



DELIBERA N. 423

18 settembre 2024

Oggetto

Istanza SINGOLA presentata dalla MACRAMÈ TRAME SOLIDALI NELLE TERRE DEL SOLE - Consorzio Cooperative Sociali di Solidarietà - S.C.S - Procedura aperta per l'appalto del servizio Rafforzamento degli interventi di inclusione a valere sulle risorse della Quota Servizi Fondo Povertà (QSFP). CUP H31B18000690001 - H39I23000070006 - H39I23000060006 - H39I22001140006 - Indetta tramite Sistema telematico messo a disposizione da Consip S.p.A. in modalità ASP (Application Service Provider). ID N. 4067212 - CIG: B06B4DAC10 - Importo: euro: 2.039.604,86 - S.A.: Comune di Reggio Calabria
UPREC-PRE-0225-2024-S-PREC

Riferimenti normativi

Art. 65 del d.lgs. 36/2023

Art. 68 del d.lgs. 36/2023

Art. 101 del d.lgs. 36/2023

Parole chiave

Appalto pubblico -- servizi – RTI costituito– caratteristiche – mandato con scrittura privata autenticata – assenza atto pubblico

Appalto pubblico -- servizi – RTI costituito– caratteristiche – mandato con scrittura privata autenticata – soccorso istruttorio - non sussiste

Massima

Appalto pubblico -- servizi – RTI costituito– caratteristiche – mandato con scrittura privata autenticata – assenza atto pubblico

Premesso che, ai sensi dell'art. 1350 c.c., alla legge è demandata la individuazione degli atti che "specialmente" devono essere predisposti secondo una particolare forma, sulla base di ciò non pare dubbio che l'art. 68, co. 6 del d.lgs. 36/2023 rientri in tale casistica laddove prevede che il "mandato deve risultare da scrittura privata autenticata". Allo stesso tempo sempre ai sensi dell'art. 65, co. 2 lett. e), il conferimento del mandato deve avvenire "prima della presentazione dell'offerta". Per effetto di ciò, pertanto, in caso di partecipazione ad una procedura nella modalità di RTI costituito, sussiste l'obbligo di depositare l'atto costitutivo del raggruppamento comprensivo del mandato collettivo speciale con rappresentanza conferito al mandatario nella forma della scrittura privata autenticata con data anteriore

all'offerta. Tale circostanza, sulla base dell'analisi della richiamata disciplina di riferimento, costituisce uno dei presupposti necessari della imputabilità dell'offerta medesima, sottoscritta dal solo mandatario, all'intero raggruppamento, nonché condizione di validità della stessa, in quanto il corretto conferimento del mandato è presupposto indefettibile dell'assunzione da parte degli oo.rr. costituenti il RTI degli obblighi di responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante e dei terzi (cfr. art. 68, co. 9), nonché dell'impegno alla realizzazione dell'appalto (cfr. art. 68, co. 2).

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 18 settembre 2024

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 86574 del 22.7.2024, con la quale l'o.e. MACRAMÈ TRAME SOLIDALI NELLE TERRE DEL SOLE - Consorzio Cooperative Sociali di Solidarietà - S.C.S. (d'ora innanzi Macramè) ha chiesto alla scrivente Autorità di voler esprimere un parere di precontenzioso in merito alla legittimità dell'affidamento dell'appalto in oggetto al RTI Progetto Sociale 2.0 per alcune carenze riferibili sia all'atto costitutivo dello stesso o.e., sia ad alcuni elementi relativi all'offerta;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 90617 del 31.7.2024;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalla parte, dal RTI controinteressato e dalla stazione appaltante;

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità verte in via principale sulla corretta costituzione del RTI aggiudicatario ai fini della partecipazione in particolare sulle modalità del conferimento del mandato di rappresentanza e del relativo oggetto e in subordine della legittimità dell'omessa indicazione dei costi della manodopera da parte dello stesso soggetto;

RILEVATO che con la prima doglianza, da esaminare in ordine logico di trattazione, l'istante censura che, al momento della presentazione dell'offerta, l'RTI aggiudicatario non avesse conferito il mandato collettivo speciale con rappresentanza nelle forme previste dalla normativa di riferimento, risultando tale mandato attribuito solo mediante scrittura privata non autenticata, risultante da una precedente procedura di gara già aggiudicata allo stesso raggruppamento da parte della medesima stazione appaltante;

PRESO ATTO che, al fine di esaminare correttamente la vicenda, occorre preliminarmente precisare che ai sensi dell'art. 65, co. 2 del d.lgs. 36/2023 è sancito che *"Rientrano nella definizione di operatori economici ... i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti o costituendi dai soggetti di cui alle lettere a), b), c) e d), i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti"* e che il successivo art. 68, commi 5 e 6 *"Per la costituzione del raggruppamento temporaneo gli operatori economici devono conferire, con un unico atto, mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, detto mandatario ... Il mandato deve risultare da scrittura privata autenticata ..."*;

PRESO ATTO, inoltre, che secondo la lex specialis di gara, segnatamente il disciplinare di gara all'art. 15.4 è prevista la indicazione nella domanda di partecipazione per gli RTI costituiti della *"copia del mandato collettivo irrevocabile con rappresentanza conferito alla mandataria per atto pubblico o scrittura privata autenticata"*;

CONSIDERATO infine che il precedente art. 14 della medesima lex specialis sancisce che *"Con la procedura di soccorso istruttorio di cui all'articolo 101 del Codice, possono essere sanate le carenze della documentazione trasmessa con la domanda di partecipazione ma non quelle della documentazione che compone l'offerta tecnica. Con la medesima procedura può essere sanata ogni omissione, inesattezza o irregolarità della domanda di partecipazione e di ogni altro documento richiesto per la partecipazione alla procedura di gara, con esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica. Non sono sanabili le omissioni, le inesattezze e irregolarità che rendono assolutamente incerta l'identità del concorrente. A titolo esemplificativo, si chiarisce che: ... la mancata produzione ... del mandato collettivo speciale o dell'impegno a conferire mandato collettivo può essere oggetto di soccorso istruttorio solo se i citati documenti sono preesistenti e comprovabili con data certa anteriore al termine di presentazione dell'offerta"*;

RILEVATO quanto sopra, giova ricostruire la vicenda nello specifico sviluppo dei fatti, alla luce di quanto rappresentato dalle parti: si precisa innanzitutto che, sulla base della documentazione prodotta contestualmente alla domanda di partecipazione alla gara in esame, il RTI Progetto Sociale 2.0 risulta costituito mediante scrittura privata risalente al 10.11.2020, in conseguenza dell'aggiudicazione di un appalto da parte della medesima stazione appaltante – Comune di Reggio Calabria – a cui aveva partecipato come costituendo RTI, in adempimento agli impegni ivi convenuti (ex art. 48, co. 8 del d.lgs. 50/2026, applicabile *ratione temporis*). Tale scrittura privata, predisposta nel 2020 con esclusivo ed esplicito riferimento alla procedura *de qua* (quindi priva di qualsiasi richiamo a quella oggetto dell'odierno parere), contiene precipuo conferimento di mandato collettivo con rappresentanza ad una delle due ditte costituenti, ma non nella forma di atto pubblico o in alternativa con scrittura privata autenticata;

CONSIDERATO che l'odierno appalto veniva bandito in data 23.2.2024, in data 19.3.2024, il RTI Progetto Sociale 2.0, con domanda a firma del rappresentante legale della ditta capofila del suddetto raggruppamento (sig. Massimo Salvatore Morisani per conto della soc. coop. L'Arcangelo Michele), partecipava alla procedura in esame risultandone aggiudicatario provvisorio, come da verbale del 24.4.2024;

PRESO ATTO che, previo accesso agli atti del 6.5.2024, con istanza di annullamento in autotutela del 27.5.2024, il Consorzio Macramè contestava la legittimità della aggiudicazione censurando una serie di profili inerenti, tra l'altro, la corretta costituzione del RTI Progetto Sociale 2.0. con riferimento alla partecipazione alla gara *de qua*;

PRESO ATTO di tale istanza di annullamento, con nota del 28.5.2024, la stazione appaltante avviava pertanto un procedimento ex artt. 7, e 8 Legge n. 241/1990 al fine di acquisire memorie e documenti;

CONSIDERATO che tale nota veniva riscontrata dal raggruppamento. aggiudicatario provvisorio, il quale depositava in particolare atto del notaio G. Putorti, del 4.6.2024, con il quale veniva formalizzata, mediante la forma dell'atto pubblico, la costituzione del RTI anzidetto ivi compreso il conferimento di mandato collettivo speciale con rappresentanza, con precipuo riferimento alla procedura in esame;

RILEVATO quanto sopra, acquisita la documentazione di riferimento del procedimento ex artt. 7, e 8 Legge n. 241/1990, il comune di Reggio Calabria emanava prima la nota interlocutoria del 12.6.2024, e successivamente la determinazione del 3.7.2024, con cui sostanzialmente confermava l'aggiudicazione a favore del RTI Progetto Sociale 2.0., evidenziando, per quanto concerne il profilo in esame, inerente la carenza delle prescritte forme per il conferimento del mandato collettivo del RTI costituito, che trattasi

di *"un vizio di forma sanabile con il soccorso istruttorio"* e che, parimenti, tale circostanza non risulta contemplata come causa di esclusione ex artt. 94 e 95 del d.lgs. 36/2023;

CONSIDERATO quanto sopra, con particolare riguardo alla disciplina normativa e speciale di riferimento e allo sviluppo della vicenda, le conclusioni a cui è giunto il Comune di Reggio Calabria non appaiono convincenti. Giova innanzitutto precisare che, ai sensi dell'art. 1350 c.c., alla legge è demandata la individuazione degli atti che *"specialmente"* devono essere predisposti secondo una particolare forma, in tal senso la previsione di riferimento al caso di specie, vale a dire l'art. 68, co. 6 del d.lgs. 36/2023, non pare dubbio che rientri in tale casistica laddove prevede che il *"mandato deve risultare da scrittura privata autenticata"*. Allo stesso tempo sempre ai sensi della disciplina di riferimento, segnatamente l'art. 65, co. 2 lett. e), il conferimento del mandato deve avvenire *"prima della presentazione dell'offerta"*. Per effetto di ciò, pertanto, in caso di partecipazione ad una procedura nella modalità di RTI costituito, sussiste l'obbligo di depositare l'atto costitutivo del raggruppamento comprensivo del mandato collettivo speciale con rappresentanza conferito al mandatario nella forma della scrittura privata autenticata con data anteriore all'offerta. Tale circostanza, sulla base dell'analisi della richiamata disciplina di riferimento, costituisce uno dei presupposti necessari della imputabilità dell'offerta medesima, sottoscritta dal solo mandatario, all'intero raggruppamento, nonché condizione di validità della stessa, in quanto il corretto conferimento del mandato è presupposto indefettibile dell'assunzione da parte degli oo. ee. costituenti il RTI degli obblighi di responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante e dei terzi (cfr. art. 68, co. 9), nonché dell'impegno alla realizzazione dell'appalto (cfr. art. 68, co. 2). Viceversa, per completezza di esposizione, come avvenuto nella procedura del 2020, in caso di partecipazione come costituendo RTI, l'offerta viene sottoscritta da tutti gli oo. ee. partecipanti al raggruppamento con l'impegno di formalizzare la costituzione del RTI solo in caso di aggiudicazione (cfr. art. 68, co. 1 del d.lgs 36/23 e *ratione temporis* art. 48 del d.lgs 50/2016). Da quanto sopra, pertanto, non pare dubitabile che al momento della partecipazione alla gara, oggetto dell'odierno parere, il RTI Progetto Sociale 2.0. non risultava correttamente costituito secondo le modalità previste dalla legge, che – si ribadisce – richiede la forma della scrittura privata autenticata per il conferimento del mandato collettivo speciale di rappresentanza al mandatario anteriore all'offerta, e che grazie a ciò, può sottoscrivere validamente la domanda di partecipazione, l'offerta e tutti gli altri documenti di gara anche per conto degli altri membri del raggruppamento: dalla documentazione in atti risulta che la domanda di partecipazione alla gara *de qua* è sottoscritta dal solo legale rappresentante della capogruppo soc. coop L'Arcangelo Michele del 19.3.2024 per conto dell'intero RTI.

CONSIDERATO peraltro che non convince quanto sostenuto sul punto dalla stazione appaltante anche per quanto concerne la dedotta preesistenza sostanziale del conferimento del mandato, comprovato da data certa anteriore al termine di presentazione dell'offerta, come conseguenza del precedente affidamento del 2020 e alla luce di un principio di ultrattività della durata del raggruppamento non delimitata da un'unica gara di appalto. In tal senso giova richiamare la giurisprudenza sul punto per cui *"il mandato con rappresentanza conferito al capogruppo si configura, per costante giurisprudenza, come atto di natura negoziale di competenza del notaio ex art. 2703 c.c."* (Cons. Stato sez. V, sent. n. 2145/2009), per cui vanno escluse modalità alternative di attribuzione del mandato alla capogruppo, ivi compresa la mera scrittura privata successiva all'aggiudicazione ad un costituendo RTI a cui non può pertanto riconoscersi un effetto sanante e la cui correttezza e legittimità, seppur esulando dall'oggetto del parere, in termini generali ed alla luce di quanto finora rilevato, pare altrettanto dubbia: la doverosità fissata dalla legge del conferimento del mandato solo mediante scrittura privata autenticata, in assenza di esplicite deroghe, opera in tutti i casi. Da quanto sopra discende, pertanto, che a nulla giova l'invocata assenza di una precipua causa espulsiva ex artt. 94 e 95 del d.lgs 36/23 alla fattispecie in esame, quando il soggetto partecipante non risulti in regola ai sensi degli artt. 67 e 68 del medesimo d.lgs 36/23 (richiamati espressamente dall'art. 4 del disciplinare di gara), con l'effetto che gli oo. ee. raggruppati, ma senza un valido conferimento del mandato di rappresentanza, non potranno assumere solidalmente gli

obblighi l'impegno alla realizzazione dei servizi oggetto dell'appalto nei confronti della stazione appaltante e degli altri soggetti terzi coinvolti, con evidenti ed inoppugnabili effetti sulla validità stessa dell'offerta presentata;

CONSIDERATO inoltre che nel caso in esame, diversamente da quanto sostenuto dal Comune di Reggio Calabria, non pare correttamente invocabile nemmeno il soccorso istruttorio, risultando il ricorso a tale istituto escluso direttamente dalla *lex specialis* di gara laddove, il già richiamato art. 14 del disciplinare di gara, afferma che *"Con la procedura di soccorso istruttorio di cui all'articolo 101 del Codice, possono essere sanate le carenze della documentazione trasmessa con la domanda di partecipazione ma non quelle della documentazione che compone l'offerta tecnica. Con la medesima procedura può essere sanata ogni omissione, inesattezza o irregolarità della domanda di partecipazione e di ogni altro documento richiesto per la partecipazione alla procedura di gara, con esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica. Non sono sanabili le omissioni, le inesattezze e irregolarità che rendono assolutamente incerta l'identità del concorrente. A titolo esemplificativo, si chiarisce che: ... la mancata produzione ... del mandato collettivo speciale o dell'impegno a conferire mandato collettivo può essere oggetto di soccorso istruttorio solo se i citati documenti sono preesistenti e comprovabili con data certa anteriore al termine di presentazione dell'offerta"*. Allo stesso tempo, si ribadisce che la previsione anzidetta risulta del tutto coerente con il dettato normativo di cui all'art. 65, co. 2 lett. e) del d.lgs 36/2023 che ammette la partecipazione dei raggruppamenti solo qualora *"prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale ..."*. Sulla base della documentazione prodotta, poiché il mandato collettivo è stato conferito mediante atto pubblico solo in data successiva alla conclusione delle procedure di gara, alla luce di quanto sancito espressamente nella normativa di riferimento ed espressamente richiamato nella *lex specialis*, se da un lato viene implicitamente confermata la carenza sostanziale in cui era incorso il RTI aggiudicatario (carenza a cui aveva cercato tardivamente ovviare nel formalizzare con atto pubblico il conferimento del mandato), dall'altro la sanabilità con soccorso istruttorio deve ritenersi pacificamente esclusa per effetto della non preesistenza del documento alla presentazione dell'offerta;

RILEVATO inoltre che, con riferimento alla seconda doglianza, secondo cui l'oggetto della procura conferita alla mandataria risulti riferita ad una procedura estranea a quella in cui avrebbe dovuto esplicitare i suoi effetti, sebbene possa ritenersi assorbita alla luce delle precedenti considerazioni, per completezza di formulano le seguenti valutazioni. Come già evidenziato in narrativa, la citata scrittura privata di costituzione del RTI e di conferimento del mandato di rappresentanza alla capogruppo risalente al 2020 appare collegata in maniera pressoché esclusiva (cfr. epigrafe e art. 2 della scrittura privata del 10.11.2020) ad una procedura di appalto diversa a quella in cui avrebbe dovuto spiegare i propri effetti e che risulta collegata a quest'ultima solo dal punto di vista meramente soggettivo (stante la identità degli o.e. costituenti il RTI e la stazione appaltante). Secondo la normativa di riferimento, ai sensi dell'art. 68, co. 7, *"Al mandatario spetta la rappresentanza esclusiva, anche processuale, dei mandanti nei confronti della stazione appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto"* dove l' *"appalto"* in cui agisce il mandatario non può che essere quello a cui si intende precipuamente partecipare, non possono ritenersi in tal senso corrette quelle pattuizioni, come nel caso in esame, aventi un ambito oggettivo totalmente estraneo rispetto a quello in cui sono destinate ad operare e che – in termini generali ed ipotetici – potrebbero incidere sulla validità dell'assunzione dell'impegno alla conclusione dell'appalto medesimo e sulla responsabilità solidale verso la stazione appaltante ed i terzi coinvolti. Ne discende pertanto che anche la seconda censura formulata dall'o.e. istante possa ritenersi meritevole di accoglimento;

CONSIDERATO alla luce delle precedenti osservazioni che anche la terza doglianza, incentrata sull'assenza di indicazione dei costi della manodopera da parte del RTI aggiudicatario, possa pacificamente considerarsi assorbita dall'accoglimento della prima censura, ciò nonostante, per



completezza di analisi si rileva che, per effetto dell'esplicito richiamo dell'art. 108, co. 5 del d.lgs 36/23 nella *lex specialis* e del contenuto dispositivo del successivo comma 9, la doglianza debba tuttavia ritenersi priva di pregio, giacché l'affidamento dell'appalto verrà effettuato solo sulla base di criteri qualitativi, senza alcuna offerta economica;

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione e nei limiti del sindacato della scrivente Autorità, che:

- l'operato della stazione appaltante non sia conforme alla normativa di riferimento in particolare le previsioni degli artt. 65, 68 e 101 del d.lgs. 36/2023;
- conseguentemente non sia corretta partecipazione del RTI aggiudicatario alla gara *de qua* per effetto della non tempestività del conferimento del mandato di rappresentanza alla capogruppo e senza le doverose forme prescritte dalla legge, con il conseguenziale difetto della domanda di partecipazione e nella proposizione dell'offerta tecnica, sottoscritte dal solo mandatario;
- non sia altresì esperibile il soccorso istruttorio vista la normativa di riferimento e le regole autoimposte dalla stazione appaltante e contenute nella *lex specialis*;
- che la stazione appaltante debba procedere alla revoca dell'aggiudicazione e conseguente esclusione dalla gara del RTI Progetto Sociale 2.0.

Ai sensi dell'art. 220, comma 1 del Codice, qualora la Stazione appaltante non intendesse conformarsi al parere dovrà comunicare, con provvedimento da adottare entro quindici giorni, le relative motivazioni alle parti interessate e all'Autorità, che potrà proporre il ricorso di cui al comma 3 del medesimo articolo.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data

Il Segretario Valentina Angelucci