



DELIBERA N. 29

20 gennaio 2021.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Comune di Acireale - Procedura negoziata telematica tramite MEPA RdO n. 2470046 avente ad oggetto: "noleggio bagni mobili a funzione chimica per il mercato settimanale del sabato" per la durata di mesi 24 (biennio 2020/2021) CIG: ZAF2A7A530 - Importo a base di gara: 17.874,99 euro. S.A.: Comune di Acireale (CT).

PREC 225/2020/S

Riferimenti normativi

Artt. 45 del D.Lgs. n. 50/2016.

Parole chiave

Contratto di rete.

Massima

Forma di partecipazione alla gara – Aggregazione tra imprese aderenti al contratto di imprese – Va dichiarata in sede di gara.

La forma di partecipazione alla gara, dichiarata in sede di domanda, vincola il concorrente anche in fase esecutiva. Pertanto, laddove un operatore economico abbia dichiarato di partecipare alla gara in forma individuale non è invocabile *a posteriori* l'art. 45, comma 2, lett. f) del Codice (che consente la partecipazione ad aggregazioni di imprese aderenti ad un contratto di rete), ma la società aggiudicataria è tenuta ad eseguire l'appalto singolarmente.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione



nell'adunanza del 20 gennaio 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 69342 del 29 settembre 2020, con la quale il Comune di Acireale ha chiesto all'Autorità di esprimere un parere sulla natura come "contratto di servizi" dell'accordo stipulato tra l'aggiudicataria Tailorsan S.r.l. e la società L'Orientale Sicula S.r.l. (che di fatto esegue il servizio affidato alla prima), per accertare se possa configurarsi una forma di partecipazione alla gara come aggregazione tra imprese, ai sensi dell'art. 45 del Codice;

RILEVATO che la SA ha esposto di avere aggiudicato la procedura negoziata in oggetto alla ditta Tailorsan S.r.l. (unica partecipante), la quale in sede di gara aveva dichiarato di concorrere come ditta individuale senza dichiarare la volontà di subappaltare parte del servizio ad altri operatori (istituto espressamente escluso dall'art. 12 del Foglio di Patti e Condizioni della R.d.O.). Sennonché, dopo l'avvio dell'esecuzione del servizio, la SA è venuta a conoscenza del fatto che la ditta di fatto esecutrice del servizio era l'Orientale Sicula S.r.l. e l'aggiudicataria (nel rendere i necessari chiarimenti richiesti dalla SA) aveva dichiarato che non sussiste alcun rapporto di subappalto tra le due società e che la ditta esecutrice del servizio è una concessionaria di zona della Tailorsan, in virtù di un contratto di rete in essere tra le parti. La SA ha, altresì, rappresentato di avere successivamente accertato che la ditta aggiudicataria non possiede i requisiti di idoneità professionale richiesti nella R.d.o., che invece risultano posseduti da L'Orientale Sicula S.r.l.;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 82724 del 4 novembre 2020;

VISTA la documentazione presentata dalle parti e le rispettive memorie;

VISTA, inoltre, la memoria prodotta dalla società Commerciale Sicula S.r.l., la quale, dopo avere formulato istanza di accesso agli atti nei confronti del Comune, ha contestato una serie di irregolarità commesse dalla Tailorsan S.r.l. sia in fase di gara che di esecuzione del contratto, consistenti nell'aver affidato in subappalto (senza la preventiva autorizzazione della SA) le prestazioni oggetto di affidamento ad altra ditta, nella circostanza che la società L'Orientale Sicula S.r.l. non fosse munita delle abilitazioni necessarie per eseguire il servizio neanche in subappalto, così come la stessa ditta aggiudicataria. La Commerciale Sicula, oltre ad eccepire l'inammissibilità dell'istanza di precontenzioso, deduce che il rapporto in essere tra le due imprese non sarebbe sussumibile sotto lo schema del contratto di rete *ex art. 45, comma 2, lett. f) del Codice*;

RILEVATO che nella memoria trasmessa dall'aggiudicataria Tailorsan si afferma che non sussiste alcun rapporto di subappalto con la società L'Orientale Sicula e che quest'ultima opera in qualità di concessionario di zona, agisce in nome e per conto della società principale e possiede i requisiti di partecipazione richiesti dalla *lex specialis*; tale società, inoltre, eccepisce l'inammissibilità dell'istanza di precontenzioso in quanto non si tratterebbe di una controversia sorta in fase di gara;

RITENUTO, preliminarmente, di disattendere l'eccezione di inammissibilità dell'istanza, in quanto la questione controversa, pur non essendo sorta durante lo svolgimento della procedura di gara, riguarda la forma e la modalità di partecipazione alla gara dichiarata dalla ditta aggiudicataria (cfr. il parere del Consiglio di Stato n. 1920/2016, reso sullo schema di Regolamento di precontenzioso, nel quale è stato chiarito che *"la norma primaria non fissa la stipulazione contrattuale come limite, essendo ben possibile che la questione si ponga dopo tale momento, pur riguardando la fase di gara"*);



CONSIDERATO che l'art. 45, comma 2, del Codice indica i soggetti rientranti nella definizione di operatori economici ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici e tra di essi prevede, alla lett. f), le " *aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete ai sensi dell'art. 3, comma 4-ter, del DL 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, n. 33*";

CONSIDERATO che il contratto di rete è un modello giuridico tipico disciplinato normativamente nel nostro ordinamento per la prima volta nel 2009, con l'art. 3 comma 4-ter e ss. del Decreto Legge n. 5/2009, convertito con Legge n. 33/2009 e s.m.i., definito come l'accordo con cui due o più imprenditori, per accrescere individualmente e collettivamente la propria competitività e la propria capacità innovativa, si obbligano sulla base di un programma comune a collaborare in forme e in ambiti predeterminati (attinenti all'esercizio delle proprie imprese) ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni (di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica) o ancora a esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa, anche non creando un organo con poteri di gestione e rappresentanza né un fondo patrimoniale comune e mantenendo la propria individualità;

CONSIDERATO che, per la partecipazione alle gare, gli operatori economici che collaborano alla rete, sia che possiedano un organo comune sia che non lo possiedano, devono tutti sottoscrivere l'offerta e quindi manifestare la propria volontà alla stazione appaltante di partecipare; inoltre, è necessario che, a monte, il contratto di rete sia stato redatto per atto pubblico o per scrittura privata autenticata ovvero per atto firmato digitalmente a norma dell'art. 25 del CAD, al fine di fornire idonee garanzie alla stazione appaltante circa l'identità delle imprese retiste (vd. Determinazione Avcp n. 3 del 2013);

RILEVATO che, nel caso di specie, non è applicabile l'art. 45, comma 2, lett. f) del Codice in quanto la società Tailorsan non ha partecipato alla gara in aggregazione con L'Orientale Sicula S.r.l., in base ad un contratto di rete. Come si evince dalla documentazione in atti, la ditta risultata aggiudicataria ha dichiarato di partecipare alla gara come operatore singolo, ai sensi dell'art. 45, comma 2, lett. a) del Codice, in tal modo obbligandosi anche ad eseguire personalmente le prestazioni oggetto dell'affidamento;

RITENUTO, dunque, che la chiara volontà espressa dalla Tailorsan di partecipare alla gara in forma singola (confermata anche dalla sottoscrizione individuale dell'offerta economica) non consente di avvalorare la tesi suggerita *a posteriori* dalla stazione appaltante di configurare la sua partecipazione come aggregazione di rete, pena una inammissibile modifica *ex post* della domanda di partecipazione alla gara e dell'offerta in palese elusione delle regole dell'evidenza pubblica;

CONSIDERATO, sotto altro profilo, che risulta pacifico tra le parti che la legge di gara non ammetteva il ricorso a subappalto e che la Tailorsan non ha dichiarato di fare ricorso a tale istituto, richiedendo la preventiva autorizzazione alla stazione appaltante, ai sensi dell'art. 105, comma 4, del Codice;

RITENUTO, dunque, che la Tailorsan avrebbe dovuto eseguire il servizio secondo le condizioni e la forma indicata in sede di partecipazione alla gara, senza affidarlo di fatto ad altro operatore;

RITENUTO che, diversamente opinando, nel caso di specie, vi sarebbe una vistosa violazione del principio di personalità nell'esecuzione dell'appalto, che avrebbe luogo in spregio alle condizioni a cui l'operatore si è obbligato in sede di partecipazione alla gara, con conseguente pregiudizio per gli interessi pubblici che presidono all'aggiudicazione e all'esecuzione degli affidamenti di cui all'art. 30 del Codice (applicabili anche agli affidamenti sotto soglia come quello di specie, *ex art.* 36, comma 1 del Codice).



Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che laddove un operatore economico abbia dichiarato di partecipare alla gara in forma individuale, senza peraltro indicare la volontà di subappaltare il servizio o sue parti a terzi, non sia invocabile *a posteriori* l'art. 45, comma 2, lett. f) del Codice (che consente la partecipazione ad aggregazioni di imprese aderenti ad un contratto di rete), ma la società aggiudicataria è tenuta ad eseguire l'appalto personalmente.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 25 gennaio 2021

Per Il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente