



# DELIBERA N. 354

5 maggio 2021.

## Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla società Vivai Barretta Garden S.r.l. – Accordo quadro ai sensi dell'art. 54, comma 3 del d.lgs. n. 50/2016 per riqualificazione e riordino per adeguamento normativo di giardini interni e/o di pertinenza ad edifici scolastici comunali – Criterio di aggiudicazione: minor prezzo – Importo a base di gara: 1.520.000,00 – S.A.: Comune di Milano.

**PREC 89/2021/L**

## Riferimenti normativi

*Art. 47 del d.lgs. 50/2016*

## Parole chiave

Consorzio stabile – Requisiti di ordine speciale – Distinzione tra fornitura con posa in opera e prestazione di lavori

## Massima

**Consorzio stabile – Requisiti di ordine speciale – Valutazione dei requisiti di partecipazione nei Consorzi stabili – Individuazione dell'oggetto del contratto – Distinzione tra fornitura con posa in opera e prestazione di lavori**

E' configurabile un contratto di fornitura con posa in opera nel caso in cui con il contratto di fornitura si intenda conseguire una prestazione avente per oggetto beni o prodotti che per loro stessa natura soddisfano autonomamente l'interesse del committente. In questo caso gli eventuali lavori di posa e installazione del bene fornito sono di carattere accessorio e strumentale rispetto all'uso dello stesso; mentre si è in presenza di una prestazione configurabile come lavoro qualora vi sia una modificazione strutturale o funzionale di un bene, con il risultato di ottenere un nuovo bene che, in quanto finito in ogni sua parte, sia capace di esplicare autonome funzioni economiche e tecniche.



Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 5 maggio 2021

## DELIBERA

**VISTA** l'istanza acquisita al prot. ANAC n. 0022479 del 16.3.2021, con la quale la società Vivai Barretta Garden S.r.l., rappresentata e difesa nel presente procedimento dall'Avv. Antonietta Centomiglia, contesta la legittimità della procedura di gara e, dunque, il suo esito, giacché ritiene che sussistessero i presupposti di fatto perché fosse disposta l'esclusione del Consorzio Stabile A.L.P.I. Scarl, che invece è risultato, appunto, aggiudicatario;

**CONSIDERATO**, più specificamente, che a giudizio dell'istante il Consorzio aggiudicatario non avrebbe dimostrato *“di avere svolto con buon esito contratti per prestazioni riconducibili alla fornitura oggetto della gara (strutture ludiche e attrezzature sportive) nel triennio precedente la data di invio della lettera (28 Settembre 2020 n.d.r.) di invito (settembre 2017 – agosto 2020) per enti pubblici o soggetti privati con indicazione dei rispettivi importi e date, per un valore complessivo almeno pari a € 420.000,00 IVA esclusa”*, secondo quanto previsto al **punto 6.f)** dell'Allegato alla Lettera di invito sotto la rubrica **“Requisiti dell'Impresa di Fornitura”** e che, più precisamente, dalla documentazione acquisita a seguito di accesso agli atti, l'impresa consorziata designata per l'esecuzione della fornitura (HW STYLE), a tutto concedere, potrebbe vantare solo due forniture rientranti nel requisito sopra riportato, ma il cui importo complessivo (ovvero euro 207.244,78 ed euro 162.228,5) non raggiungerebbe quello minimo previsto dalla *lex specialis*;

**CONSIDERATO**, altresì, che a giudizio dell'istante l'importo minimo di euro 420.000,00 dovrebbe riguardare il solo valore delle forniture con esclusione del costo della posa in opera dei beni forniti, in quanto, in estrema sintesi, *«il far rientrare nel concetto di forniture anche le opere di edilizia o di altro tipo: per intenderci quelle riferibili alla categoria OG2, finirebbe nella sostanza con lo svuotare di significato la previsione contenuta nella “lex specialis”»*;

**CONSIDERATO** che la Stazione appaltante ritiene tardiva l'istanza di precontenzioso e, in ogni caso, infondate le contestazioni dell'istante in quanto *«le attestazioni confermano il possesso, da parte dell'impresa aggiudicataria, del requisito di capacità tecnica sia con riferimento all'importo, sia con riferimento al periodo di espletamento delle forniture come indicati nella lettera d'invito»*; mentre in merito alla questione relativa alla esatta qualificazione dell'oggetto dell'affidamento ha precisato che nella descrizione sommaria delle forniture, contenuta nel Capitolato speciale, si parla di *“fornitura e posa di strutture ludiche”* e *“fornitura e posa di attrezzature sportive”*; con la conseguenza che *«la posa della fornitura è compresa e stimata nel prezzo della fornitura, come si vede anche nell'elaborato “costi storici” (all. 3) dove si fa espresso riferimento a “fornitura assemblaggio e posa...”»*;

**CONSIDERATO** che anche il Consorzio stabile aggiudicatario respinge le contestazioni per le stesse motivazioni illustrate dalla Stazione appaltante;

**VISTO** l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 7.4.2021;



**VISTA** la documentazione in atti e le memorie delle parti;

**RITENUTO**, preliminarmente, di respingere l'eccezione di tardività dell'istanza, considerato che – per quanto rileva ai fini del presente procedimento di precontenzioso – la completa cognizione da parte della società istante della documentazione inerente alla dimostrazione del possesso dei requisiti in contestazione si è realizzata solo in data 18.2.2021, allorquando «*sono state inviate le attestazioni rilasciate dalla società INGRE SCRL e dal Comune di Novara per le forniture svolte dalla consorziata HW STYLE SRL e l'attestazione rilasciata dal Comune di Firenze per le forniture svolte dalla consorziata AVOLA SOC. COOP., attestazioni che confermano il possesso, da parte dell'impresa aggiudicataria, del requisito di capacità tecnica sia con riferimento all'importo, sia con riferimento al periodo di espletamento delle forniture come indicati nella lettera d'invito*» e ciò conformemente al principio espresso dalla recente giurisprudenza amministrativa secondo cui «*la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la 'dilazione temporale' quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta*» (cfr. Cons. Stato, Ad. Plenaria, 2.7.2020 n. 12 che in merito precisa anche che «*Poiché il termine di impugnazione comincia a decorrere dalla conoscenza del contenuto degli atti, anche in tal caso non è necessaria la previa proposizione di un ricorso 'al buio' ['in abstracto', nella terminologia della Corte di Giustizia, e di per sé destinato ad essere dichiarato inammissibile, per violazione della regola sulla specificazione dei motivi di ricorso, contenuta nell'art. 40, comma 1, lettera d), del c.p.a.]*, cui dovrebbe seguire la proposizione di motivi aggiunti»);

**RITENUTO** che per l'opposta conclusione non appare persuasiva l'argomentazione svolta dal Consorzio controinteressato secondo cui «*Il concorrente, in altri termini, a fronte dell'intervenuta conoscenza legale di un atto che si assume astrattamente lesivo, non può arbitrariamente scegliere le tempistiche di proposizione del ricorso e, in ogni caso, deve mettere in atto tutti i rimedi a disposizione, anche giurisdizionali, al fine di essere posto nella condizione di conoscere il contenuto degli atti di cui assume l'illegittimità. Tale circostanza non si è verificata nel caso di specie, in cui la Vivai Barretta Garden, una volta inoltrata istanza di accesso agli atti nell'ottobre 2020, ha deliberatamente deciso di non coltivarne la richiesta. Per tale ragione, si ritiene che il dies a quo per impugnare l'aggiudicazione dovesse avere decorrenza a partire dal 19.12.2020, data in cui in cui è scaduto il termine per la proposizione del ricorso in materia di accesso. Da quel giorno, infatti, la Vivai Barretta ha dimostrato di non aver più interesse all'ostensione dei documenti di cui aveva richiesto accesso in data 20.10.2020*»; l'odierna istante, infatti, lungi dall'aver "deliberatamente deciso di non coltivare la richiesta di accesso agli atti", si è temporaneamente arrestata dinanzi al legittimo diniego della Stazione appaltante (la quale – nella stessa memoria controdeduttiva – ha chiarito che «*Con nota in data 27/10/2020, la scrivente Stazione Appaltante ha riscontrato le richieste di accesso agli atti, trasmettendo copia della documentazione richiesta con nota del 20/10/2020 e specificando che la verifica sul possesso dei requisiti speciali di cui ai punti 6.e) e 6.f) della lettera d'invito veniva svolta nell'ambito dei controlli finalizzati alla stipula del contratto, pertanto la relativa documentazione sarebbe stata trasmessa all'esito di tale verifica*») e ha appunto atteso che l'Amministrazione rendesse disponibile la documentazione richiesta al termine delle operazioni di verifica previste per legge;

**RITENUTO** parimenti di respingere l'eccezione di inammissibilità fondata sulla motivazione che l'odierna istante non avrebbe assolto all'onere di comunicazione ex art. 4 co. 2 del Regolamento di precontenzioso nei confronti dell'aggiudicatario Consorzio stabile ALPI e sollevata dal Consorzio medesimo, atteso che, in conformità al principio generale secondo cui il conseguimento dello scopo cui l'atto è preordinato ne sana la nullità, l'intervento in contraddittorio di quest'ultimo sana l'eventuale vizio procedurale, anche in



considerazione del fatto che il procedimento istruttorio è stato avviato sulla base della dichiarazione contenuta nell'apposito modulo informatico e inerente all'avvenuta comunicazione della presentazione dell'istanza e del contestuale inoltro della copia della stessa al Consorzio;

**CONSIDERATO**, per quanto attiene al merito, che il Consorzio aggiudicatario ha dimostrato il possesso del requisito di cui al punto 6.f) dell'Allegato alla Lettera di invito mediante n. 5 contratti del valore complessivo di euro **708.507,89** e nello specifico:

- accordo quadro con il Comune di Firenze del 9.10.2017, per un valore complessivo di **euro 244.799,77** (impresa consorziata esecutrice Avola Soc. Coop.);
- contratto con Lambda Srl del 24.11.2017, per un valore complessivo pari a **euro 79.635,60** (impresa consorziata esecutrice Hw Style Srl);
- contratto con INGRE Scarl per un valore complessivo pari a **euro 207.244,78** (Hw Style Srl);
- contratto con il Comune di Novara per un valore complessivo pari a **euro 134.186,28** (imprese consorziate esecutrici Hw Style Srl e Costa Costruzioni srl);
- contratto con il Comune di Opera per un valore complessivo pari a **euro 42.641,46** (Hw Style Srl);

**CONSIDERATO** quanto previsto dall'art. 47, comma 2 del Codice, secondo cui «*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*» (comma così sostituito dall'art. 1, comma 20, lettera i), della legge n. 55 del 2019);

**RILEVATO** che il Consorzio aggiudicatario dell'accordo quadro in oggetto aveva indicato, in sede di gara, come esecutrici le consorziate Hw Style Srl e Avola Soc. Coop. e che pertanto la Stazione appaltante ha correttamente valutato i requisiti speciali richiesti per la partecipazione con riferimento a tali due consorziate;

**RITENUTO**, dunque, che la prima contestazione dell'istante appare priva di fondamento in quanto basata sull'errato presupposto che il Consorzio aggiudicatario avrebbe prodotto come prova del possesso del requisito in discussione esclusivamente due contratti eseguiti dalla consorziata Hw Style Srl a favore del Comune di Novara e della società INGRE Scarl;

**RITENUTO** che anche la seconda contestazione, con la quale l'istante sostiene la tesi secondo cui dall'importo complessivo dei contratti in discussione dovrebbe comunque essere scomputato il valore della "posa in opera" poiché l'affidamento in oggetto riguarderebbe la sola fornitura delle strutture ludiche e delle attrezzature sportive, risulta essere fondata su presupposti del tutto errati, considerato che in più punti della documentazione di gara – come dimostrato dalla Stazione appaltante e dall'aggiudicatario – emerge chiaramente che l'oggetto dell'affidamento e, conseguentemente, il suo importo complessivo si intende riferito sia alla fornitura che alla posa in opera (v. art. 1.4.2 del Capitolato speciale – Descrizione sommaria delle forniture; Computo metrico estimativo allegato al progetto denominato "Costi Storici – Forniture"; Elenco prezzi Unitari posto a base di gara e Prezziario Regionale delle Opere Pubbliche della Regione Lombardia anno 2019, capitolo 1U.06.450);



**CONSIDERATO**, in ogni caso, che l'Amministrazione committente ha piena facoltà di decidere, discrezionalmente, nell'ambito delle forniture richieste, se prevedere oltre che il mero acquisto dei beni oggetto del contratto anche la posa in opera, ossia il loro assemblaggio/montaggio e/o installazione affinché risultino effettivamente e immediatamente fruibili dall'utenza finale e che spetta all'Amministrazione medesima valutare, come evidentemente avvenuto nel caso di specie, se le opere per rendere utilizzabili i beni acquistati siano da qualificare tecnicamente come lavori e pertanto se l'operatore economico debba anche possedere determinati requisiti e qualifiche (quali, ad esempio, specifiche attestazioni SOA), oppure si tratti di attività meramente strumentali e accessorie rispetto alla fornitura, che in quanto tali, possano giustificare la richiesta di proporzionati, oltre che coerenti con l'oggetto dell'appalto, requisiti di esecuzione di precedenti contratti di forniture con posa in opera unitariamente considerate;

**RITENUTO**, altresì, che le argomentazioni logiche e giuridiche addotte dall'istante per sostenere la teoria secondo cui la fornitura in questione non potrebbe mai comprendere anche la posa in opera poiché *«finirebbe con il costituire valido presupposto, ai fini del raggiungimento del requisito, anche il caso in cui, il valore delle opere edili collegate alla messa in opera delle strutture ludiche e delle attrezzature sportive fornite, sia percentualmente maggiore rispetto al valore delle forniture»* è del tutto priva di pregio per l'evidente ragione che viene confuso il concetto di "fornitura con posa in opera" con quello di "opera edilizia/manufatto", la cui distinzione è stata chiaramente tratteggiata dall'Autorità laddove si è chiarito che il distinguo è basato sulla valutazione della prevalenza funzionale delle rispettive prestazioni, *«Ciò nel senso che quando l'impianto è funzionale, oltre che alla realizzazione, anche alla modificazione di un'opera di ingegneria civile si applica la normativa dei lavori pubblici quale sia l'importo economico della fornitura e del lavoro. E' configurabile un contratto di fornitura con posa in opera nel caso in cui con il contratto di fornitura si intenda conseguire una prestazione avente per oggetto una merce, un prodotto, che autonomamente soddisfano il bisogno per loro stessa natura. In questo caso gli eventuali lavori di posa e installazione del bene fornito sono di carattere accessorio e strumentale rispetto all'uso dello stesso»* (così in Atto di regolazione n. 5 del 31 gennaio 2001 citato nella Delibera n. 428/2020, in cui viene chiarito, sulla scorta di molteplici pronunce dell'Autorità ivi menzionate, che si è in presenza di una prestazione configurabile come lavoro solo qualora vi sia una modificazione strutturale o funzionale di un bene, con il risultato di ottenere un nuovo bene che, in quanto finito in ogni sua parte, sia capace di esplicare autonome funzioni economiche e tecniche);

**RITENUTA**, infine, inconferente l'ulteriore, apodittica argomentazione secondo la quale *«il fatto che alla gara abbiano partecipato solo 4 operatori, dimostra come il requisito sia stato interpretato nel senso che si indica, atteso che, se l'interpretazione fosse stata quella patrocinata dal controinteressato, il numero di partecipanti sarebbe stato ben maggiore»*, sia perché, trattandosi di una procedura negoziata ad inviti, gli operatori economici selezionati sono tendenzialmente in possesso dei requisiti tecnico-organizzativi ed economico-finanziari e la mancata partecipazione può discendere da motivazioni che attengono a valutazioni e a strategie aziendali di varia natura; sia perché, nel caso di specie, non pare potersi istituire alcuna correlazione logica tra il numero effettivo di partecipanti (in ogni caso 4 su 9 invitati) alla gara e l'interpretazione delle disposizioni della *lex specialis* operata dall'istante,

il Consiglio



ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono e limitatamente alle questioni vagliate, che l'operato della Stazione appaltante sia conforme alle disposizioni di legge in materia di valutazione dei requisiti speciali di partecipazione dei Consorzi Stabili e, dunque, infondate le specifiche contestazioni sollevate dall'istante in merito alla illegittimità dell'aggiudicazione al Consorzio stabile A.L.P.I.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 10 maggio 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente