



DELIBERA N. 470

18 ottobre 2023.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Zumpano Impianti S.r.l. – Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara per le opere a carico del Ministero della Giustizia - Programmazione lavori anno 2018. Lavori per il rifacimento dell'impianto elettrico ed antincendio del Palazzo di Giustizia di Crotone (KR) - Importo a base di gara: Euro 1.732.100,29 - S.A.: Provveditorato Interregionale per le OO.PP. Sicilia – Calabria – Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

UPREC - PREC 704/2023/L

Riferimenti normativi

Artt. 45, comma 2, lett. c), 47 del D.lgs. n. 50/2016.; art. 94 del d.P.R. n. 207/2010.

Parole chiave

ConSORZI stabili, qualificazione, impresa consorziata esecutrice.

Massima

Appalto pubblico – Lavori – Operatore economico – Consorzio stabile – Qualificazione – Impresa consorziata esecutrice – Requisiti di qualificazione – Assenza – Conseguenze – Esclusione dalla gara – Sussiste.

La designazione, da parte di un Consorzio stabile, di una consorziata per l'esecuzione di lavori del tutto carente di qualificazione, comporta l'esclusione del Consorzio dalla gara, anche se la qualificazione è posseduta in proprio dal Consorzio.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 18 ottobre 2023

DELIBERA



VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 66542 del 18 agosto 2023, con la quale la Società Zumpano Impianti S.r.l. ha chiesto se è legittima l'ammissione in gara di tre consorzi stabili che, in sede evidenziale, hanno designato, quali imprese esecutrici, consorziate sprovviste dei requisiti di qualificazione richiesti dalla lettera di invito;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 69548 del 5 settembre 2023;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalle parti;

VISTE, in particolare, la memoria della SA (acquisita al prot. n. 71016 dell'9 settembre 2023) e della società aggiudicataria Stacchio Impianti S.r.l. (acquisita al prot. n. 71022 dell'8 settembre 2023);

RILEVATO che, dalla documentazione in atti, si evince che con determina n. 6056 del 28 marzo 2023 è stata indetta una procedura negoziata, ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. b) della L. n. 120/2020, previo confronto concorrenziale con almeno 15 operatori economici, secondo il criterio del prezzo più basso. La lettera di invito richiedeva la qualificazione nelle categorie OS30 – cl. III-*bis* (prevalente) e OS3- cl. I (scorporabile) e prevedeva l'applicazione del meccanismo di esclusione automatica delle offerte *"che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'articolo 97, commi 2, 2-bis e 2-ter, del D.lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii., anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque"*;

RILEVATO altresì che alla procedura hanno partecipato 7 concorrenti, su 15 operatori invitati. In fase di verifica della documentazione amministrativa, il Punto Istruttore designato aveva proposto al RUP l'esclusione di tre consorzi (Consorzio Stabile Opera s.c. a r.l., Consorzio Stabile F2B e Consorzio Stabile Concordia Soc. cons. a r.l.) che avevano indicato come imprese esecutrici tre consorziate sprovviste dei requisiti di qualificazione richiesti. Il RUP, in seguito ad un'istruttoria, ha deciso di ammettere alla successiva fase tutti i partecipanti (all. 5 alla memoria della SA) e, all'esito dell'apertura delle offerte economiche, ha proposto l'aggiudicazione in favore della società Stacchio Impianti S.r.l. (che ha offerto un ribasso del 22,69% sull'importo posto a base di gara), in quanto prima offerta inferiore alla soglia di anomalia (27,346%);

RILEVATO che dal verbale di gara del 12 maggio 2023 si evince che l'impresa odierna istante aveva formulato il massimo ribasso (31,253%), ma è stata esclusa automaticamente dalla gara, in quanto la propria offerta si collocava sopra la soglia di anomalia (27,346%). Avendo ammesso 7 operatori, il RUP ha, infatti, applicato il meccanismo di esclusione automatica di cui all'art. 1, comma 3, della L. n. 120/2020, espressamente previsto nella *lex specialis* di gara;

RITENUTO che, alla luce della graduatoria di gara, l'interesse della Zumpano Impianti S.r.l. al rilascio del parere dell'Autorità discenda dalla circostanza che, in caso di esclusione dei tre consorzi in sede di apertura della documentazione amministrativa, la SA non avrebbe potuto procedere all'applicazione del meccanismo di esclusione automatica, atteso che il numero di offerte ammesse si sarebbe ridotto a quattro. Tuttavia, l'offerta dell'istante avrebbe dovuto essere sottoposta alla verifica di anomalia, mediante richiesta dei giustificativi, per avere comunque previsto un valore superiore alla soglia di anomalia;

RITENUTO, in questi termini, che spetti alla Stazione appaltante valutare la sussistenza dei requisiti di qualificazione in capo ai tre consorzi stabili che (a detta dell'istante) sarebbero stati ammessi illegittimamente alla fase di apertura delle offerte economiche. L'Autorità, sulla base della documentazione in atti e in assenza di verifiche sulla documentazione di gara trasmessa dai tre consorzi controinteressati, in questa sede può solo limitarsi a fornire le coordinate ermeneutiche per orientare le valutazioni della SA, non potendosi peraltro sostituire a quest'ultima;



RITENUTO, nel merito della questione sottoposta in esame ed avuto riguardo ai sopra richiamati limiti di valutazione, di ribadire – per le gare disciplinate dal D.lgs. n. 50/2016, come quella in esame – l'indirizzo dell'Autorità secondo cui la designazione, da parte di un Consorzio stabile, di una consorziata per l'esecuzione di lavori del tutto carente di qualificazione, comporta l'esclusione del Consorzio dalla gara, anche se la qualificazione è posseduta in proprio dal Consorzio;

CONSIDERATO che, in particolare, con le recenti Delibere n. 76 del 22 febbraio 2023 e n. 184 del 3 maggio 2023, l'Autorità ha affermato il principio secondo cui la designazione, da parte di un consorzio stabile, di una consorziata per l'esecuzione di lavori nella categoria prevalente del tutto carente di qualificazione per eseguire tali prestazioni, comporta l'esclusione del consorzio dalla gara, anche se la qualificazione è posseduta in proprio dal consorzio. È stato osservato che l'art. 47, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 (come modificato in seguito al c.d. Decreto Sblocca-cantieri, d.l. n. 32/2019, convertito con modificazioni dall'art. 1, comma 20, lett. i) della L. n. 55/2019) prevede l'alternativa facoltà del consorzio di eseguire il contratto con propria struttura d'impresa – previa dimostrazione del possesso dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria, salva la facoltà di cumulo – ovvero tramite i consorziati indicati in gara, che in tal caso risultano corresponsabili. Come ricordato nelle citate Delibere, anche il Consiglio Stato ha affermato che le imprese consorziate indicate come esecutrici devono essere in possesso e comprovare i requisiti di qualificazione richiesti per l'esecuzione dei lavori, a prescindere dalla qualificazione del Consorzio. In particolare, con sentenza del 22 agosto 2022, n. 7360, il Consiglio di Stato ha evidenziato che *"il consorzio può, in sede evidenziale, designare, per l'esecuzione del contratto, una o più delle imprese consorziate (che, in tal caso, partecipano direttamente alla gara, concorrendo alla sostanziale formulazione dei tratti, anche soggettivi, dell'offerta ed assumendo, in via solidale, la responsabilità per l'esatta esecuzione, ancorché la formalizzazione del contratto sia rimessa al consorzio, che è parte formale: cfr., ancora, Cons. Stato, ad. plen., n. 5/2021 cit.); e) in tal caso (che è quello in cui si sussume la vicenda di specie) è necessario che le imprese designate possiedano e comprovino (con la ribadita salvezza dei, limitati e specifici, casi di qualificazione cumulativa) i requisiti, tecnici e professionali, di partecipazione"*;

RILEVATO altresì che, nella richiamata sentenza del Consiglio di Stato n. 7360/2022, è stato precisato che *"l'impresa consorziata non qualificata non possa valorizzare i requisiti posseduti, in proprio, dal consorzio stabile ovvero dalle consorziate non esecutrici: ma solo che, in tal caso – lungi dal poter sfruttare il meccanismo del "cumulo automatico" – ha l'onere di ricorrere all'ordinario strumento dell'avvalimento (art. 89)"*;

RITENUTO che, pur in presenza di un orientamento giurisprudenziale di segno opposto (citato nelle memorie della SA e della Società Stacchio Impianti S.r.l.), con riferimento alle gare regolate dal d.lgs. n. 50/2016, secondo l'Autorità va ribadito l'orientamento espresso nelle citate Delibere n. 76 e 184 del 2023, nel senso che, qualora un consorzio designi per l'esecuzione dell'appalto un'impresa consorziata, i requisiti di qualificazione devono essere posseduti e vanno accertati in capo a tale impresa, a prescindere dalla qualificazione in proprio del consorzio;

CONSIDERATO che, con riferimento alle gare regolate dal d.lgs. n. 50/2016 (come quella in esame), l'art. 225, comma 13, del d.lgs. n. 36/2023 non può essere interpretato nel senso che i requisiti di qualificazione SOA devono essere posseduti e comprovati solo dal consorzio stabile, anche nel caso in cui l'esecuzione dell'appalto sia totalmente affidata ad un'impresa esecutrice. Il comma 13 dell'art. 225 del nuovo Codice detta il regime transitorio relativo agli appalti pubblici, tenendo conto del fatto che il sistema ex d.lgs. n. 50/2016 si basa su una disposizione transitoria (l'art. 216, comma 27-*octies*, del d.lgs. n. 50/2016) che rinvia all'art. 36 del d.lgs. n. 163/2006 e al d.P.R. n. 207/2010, consentendo al consorzio stabile di qualificarsi sulle base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate. Si tratta di una disposizione che mira ad evitare che si crei un vuoto nel sistema con riferimento alle gare *medio tempore* regolate dal d.lgs. n. 50/2016, nel senso di prevedere che continua ad applicarsi la regola del cumulo alla rinfusa prevista dall'art. 36 del d.lgs. n. 163/2006. Tale disposizione



non si occupa, invece, del tema qui in discussione in cui il consorzio possiede in proprio la qualificazione, ma indica una impresa esecutrice priva di qualificazione. Il cd. cumulo alla rinfusa nei consorzi stabili, propriamente inteso, va infatti riferito alla possibilità per il Consorzio stabile, privo in proprio dei requisiti, di qualificarsi per il tramite delle proprie consorziate, sommandone i relativi requisiti, ma non nel senso opposto, cioè di consentire ad una consorziate di qualificarsi ed eseguire l'appalto, essendo totalmente priva di qualificazione nelle categorie richieste per i lavori affidati;

RILEVATO che i suddetti principi vanno *a fortiori* applicati nella procedura *de qua*, in quanto i lavori oggetto di appalto hanno un valore altamente specialistico (Categorie SOA OS30 e OS3) e possono essere realizzati solo da imprese abilitate e certificate e da personale specializzato.

RITENUTO, in conclusione, che spetti alla Stazione appaltante valutare la sussistenza dei requisiti di qualificazione in capo ai tre consorzi stabili controinteressati (Consorzio Stabile Opera S.c.a.r.l., del Consorzio Stabile F2B e del Consorzio Stabile Concordia Soc. Cons. a r.l.), tenendo presente il principio secondo cui la designazione di consorziate esecutrici del tutto carenti di qualificazione SOA comporta l'esclusione del consorzio dalla gara. Nel caso in cui tale principio non sia stato rispettato dal RUP, in sede di ammissione dei concorrenti, occorrerà rinnovare la procedura di gara a partire dalla fase di esame della documentazione amministrativa, considerando che, in caso di ammissione di un numero di operatori inferiore a cinque, non potrà operare il meccanismo di esclusione automatica delle offerte e (in tale evenienza) la Stazione appaltante dovrà procedere alla verifica di anomalia nei confronti dell'impresa istante (offerente il maggior ribasso), pur rimanendo invariato il calcolo della soglia di anomalia, ai sensi dell'art. 95, comma 15, del d.lgs. n. 50/2016.

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che spetti alla Stazione appaltante valutare la sussistenza dei requisiti di qualificazione in capo ai tre consorzi stabili controinteressati secondo le coordinate ermeneutiche sopra tracciate.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 24 ottobre 2023

Il Segretario Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente