



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Spett.le
Consip SpA

21/10/2015
AG 68/15/AC

Oggetto: Istanza di parere presentata da CONSIP SpA in ordine alla stipula della Convenzione con il R.T.I. CPL Concordia Soc. Coop. (mandataria) – Consorzio Cooperative Costruzioni C.C.C. Soc. Coop. (mandante) per l'affidamento del Servizio Integrato Energia per le Pubbliche Amministrazioni di cui al Bando di gara pubblicato in GUUE del 23.5.2012 – lotti 7 e 9

In esito a quanto richiesto con nota prot. 17060 del 23.06.2015, successiva alla nota prot. n. 9252 del 02.04.2015, si comunica che il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 21 ottobre 2015 ha approvato le seguenti considerazioni.

Con l'istanza di parere in oggetto la CONSIP SpA ha sottoposto all'attenzione di ANAC diversi quesiti a seguito dell'adozione, da parte della Prefettura di Modena-Ufficio territoriale del Governo, del provvedimento n. 23741/2015/Area 1/Antimafia/white list del 24.04.2015 con il quale è stato disposto «il diniego dell'iscrizione della suddetta ditta C.P.L. Concordia Società Cooperativa, con sede in Concordia sulla Secchia (MO) in via A. Grandi n° 39, dall'elenco dei fornitori di cui all'art. 5-bis del decreto legge 6 giugno 2012 n. 74, convertito con modificazioni dalla legge 1° agosto 2012 n. 122, come modificato dall'Art. 11 del D.L. 174 del 10.10.2012».

A seguito dell'adozione del predetto provvedimento, avente natura di interdittiva antimafia, con riferimento all'affidamento in oggetto, CONSIP SpA ha avviato il procedimento per l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva nei confronti del RTI sottoponendo ad ANAC, tra gli altri, i seguenti quesiti:

- a) se nel perimetro della straordinaria e temporanea gestione di cui all'art. 32, comma 1, lett. b), del d.l. 90/2014 (conv. con l. 114/2014) disposta nei confronti della CPL Concordia rientri la mera aggiudicazione di una gara finalizzata alla stipula di una Convenzione ex art. 26 L. n. 488/1999 (aggiudicazione disposta prima dell'adozione dell'interdittiva antimafia, ma senza che sia intervenuta la stipula);
- b) in caso di risposta negativa al precedente quesito laddove si ritenga che l'aggiudicazione non rientri nel perimetro della straordinaria e temporanea gestione di cui all'art. 32, comma 1, lett. b) del d.l. 90/2014 (conv. con l. 114/14), se l'interdittiva antimafia (che nel caso di specie riguarda la CPL quale mandataria del RTI aggiudicatario) imponga l'adozione di un provvedimento vincolato di annullamento dell'aggiudicazione, in considerazione del principio di immodificabilità del RTI di cui all'art. 37, comma 9, d.lgs. 163/2006 nonché della lettura combinata dell'art. 95, comma 1, d.lgs. 159/2011 e dell'art. 37, comma 18, d.lgs. 163/2006.

In riscontro alla richiesta di parere, relativamente ai quesiti sopra richiamati, può osservarsi che la fattispecie concreta sottoposta da CONSIP SpA all'esame di ANAC non è suscettibile di rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 32, commi 1 e 10, d.l. 90/2014 (conv. con l. 114/2014) non essendo ancora intervenuta la stipula del contratto, la disciplina delle misure straordinarie presupponendo che il rapporto contrattuale tra la stazione appaltante e l'operatore economico sia in corso di esecuzione. In



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

tal senso depone il dato letterale dell'art. 32 citato ai sensi del quale il Presidente di ANAC propone al Prefetto alternativamente: a) di ordinare la rinnovazione degli organi sociali mediante la sostituzione del soggetto coinvolto e, ove l'impresa non si adegui nei termini stabiliti, di provvedere alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice «limitatamente alla completa esecuzione del contratto d'appalto o della concessione»; b) di provvedere direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice «limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto o della concessione». Nel caso specifico in cui l'adozione di misure straordinarie sia determinata dall'adozione di un'informativa antimafia nei confronti dell'aggiudicatario, il riferimento al contratto in corso di esecuzione si arricchisce di ulteriori elementi che devono sussistere, connessi ad interessi di carattere generale. Infatti, in tale ipotesi, il comma 10 dell'art. 32 condiziona l'applicazione delle misure straordinarie alla sussistenza dell'«urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto, ovvero la sua prosecuzione al fine di garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali, nonché per la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrità dei bilanci pubblici, ancorché ricorrano i presupposti di cui all'articolo 94, comma 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159».

Come indicato nelle *Seconde Linee Guida per l'applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia*, l'art. 32 del d.l. 90/2014 «finalizza le misure di straordinaria gestione dell'impresa, disposte a fini anticorruzione, esclusivamente alla completa esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto pubblico, in relazione al quale sono emerse le fattispecie di reato o gli altri comportamenti illeciti (comma 1, lett. a) e b). Ad una logica analoga risponde la previsione dell'art. 32, comma 10, del D.L. n. 90/2014 che consente di irrogare le predette misure anche alle imprese colpite da informazione antimafia interdittiva. (...) Il citato comma 10 configura infatti il completamento dell'esecuzione contrattuale o la sua prosecuzione come un mezzo per soddisfare interessi pubblici di rango più elevato, tassativamente elencati dalla norma (...)».

La disciplina delle misure straordinarie dettata all'art. 32, d.l. 90/2014, come sopra interpretata e da intendersi come riferita alle sole ipotesi in cui il contratto di appalto sia in corso di esecuzione, risulta coerente con la disciplina del codice antimafia espressamente richiamata (art. 94, comma 3, d.lgs. 159/2011).

La regola generale è che, in presenza di un'informazione antimafia interdittiva, le stazioni appaltanti devono procedere alla revoca dell'aggiudicazione o, se la stipula del contratto è già intervenuta, della risoluzione del contratto come previsto all'art. 94, commi 1 e 2, d.lgs. 159/2011. Una deroga è prevista in linea generale al successivo comma 3 ai sensi del quale le stazioni appaltanti «non procedono alle revoche o ai recessi di cui al comma precedente nel caso in cui l'opera sia in corso di ultimazione ovvero, in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi». Come indicato nelle *Seconde Linee Guida per l'applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia*, «la prosecuzione del contratto pubblico costituisce rimedio di carattere straordinario, destinato a trovare applicazione negli stretti limiti dei casi definiti dagli artt. 32, comma 10, del D.L. n. 90/2014 e 94, comma 3, del D.Lgs. n. 159/2011». D'altra parte, che l'informazione antimafia interdittiva impedisca la stipula del contratto è previsto anche all'art. 95, comma 3, d.lgs. 159/2011 che al secondo periodo indica: «L'accertamento di una delle situazioni da cui emerge un tentativo di infiltrazione mafiosa, di cui all'articolo 84, comma 4, ed all'articolo 91, comma 6,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

comporta il divieto della stipula del contratto, nonché del subappalto, degli altri subcontratti, delle cessioni o dei cottimi, comunque denominati, indipendentemente dal valore».

Nel caso sottoposto all'attenzione di ANAC il provvedimento interdittivo interessa la mandataria di un raggruppamento aggiudicatario dell'appalto. In tema di raggruppamenti temporanei di imprese, in quanto l'informazione antimafia interdittiva riguarda il singolo operatore economico e non l'intero raggruppamento, la normativa prevede talune deroghe alla regola generale.

Una prima deroga è prevista all'art. 95, comma 1, d.lgs. 159/2011 per l'ipotesi in cui l'operatore economico aggiudicatario sia un RTI e allorquando l'informazione antimafia interdittiva riguardi una mandante del raggruppamento stesso. La norma prescrive: «Se taluna delle situazioni da cui emerge un tentativo di infiltrazione mafiosa, di cui all'articolo 84, comma 4, ed all'articolo 91, comma 6, interessa un'impresa diversa da quella mandataria che partecipa ad un'associazione o raggruppamento temporaneo di imprese, le cause di divieto o di sospensione di cui all'articolo 67 non operano nei confronti delle altre imprese partecipanti quando la predetta impresa sia estromessa o sostituita anteriormente alla stipulazione del contratto. La sostituzione può essere effettuata entro trenta giorni dalla comunicazione delle informazioni del prefetto qualora esse pervengano successivamente alla stipulazione del contratto». Ne deriva che, nel caso che l'aggiudicatario di un appalto sia un RTI, sia prima di addivenire alla stipula del contratto sia successivamente alla stipula stessa, l'informazione antimafia interdittiva non impedisce la costituzione né la prosecuzione del rapporto di appalto ove il provvedimento interdittivo riguardi un'impresa mandante all'interno del raggruppamento sempre che la stessa sia estromessa o sostituita nell'ambito del raggruppamento aggiudicatario. La norma chiaramente riguarda l'ipotesi che il provvedimento del Prefetto riguardi un'impresa mandante, non essendo menzionata la mandataria.

Ulteriore deroga alla regola generale riguarda l'impresa mandataria del RTI ed è prevista all'art. 37, comma 18, d.lgs. 163/2006 per l'ipotesi che il contratto sia in corso in esecuzione. Il comma 18 prevede, in alternativa all'esercizio della facoltà di recesso dal contratto da parte della stazione appaltante, la possibilità per quest'ultima di proseguire «il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire». La previsione contenuta al comma 18 (come quella contenuta al comma 19 relativa alla mandante) non è suscettibile di applicazione analogica disciplinando casi tassativi di possibile sostituzione dell'impresa mandataria all'interno del raggruppamento che costituiscono un'eccezione alla regola generale di immodificabilità del raggruppamento di cui all'art. 37, comma 9, d.lgs. 163/2006 (cfr. Cons. Stato, sez. V, 20.04.2012, n. 2328; Cons. Stato, sez. V, 9.04.2015, n. 1800).

Pertanto, ferme restando le deroghe sopra richiamate, riguardanti l'informazione antimafia interdittiva adottata nei confronti della mandante con riferimento alla fase antecedente la stipula del contratto e nei confronti della mandante/mandataria con riferimento alla fase di esecuzione del contratto, permangono le regole generali stabilite all'art. 94, commi 1 e 2, d.lgs. 135/2011 con la conseguenza che, nel caso di specie, il provvedimento interdittivo adottato dal Prefetto di Modena e riguardante la mandataria C.P.L. Concordia Società Cooperativa deve indurre la CONSIP S.p.A. a revocare l'aggiudicazione definitiva dell'appalto trattandosi di fase di gara antecedente la stipula del contratto ed essendo la destinataria del provvedimento interdittivo società mandataria all'interno del raggruppamento.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Infine, con riferimento alla nota prot. n. 117891 del 17.09.2015, peraltro indirizzata solo per conoscenza all'ANAC, con la quale i Commissari della CPL Concordia Soc. Coop., nominati ai sensi dell'art. 32 del d.l. 90/2014, fanno presente alla Prefettura che «il contratto con la Consip debba ritenersi rientrare nel “perimetro commissariale” e ciò in quanto vi sarebbe un inizio di esecuzione testimoniato dal versamento della cauzione, versamento che avrebbe particolare rilievo in relazione alla tipologia dell'appalto vinto con la Consip», si osserva quanto segue.

Le circostanze descritte nella nota esaminata non appaiono idonee a configurare un principio di esecuzione del contratto, sempre che – e si nutrono dubbi a riguardo – un eventuale inizio di esecuzione del contratto, in assenza di sottoscrizione della convenzione, possa perfezionare una fattispecie idonea a rientrare nell'ambito applicativo dell'art. 32, d.l. 90/2014. Infatti, su un piano generale, occorre richiamare l'art. 11, comma 12, d.lgs. 163/2006 ai sensi del quale «l'esecuzione del contratto può avere inizio solo dopo che lo stesso è divenuto efficace, salvo che, nei casi di urgenza, la stazione appaltante o l'ente aggiudicatore ne chieda l'esecuzione anticipata, nei modi e alle condizioni previste dal regolamento». Quindi, l'avvio dell'esecuzione del contratto può essere anticipata solo su richiesta della stazione appaltante e solo dopo che l'aggiudicazione definitiva sia divenuta efficace (cfr. 302, comma 2, d.p.r. 207/2010) laddove l'efficacia dell'aggiudicazione, come previsto all'art. 11, comma 8, d.lgs. 163/2006, dipende dalla verifica del possesso dei prescritti requisiti.

Ciò detto in linea generale al fine di escludere un principio di esecuzione del contratto in assenza dei presupposti dettati dal Codice, occorre quindi aggiungere con riferimento alla specifica questione riguardante l'avvenuto rilascio delle polizze fideiussorie, che tale circostanza non avrebbe comunque potuto qualificarsi in termini di inizio di esecuzione del contratto. Infatti, la garanzia fideiussoria, che deve essere rilasciata in favore della stazione appaltante qualora l'offerente risulti affidatario del contratto (art. 75, comma 8, d.lgs. 163/2006), costituisce un negozio giuridico strutturalmente separato rispetto al contratto di appalto in affidamento, per quanto a quest'ultimo collegato, oltre che diverso nella causa e nell'oggetto essendo funzionale alla costituzione di una prestazione che un terzo (garante) assume nei confronti del creditore principale (beneficiario) garantito rispetto all'adempimento degli obblighi che l'appaltatore andrà ad assumere successivamente alla stipula del contratto.

Quanto sopra deliberato dal Consiglio dell'ANAC si basa sulle circostanze fattuali rappresentate nella richiesta di parere prot. 17060 del 23.06.2015. Si prende atto che con provvedimento prot. n. 63889/2015/Area I/Antimafia/white list del 20.10.2015 è stata disposta l'iscrizione di CPL Concordia soc. coop. nella white list istituita presso la Prefettura di Modena.

Raffaele Cantone