorità di confermare la correttezza dell'operato del seggio di gara che, nel frattempo, ha proposto l'aggiudicazione in favore di Euromedical Service S.r.l., unico altro operatore economico che ha presentato offerta;

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 23 marzo 2021 con nota prot. n. 24603;

Vista l'adesione all'istanza di parere ai sensi dell'art. 4, comma 3, del Regolamento in materia di precontenzioso, manifestata dall'operatore economico Euromedical Service S.r.l. tramite la compilazione dell'apposito modulo acquisito al prot. n. 23655 del 19 marzo 2021;

Vista la memoria e la documentazione allegata all'istanza di parere;

Visto quanto argomentato dal costituendo RTI G.E.T.E. S.r.l. – ADIRAMEF S.r.l. – I.G.M. S.r.l., con memoria acquisita al prot. n. 25993 del 29 marzo 2021, circa l'illegittimità della propria esclusione alla luce della giurisprudenza consolidata, nazionale ed eurounitaria;

Considerato che, dopo un'iniziale presa di posizione di segno contrario (Cons. Stato, VI, n. 1267/2006), la giurisprudenza ammette che imprese qualificatesi separatamente possano riunirsi ai fini della presentazione dell'offerta, poiché ciò non viola il divieto di modificabilità soggettiva della composizione dei partecipanti. Tanto sulla base della considerazione che la fase di prequalificazione assolve all'esclusiva funzione di accertare il possesso dei requisiti di partecipazione (con la conseguente selezione delle imprese da invitare) ed è distinta dalla gara vera e propria, in cui a seguito delle lettere di invito vengono presentate le offerte. La giurisprudenza ha evidenziato che la disciplina vigente si limita a richiedere che alla presentazione dell'offerta siano ammesse imprese già selezionate nella fase di prequalificazione, ma non impedisce a queste ultime di associarsi temporaneamente in vista della gara, posto che il raggruppamento non estingue la soggettività delle imprese già qualificate e che, quindi, non può definirsi quale soggetto diverso da quelli invitati (Cons. Stato, VI, n. 588/2008; id., V, n. 1548/2014). «*La validità della costituzione di un'ATI va giudicata solo con riferimento al momento della formulazione dell'offerta, per cui sono legittime le offerte congiuntamente presentate da imprese appositamente e tempestivamente raggruppate, singolarmente invitate, anche allorquando la loro costituzione in ATI sia intervenuta dopo la fase di prequalificazione*» (Cons. Stato, V, n. 2896/2017);

Considerato che l'art. 48, comma 11, che prevede che l'operatore economico invitato singolarmente possa presentare offerta per sé o quale mandatario di operatori riuniti, va letto congiuntamente all'art. 61, comma 3, che, con riferimento alle procedure ristrette, dispone che soltanto gli operatori economici invitati possono presentare offerta. Secondo parte della giurisprudenza (TAR Lazio, Roma, III, n. 2236/2011; TAR Puglia, Lecce, III, n. 156/2019) ciò comporta che l'impresa invitata singolarmente può presentare offerta in RTI, costituito successivamente, ma solo con altri soggetti già preselezionati, mentre altra giurisprudenza ammette anche la costituzione di RTI con altre imprese mandanti non prequalificate (cfr. TAR Umbria, I, n. 494/2018; TAR Lombardia, Milano, IV, n. 2476/2017). Ne consegue che se un RTI può (anzi, secondo un certo orientamento, deve) essere costituito da imprese tutte già invitate singolarmente a presentare offerta, è gioco forza che almeno una (se il RTI è costituito da due imprese) rivesta il ruolo di mandante;

Ritenuto, alla luce di quanto sopra, che la presentazione di offerta da parte del costituendo RTI G.E.T.E. S.r.l. – ADIRAMEF S.r.l. – I.G.M. S.r.l. non integra una violazione dell'art. 48, comma 11, d.lgs. n. 50/2016;

Considerato tuttavia, ulteriormente, che il RTI in esame è un cosiddetto RTI sovrabbondante, ovvero un raggruppamento costituito da imprese ciascuna in possesso dei requisiti sufficienti per partecipare singolarmente alla gara. Come osservato dall'Autorità nella determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012, qualora un tale tipo di raggruppamento avesse una connotazione macroscopicamente anticoncorrenziali si porrebbe



in violazione dell'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea che, al pari dell'art. 2 della l. 10 ottobre 1990, n. 287, vieta le intese aventi per oggetto o per effetto quello di falsare e/o restringere la concorrenza. Ciò vale a dire, come chiarito nel Comunicato del Presidente del 3 settembre 2014, che è sempre consentita la possibilità di costituire raggruppamenti temporanei, anche di tipo sovrabbondante, e che l'esclusione non potrà mai essere automatica. Tuttavia, qualora la stazione appaltante ravvisasse possibili profili anticoncorrenziali nella formazione del raggruppamento, avrebbe l'onere di valutare in concreto la situazione di fatto, richiedendo ai concorrenti le relative giustificazioni, che possono basarsi non solo su elementi legati ad eventuali stati di necessità, in termini di attuale capacità produttiva, ma su ogni altro fattore rientrante nelle libere scelte imprenditoriali degli operatori economici, come l'opportunità ovvero la convenienza di partecipare in raggruppamento alla luce del valore, della dimensione o della tipologia del contratto. Nell'ambito della valutazione di tali elementi, la stazione appaltante deve, quindi, accertare se la formazione del raggruppamento ha avuto per oggetto o per effetto quello di falsare o restringere la concorrenza, e solo in caso di esito positivo può essere disposta l'esclusione dalla gara. Nello stesso senso anche la giurisprudenza, che ha chiarito che il raggruppamento sovrabbondante non è vietato in via generale dall'ordinamento, anche in considerazione del *favor* del diritto europeo alla partecipazione alle gare ad evidenza pubblica anche dei soggetti riuniti, quale che sia la forma giuridica di tale aggregazione (Cons. Stato, V, n. 560/2017), e che non è dunque il sovradimensionamento del raggruppamento in sé ad essere illecito, ma l'inserirsi di tale sovradimensionamento in un contesto di elementi di fatto che denotano i fini illeciti perseguiti con uno strumento, quello del raggruppamento, in sé lecito (Cons. stato, VI, n. 5067/2012; Cons. Stato, III, n. 3246/2017; TAR Bologna, II, n. 518/2018). Nel medesimo senso anche il Parere di precontenzioso n. 114 del 21 maggio 2014;

Ritenuto, alla luce di quanto sopra, che la costituzione del raggruppamento in esame non può, *ex se*, considerarsi vietata neppure in quanto raggruppamento sovrabbondante e potrebbe comportare l'esclusione solo qualora la stazione appaltante, ravvisati possibili profili anticoncorrenziali nella formazione del raggruppamento, accertasse che la sua costituzione ha avuto per oggetto o per effetto quello di falsare o restringere la concorrenza, ovvero, sul piano concorrenziale, che tale raggruppamento costituisce un'intesa restrittiva della concorrenza o un effetto di una siffatta intesa;

#### Il Consiglio

ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono,

- non conforme alla normativa di settore l'esclusione dalla procedura del costituendo RTI G.E.T.E. S.r.l. – ADIRAMEF S.r.l. – I.G.M. S.r.l.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 23 aprile 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente