



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Delibera n. 864 del 25 settembre 2019

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da La Fenice S.r.l. – Procedura di gara aperta per la conclusione, con un unico operatore economico, di un accordo quadro per l'esecuzione di lavori di manutenzione edile e impiantistica connessa all'edile degli immobili che si trovano nella disponibilità della A.S.L. di Rieti per la durata di tre anni - Importo a base di gara: euro 3.535.200,00 – S.A.: A.S.L. di Rieti

PREC 133/19/L

Il Consiglio

Fatto

Con istanza acquisita al protocollo n. 63014 del 02/08/2019, relativa alla procedura di gara indetta in data 29/04/2019 per l'affidamento di lavori di manutenzione edile e impiantistica degli immobili nella disponibilità della A.S.L. di Rieti, la Fenice S.r.l., quale capogruppo dell'RTI La Fenice S.r.l. - Consorzio Appalti VT S.r.l. ha presentato richiesta di parere contestando la legittimità del provvedimento di esclusione adottato nei suoi confronti per il fatto di aver partecipato in RTI con il proprio consorzio cui appartiene.

Il provvedimento di esclusione è stato motivato con richiamo all'orientamento espresso dall'Autorità nella Deliberazione n. 1/2007 e nel parere n. 119 del 6 giugno 2014.

La società istante sostiene che in quanto consorziata poteva partecipare in RTI con il proprio consorzio, trattandosi quest'ultimo di consorzio di imprese artigiane ed essendo entrambi i soggetti dotati di personalità giuridica e di qualificazione propria. Inoltre, l'orientamento dell'Autorità richiamato a fondamento del provvedimento di esclusione riguarderebbe i consorzi stabili e non anche i consorzi di imprese artigiane.

L'avvio del procedimento è stato comunicato alle parti interessate con nota prot. n. 67961 del 30/08/2019.

La stazione appaltante ha trasmesso memoria e documenti.

Nella memoria trasmessa in atti, l'A.S.L. di Rieti riporta i rilievi del RUP che hanno determinato l'esclusione del concorrente: «il concorrente ha prodotto n. 2 domande di partecipazione, conformemente all'Allegato B al Disciplinare di gara, dalle quali si evince che l'operatore economico partecipa nella forma di costituendo Raggruppamento Temporaneo d'Impresa - art. 45, comma 2, lett. d), del D.Lgs. 50/2016 e s.m.i. (Allegato n. 1); dalle dichiarazioni a corredo della domanda di partecipazione del R.T.I. concorrente risulta che la società La Fenice S.r.l. (mandataria/capogruppo) fa parte della composizione societaria del Consorzio Appalti VT S.r.l. (mandante) (Allegato 2); il



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Consorzio (mandante) ha prodotto altresì la “dichiarazione impresa esecutrice” nel quale dichiara di concorrere per la consorziata – La Fenice S.r.l. (mandataria/capogruppo) (Allegato 3)».

Il RUP disponeva, quindi, l'esclusione dalla procedura di gara in base al divieto di costituzione di un RTI tra consorzio e consorziata, conformemente al principio espresso dall'Autorità nella Deliberazione n. 1/2007 e ribadito nel parere ANAC n. 119 del 06/06/2014 secondo cui «Il nesso funzionale che giustifica l'esistenza del consorzio stesso, determina l'impossibilità di effettuare una associazione temporanea di imprese fra un consorzio ed una impresa facente parte del medesimo, cd. consorzio di secondo livello».

Diritto

Il quesito sottoposto all'attenzione dell'Autorità verte sulla possibilità per una consorziata di un consorzio di imprese artigiane di cui all'art. 45, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 50/2016 di partecipare alla gara come mandataria in RTI con il consorzio mandante, ove entrambe le imprese siano qualificate per l'esecuzione del contratto.

La stazione appaltante ha motivato il provvedimento di esclusione dalla procedura di gara richiamando l'orientamento espresso dall'Autorità nella Deliberazione n. 1/2007 e nel parere di precontenzioso n. 119/2014.

Nella Deliberazione n. 1 del 10 gennaio 2007 l'Autorità di vigilanza affrontava la questione se fosse conforme alla normativa al tempo vigente la costituzione di una ATI fra il consorzio e l'impresa designata dal consorzio per l'esecuzione dei lavori.

Sulla base delle norme prescriventi per i consorzi che partecipano alle gare l'individuazione del consorziato esecutore dei lavori e il divieto per quest'ultimo di partecipare autonomamente alla gara, l'Autorità evidenziava che attraverso la comune struttura di impresa «il consorzio assume la veste di “procacciatore di contratti di appalto”, strumento di supporto tecnico economico e finanziario che svolge detta attività nell'interesse e per conto delle imprese consorziate, tramite l'imputazione dei contratti e dei rapporti giuridici a se stesso».

Nel parere n. 119 del 06/06/2014, l'Autorità si pronunciava su una fattispecie analoga a quella in esame concernente l'esclusione dalla gara di un consorzio fra imprese artigiane ex l. 443/1995, richiamato all'art. 34, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 163/2006, in ragione della partecipazione dello stesso a una gara in ATI con una ditta appartenente al medesimo consorzio anche se in quel caso il consorzio aveva la qualità di mandataria e la consorziata di mandante. Il provvedimento di esclusione era in quel caso motivato con il richiamo al nesso funzionale esistente tra consorzio e consorziata e al divieto di consentire la partecipazione di quello che sarebbe un consorzio di secondo livello con somma delle qualificazioni del consorzio con quelle del consorziato già ricomprese in quelle del consorzio. L'Autorità confermava l'orientamento già espresso nella Deliberazione n. 1/2007 evidenziando come il consorzio sia uno strumento di supporto tecnico economico e finanziario che svolge attività nell'interesse e per conto delle imprese consorziate tramite l'imputazione a sé di contratti e rapporti



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

giuridici e come il rapporto derivante dal contratto di appalto individuasse la qualità e la responsabilità di appaltatore solo in capo al consorzio. L'Autorità richiamava anche la natura di persona giuridica del consorzio tra imprese artigiane ex l. 443/1985, che giustificherebbe la partecipazione alla gara senza possibilità di costituire un RTI con la propria consorziata, insieme alla previsione contenuta nell'art. 37, comma 7, d.lgs. n. 163/2006 che fa divieto ai consorziati designati per l'esecuzione del contratto di partecipare in qualsiasi altra forma alla medesima gara, previsione confermata anche per i consorzi stabili. In caso di violazione del divieto sono esclusi sia il consorzio sia la consorziata.

Occorre domandarsi se i principi espressi dall'Autorità nei precedenti richiamati nella motivazione del provvedimento di esclusione, possono essere confermati anche nella vigenza del nuovo quadro normativo introdotto con il d.lgs. n. 50/2016.

L'art. 45, comma 2, del Codice contiene un elenco degli operatori economici che possono partecipare alle procedure di gara che individua, tra gli altri, i raggruppamenti temporanei di imprese (lett. d), i consorzi ordinari di operatori economici (lett. e), i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro e i consorzi tra imprese artigiane (lett. b) e i consorzi stabili (lett. c).

Sulla base di un'analisi del testo normativo emerge una diversa disciplina della partecipazione alla gara del consorzio ordinario di concorrenti rispetto ai consorzi di cui alle lett. b) e c).

Nel caso del consorzio ordinario tra concorrenti, la disciplina sulla partecipazione in gara è analoga a quella del RTI tant'è che entrambi i soggetti sono contemplati dall'art. 48, comma 5 ai sensi del quale "l'offerta degli operatori economici raggruppati o dei consorziati determina la loro responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante, nonché nei confronti del subappaltatore e dei fornitori (...)". Il Codice ha previsto la responsabilità solidale in capo a ciascuna delle imprese consorziate in quanto tutte parti contraenti nel rapporto con la stazione appaltante ferma restando la specifica responsabilità assunta rispetto alla parte di contratto rispetto alla quale si è obbligata come esecutrice. Anche nel caso di consorzio ordinario costituendo (così come nel RTI costituendo) tutti i soggetti che vi aderiscono devono sottoscrivere l'offerta accompagnata dall'impegno che "in caso di aggiudicazione della gara, gli stessi operatori conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, da indicare in sede di offerta e qualificata come mandatario, il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti" (art. 48, comma 8, d.lgs. n. 50/2016).

Diversamente, la disciplina della partecipazione per i consorzi ex art. 45, comma 2, lettere b) e c) del Codice si riscontra all'art. 48, comma 7 del Codice ai sensi del quale essi "sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara; in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio sia il consorziato; in caso di inosservanza di tale divieto si applica l'art. 353 del codice penale".

L'ultima parte del comma 7 dell'art. 48 del d.lgs. n. 50 del 2016 impone a tale tipologia di operatore economico di indicare, in sede di presentazione delle offerte, per conto di quali consorziati concorra, specificando che ai consorziati è preclusa la possibilità di partecipare alla medesima gara in qualsiasi forma, pena l'esclusione dalla gara sia del consorzio sia dei consorziati. Ne consegue che è possibile la partecipazione autonoma alla gara dei soli consorziati che non sono stati indicati per l'esecuzione del



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

contratto così come è ammessa la partecipazione autonoma del consorzio che abbia autonomamente la qualificazione richiesta dal bando di gara purché lo dichiari in sede offerta (Consiglio di Stato, sez. V, nella sentenza n. 403/2019; Cons. Stato, V, 17 gennaio 2018, n. 278), ma rispetto ai principi dettati dalla normativa non appare strutturalmente corretta, considerato il nesso funzionale in gara, la partecipazione autonoma in RTI del consorzio e della consorziata, quest'ultima figurando come mandataria.

La partecipazione in RTI del consorzio e dell'impresa designata per l'esecuzione, in ragione della previsione che non consente a quest'ultima di partecipare "in qualsiasi altra forma" alla stessa gara appare preclusa sulla base di un'interpretazione della norma che si giustificerebbe, come già considerato dall'Autorità in passato, con l'interesse dell'ordinamento a scongiurare il pericolo di una distorsione della concorrenza laddove, ai fini della qualificazione del consorzio, siano considerati i requisiti di tutti i consorziati con la conseguenza di computare doppiamente gli stessi requisiti, in capo al consorzio e in capo alla consorziata.

Il tema attiene anche al regime di responsabilità configurato dal Codice per il consorzio che partecipi designando una consorziata per l'esecuzione del contratto, laddove il consorzio è il soggetto cui è imputata l'offerta e il rapporto giuridico intercorrente con la stazione appaltante, mentre nella fattispecie in esame la consorziata avrebbe assunto il diverso ruolo di mandataria.

Fermo restando tutto quanto sopra, la disamina della domanda di partecipazione induce a ritenere che vi sia una oggettiva incertezza nelle dichiarazioni rese dal consorzio e dalla consorziata in ordine alla modalità di partecipazione alla procedura.

Infatti, contrariamente a quanto si sostiene nella richiesta di parere, la natura di consorzio stabile è fornita dalla stessa istante in sede di gara nella domanda di partecipazione alla procedura (pag. 2). A ciò si aggiunga che, nella documentazione trasmessa dal Consorzio, come acquisita in atti su trasmissione della stazione appaltante, risulta una dichiarazione del consorzio relativa alla "Ditta esecutrice dei lavori per cui il Consorzio concorre" dove il consorzio espressamente dichiara di concorrere per l'impresa La Fenice S.r.l. specificando nella dichiarazione relativa al DURC che "*Il Consorzio per sua natura, statuto e scopo deve affidare l'esecuzione dei lavori ai propri consorziati*". Per tale ragione, infatti, il consorzio dichiara di avere una posizione INPS /INAIL inattiva non avendo dipendenti assunti e dovendo sempre avvalersi dei consorziati per l'esecuzione dei contratti.

Tali dichiarazioni rese dal consorzio e dalla consorziata appaiono manifestamente incongrue rispetto a una partecipazione del consorzio in RTI con la consorziata, oltre che in contraddizione con la tesi espressa nella richiesta di parere.

Pertanto, sulla base di quanto considerato, il provvedimento di esclusione appare legittimo sia per la ritenuta incompatibilità di una partecipazione in RTI di un consorzio stabile con la consorziata, in quanto sovverte lo schema codicistico della partecipazione alle gare di cui all'art. 48, comma 7, d.lgs. 50/2016, sia in ragione delle contraddittorie dichiarazioni rese in sede di gara dal consorzio e dalla consorziata.

Tutto ciò esposto,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- l'operato della stazione appaltante sia conforme alla normativa di settore.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio

In data 3 ottobre 2019

Il Segretario Rosetta Greco