



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 822 DEL 26 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 Centrale Unica di Committenza dell'Unione dei Comuni della Valle del Torto e dei Feudi – Città Metropolitana di Palermo – Procedura di gara aperta per l'affidamento dei lavori di recupero dell'immobile sede comunale Piazza Abate Romano – Importo a base di gara: euro 791.481,01 - S.A.: Comune di Lercara Friddi

PREC 86/19/L

Il Consiglio

Considerato in fatto

Nell'ambito della procedura di gara aperta per l'affidamento dei lavori di recupero dell'immobile sede comunale Piazza Abate Romano, con istanza prot. n. 38599 del 15/05/2019, la Centrale Unica di Committenza dell'Unione dei Comuni della Valle del Torto e dei Feudi sottopone all'attenzione dell'Autorità una richiesta di parere concernente la legittimità della disposta esclusione del consorzio Conpat Scarl (prot. n. 410 del 02/04/2019) in quanto la partecipazione dello stesso non sarebbe stata conforme al punto 4.2.6 del disciplinare di gara sulla qualificazione richiesta ai consorzi stabili di cui all'art. 45, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 50/2016.

La procedura di gara aperta ai sensi dell'art. 60, d.lgs. n. 50/2016 è stata indetta per l'affidamento di lavori di recupero di immobile sede comunale Piazza Abate Romano sottoposto alla tutela del d.lgs. n. 42/2004 recante "Codice dei beni culturali e del paesaggio", disciplinato dalle disposizioni della Parte II, Titolo VI, Capo III del Codice, dal DM 22/08/2017, n. 154 e, in via transitoria, dal d.P.R. n. 207/2010.

Secondo quanto stabilito dal disciplinare di gara, la ditta esecutrice dei lavori per partecipare alla gara doveva possedere l'attestazione di qualificazione SOA nella categoria OG2 e nella classifica III, ma il consorzio Conpat Scarl, pur essendo in possesso della qualificazione richiesta dal disciplinare, indicava quale ditta esecutrice dell'intervento un'impresa in possesso della categoria OG2, ma con classifica II invece della classifica III richiesta dalla *lex specialis* di gara.

Nella seduta di gara del 02/04/2019, la commissione di gara decideva di escludere il consorzio Conpat Scarl ritenendo la partecipazione dello stesso in contrasto con quanto previsto dal punto 4.2.6 del disciplinare di gara che, con riferimento alla qualificazione dei consorzi stabili, specifica quanto segue: «Nella presente procedura l'applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 47 e 146 del Codice, avverrà secondo l'interpretazione data da ANAC nella deliberazione n. 1239 del 6/12/2017 in base alla quale «i consorzi stabili, nell'ambito degli appalti nel settore dei beni culturali, possono indicare quali esecutori delle opere i soli consorziati che siano in possesso (in proprio) delle qualificazioni richieste dalla *lex specialis* per l'esecuzione dei lavori oggetto di affidamento, anche in ragione di quanto stabilito dall'art. 146 comma 2 del Codice». Quindi, la possibilità



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

per i consorzi stabili di utilizzare i requisiti maturati in proprio è limitata al caso in cui gli stessi intendano eseguire, in caso di aggiudicazione, i lavori direttamente con la struttura consortile e non per tramite di una o più consorziate».

Di conseguenza, la motivazione del provvedimento di esclusione è stata la seguente: «- non conforme a quanto richiamato al punto 4.2.6. del disciplinare di gara in merito alla deliberazione ANAC n. 1239 del 06/12/2017 in base alla quale “i consorzi stabili, nell’ambito degli appalti nel settore dei beni culturali, possono indicare quali esecutori delle opere i soli consorziati che siano in possesso (in proprio) delle qualificazioni richieste dalla lex specialis per l’esecuzione dei lavori oggetto di affidamento, anche in ragione di quanto stabilito dall’art. 146 comma 2 del Codice”. Quanto compendiato nella superiore deliberazione dell’ANAC trova, altresì, conforto nella sentenza del Consiglio di Stato n. 403 del 16.1.2019 sez. V che precisa, per quanto attiene la materia di che trattasi, che “...la finalità di tale disciplina è quella di evitare che l’intervento sui beni culturali venga effettuato da soggetti non qualificati a prescindere dall’esistenza di un soggetto (consorzio) che ne assuma la responsabilità nei confronti dell’amministrazione ...». Appare opportuno, altresì, specificare che la qualificazione chiesta per l’appalto in oggetto (**categoria OG2 classifica III**) è requisito essenziale per la partecipazione allo stesso, così come richiamato ed articolato sia nel disciplinare di gara che da quanto sopra esplicitato».

Ricevuta l’istanza di annullamento in autotutela del provvedimento di esclusione da parte del consorzio Conpat Scarl, la Centrale Unica di Committenza dell’Unione dei Comuni della Valle del Torto e dei Feudi ha ritenuto di richiedere all’Autorità un parere di precontenzioso sulla legittimità del provvedimento adottato, domandando una valutazione anche sulle prescrizioni del disciplinare di gara concernenti la partecipazione delle ATI e dei consorzi alle gare bandite per i beni culturali.

L’avvio del procedimento è stato comunicato alle parti interessate con nota prot. n. 46818 dell’11/06/2019.

Il Consorzio Conpat Scarl è intervenuto nel procedimento depositando memorie e documenti e richiedendo un’audizione. Nella memoria trasmessa in atti, dopo avere specificato di essere in possesso della qualificazione nella categoria OG2, classifica VIII e di avere così partecipato alla procedura di gara designando l’impresa FG Group in possesso di qualificazione OG2, classifica II, il Consorzio Conpat Scarl a mezzo del difensore avv. Barbara Del Duca ha contestato l’illegittimità del provvedimento di esclusione, sostanzialmente considerando che: 1) l’art. 146, d.lgs. n. 50/2016 ha stabilito solo il principio che ad eseguire i lavori sui beni culturali debbano essere i soggetti in possesso del requisito tecnico professionale per il restauro e la manutenzione dei beni culturali, OG2, prescindendo dalla classe della categoria, la classifica individuando l’importo di abilitazione e rappresentando esclusivamente un requisito economico-finanziario che esula dall’ambito di operatività del disposto di cui all’art. 146, d.lgs. n. 50/2016 che si pone esclusivamente quale unico obiettivo l’esigenza di tutela del patrimonio culturale; 2) in ogni caso, troverebbe applicazione l’art. 48, comma 7-bis, d.lgs. n. 50/2016 che dovrebbe avere un’interpretazione in termini ampi così da consentire la sostituzione dell’impresa consorziata designata con altra impresa diversa e in possesso della qualificazione nella categoria e



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

classifica richieste dal bando oppure l'esecuzione dei lavori direttamente da parte del consorzio in possesso della richiesta qualificazione (T.A.R. Catanzaro, sentenza 21/01/2019, n. 97).

Ai sensi dell'art. 9, comma 3, del Regolamento sull'esercizio della funzione di precontenzioso, l'Ufficio istruttore, vista la documentazione e le informazioni acquisite, non ha ritenuto necessario procedere all'audizione delle parti interessate.

Ritenuto in diritto

Con la richiesta di parere si domanda all'Autorità una valutazione sulla legittimità del provvedimento di esclusione dalla procedura di gara del Consorzio stabile Conpat Scarl sulla base del punto 4.2.6 del disciplinare di gara e dell'art. 146, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, come interpretato dall'ANAC nella deliberazione n. 1239 del 6/12/2017 e tenuto conto dell'orientamento giurisprudenziale rinvenibile nella sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 16/01/2019, n. 403.

In riscontro alla richiesta di parere pervenuta, viste le memorie e la documentazione in atti, la questione posta può essere risolta nel senso di confermare il proprio orientamento già espresso nella deliberazione n. 1239 del 6/12/2017, come ulteriormente specificato nel parere reso con delibera n. 710 del 23/07/2019 nell'ambito del procedimento di precontenzioso n. 85/19/L riguardante una fattispecie analoga.

Il decreto legislativo n. 50 del 2016, agli artt. 145-151, dedica un regime particolare agli appalti nel settore dei beni culturali tutelati ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 recante Codice dei beni culturali e del paesaggio, derogando alla disciplina generale del Codice dei Contratti pubblici, la quale trova applicazione per quanto non diversamente disposto dalle specifiche norme dedicate a tale settore (art. 145, comma 3, d.lgs. 50/2016).

La disciplina concernente la qualificazione degli esecutori di lavori su beni sottoposti a tutela, in ragione del particolare interesse pubblico alla tutela e conservazione dei beni interessati, evidenzia una *ratio* tesa a determinare una diretta correlazione tra l'esecutore dei lavori e la titolarità della qualificazione in termini di attestazione per i lavori eseguiti tant'è che, in deroga alla regola generale, l'art. 146, comma 3, esclude l'ammissibilità dell'istituto dell'avvalimento dei requisiti speciali di partecipazione per i contratti stipulati nel settore dei beni culturali. Tale stretta e diretta correlazione è espressa, prima ancora che dalla norma che esclude l'avvalimento, dalla previsione contenuta all'art. 146, comma 2, ai sensi del quale i lavori eseguiti nel settore dei beni culturali *«sono utilizzati, per la qualificazione, unicamente dall'operatore che li ha effettivamente eseguiti»*.

Da qui l'assunto che la regola del cumulo alla rinfusa dei requisiti di partecipazione, espressa per i consorzi stabili e le consorziate designate per l'esecuzione dei lavori, non può trovare applicazione per gli appalti di lavori nel settore dei beni culturali entrando altrimenti in contrasto con la disposizione inderogabile di cui all'art. 146, comma 2, d.lgs. 50/2016.

Quindi, si conferma l'orientamento dell'Autorità secondo cui la specifica qualificazione richiesta da un bando di gara per l'esecuzione di lavori nel settore dei beni culturali può essere utilizzata soltanto dal soggetto che quei lavori abbia eseguito con la conseguenza che, nel caso di partecipazione di un



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

consorzio stabile a una procedura di gara, a prescindere dalla qualificazione del consorzio, la qualificazione richiesta debba essere comunque posseduta dall'impresa designata per l'esecuzione del contratto.

In tal senso si è espressa l'Autorità sia nella delibera n. 1239 del 16/12/2017, condivisa nell'orientamento espresso dal Consiglio di Stato (sez. V) nella sentenza 16/01/2019, n. 403, sia con delibera n. 710 del 23/07/2019 (cui si rinvia per i dettagli delle argomentazioni svolte, anche da parte del Consiglio di Stato). A quanto sopra si aggiunga, con riferimento alla circostanza evidenziata dall'istante relativa al fatto che l'impresa fosse qualificata comunque per la categoria richiesta e non anche per la classifica, che i principi sopra riportati trovano applicazione anche laddove la qualificazione sia – come nel caso di specie – parziale, vale a dire sussistente per la categoria, ma non per la classifica richiesta dal disciplinare di gara.

In senso contrario alla tesi sostenuta dal Consorzio Conpat Scarl, l'avviso dell'Autorità è nel senso che il principio espresso all'art. 146, comma 2, del Codice in ordine alla qualificazione per l'esecuzione dei lavori concerne la qualificazione in gara come richiesta dal bando di gara per gli interventi su beni sottoposti a tutela e che, per la qualificazione SOA, non si ritiene limitata alla sola categoria senza considerare anche la classifica entrambi essendo elementi costitutivi della qualificazione necessaria all'esecuzione dei lavori. L'attestazione SOA, infatti, ha una valenza certificativa complessivamente riferita alla capacità tecnica ed economico finanziaria dell'operatore economico (art. 60, comma 3, d.P.R. n. 207/2010).

Nel caso di specie, tra l'altro, la richiesta classifica III, attestata per l'esecuzione di lavori fino a € 1.033.000,00 presuppone altresì, ai sensi dell'art. 63, d.P.R. n. 207/2010, il possesso di un sistema di qualità aziendale conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000, quindi configura una qualificazione riferita sia al valore dei lavori eseguiti sia ad un elemento di idoneità tecnica specificamente riferito all'organizzazione aziendale.

Quindi, la compiuta verifica da parte della commissione aggiudicatrice concernente l'attestazione di qualificazione certificante la categoria OG2 e la classifica II invece della classifica III come prevista dal bando, appare aver correttamente comportato l'esclusione del concorrente per assenza in capo allo stesso della qualificazione richiesta ai fini dell'esecuzione dei lavori.

Sotto un diverso profilo, non si si condivide quanto sostenuto dal consorzio in ordine all'applicazione dell'art. 48, comma 7-bis, d.lgs. n. 50/2016 che dovrebbe avere un'interpretazione "in termini ampli" così da consentire, in vista dell'esecuzione del contratto, la sostituzione dell'impresa consorziata designata con altra impresa consorziata o con il consorzio stesso in possesso della qualificazione richiesta dal bando.

Tale interpretazione appare contraddetta dalla stessa disciplina normativa invocata a sostegno, ove si consideri che, ai sensi del comma 7 dell'art. 48, d.lgs. n. 50/2016, i consorzi di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c) «sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre» a questi ultimi essendo fatto «divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara» e che, ai sensi del comma 7-bis, d.lgs. n. 50/2016, è possibile designare ai fini dell'esecuzione dei



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

lavori o dei servizi un'impresa consorziata diversa da quella indicata in sede di gara, ma soltanto «per le ragioni indicate ai successivi commi 17, 18 e 19 o per fatti o atti sopravvenuti» e «a condizione che la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere in tale sede la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata».

La fattispecie in esame non appare riconducibile all'ambito di applicazione dell'art. 48, comma 7-*bis*, d.lgs. n. 50/2016 che, oltre a riferirsi specificamente alla fase di esecuzione del contratto, individua le ragioni che possono consentire una deroga alla previsione contenuta al comma 7 e la conseguente sostituzione della consorziata designata con altra impresa, consistenti negli eventi indicati ai successivi commi 17, 18 e 19 dell'art. 48 e in eventuali fatti o atti sopravvenuti. Infatti, la sostituzione della consorziata designata per l'esecuzione non risulterebbe determinata da alcuna delle ragioni previste ai commi 17, 18 e 19 né da fatti o atti sopravvenuti e, in ogni caso, integrerebbe la violazione della condizione negativa disciplinata nell'ultima parte del comma 7-*bis* ove è stato previsto espressamente che la modifica soggettiva non deve essere finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata.

Invero, l'interpretazione "in termini ampi" del comma 7-*bis* sostenuta dal consorzio appare, al contrario, non soltanto non contemplata dalle norme richiamate, ma altresì in contrasto con le stesse previsioni in esse contenute.

D'altra parte appariva chiara e non suscettibile di ambigue interpretazioni la clausola del disciplinare di gara che statuiva in ordine alla necessità che l'impresa designata dal consorzio fosse in possesso della qualificazione richiesta dal bando di gara (senza distinguere tra categoria e classifica), laddove specificava la possibilità per i consorzi stabili di utilizzare i requisiti maturati in proprio nel caso in cui intendessero «eseguire, in caso di aggiudicazione, i lavori direttamente con la struttura consortile e non per tramite di una o più consorziate».

La partecipazione del consorzio per proprio conto avrebbe dovuto essere dichiarata in sede di presentazione dell'offerta e non successivamente in ragione della disposta esclusione dalla procedura da parte della commissione aggiudicatrice. Lo stesso Consiglio di Stato, sez. V, nella sentenza n. 403/2019, ha indicato come legittima l'esclusione del consorzio, per carenza in capo alle consorziate designate dei requisiti di qualificazione richiesti, «a nulla rilevando il possesso dei medesimi da parte del Consorzio» (cfr. sent. n. 403/2019). Sempre nella citata sentenza, il Consiglio di Stato ha negato la possibilità per il consorzio di svolgere in proprio i lavori avendone la qualificazione, esprimendo il principio che in caso di designazione di consorziata per l'esecuzione del contratto, a questa occorre fare riferimento per la valutazione dei requisiti, mentre su un piano diverso «si pone la considerazione per cui il consorzio stabile è caratterizzato dal c.d. elemento teleologico, che gli consente di operare con un'autonoma struttura di impresa, capace di eseguire anche in proprio, e cioè senza l'ausilio necessario delle imprese consorziate, le prestazioni previste nel contratto (in termini Cons. Stato, V, 17 gennaio 2018, n. 278)». Pertanto, sulla base delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Ritiene, per le ragioni sopra esposte, che il consorzio che abbia designato un'impresa consorziata per l'esecuzione del contratto, risultata carente di un requisito di partecipazione, non può svolgere in proprio i lavori pur avendo la qualificazione richiesta dal bando di gara, poiché l'avvenuta designazione comporta che a questa occorre fare riferimento per la valutazione dei requisiti di qualificazione per la partecipazione alla gara.

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio
In data 26 settembre 2019
Il segretario Maria Esposito