

Un'impresa consorziata non può mai partecipare ad una gara nella quale concorra anche il consorzio stabile del quale fa parte né in forma singola né in forma associata: il divieto vale anche per le imprese diverse da quelle indicate come esecutrici dei lavori.

il Consiglio di Stato con la decisione numero 1529 del 24 marzo 2006 ci sottolinea che:

<Il legislatore, sulla scia dei divieti di partecipazione congiunta ad una medesima gara di imprese tra loro collegate, formalmente o solo sostanzialmente, ha inteso evitare, con la normativa contenuta negli artt. 12, comma 5, e 13, comma 4 (della Legge Merloni), la partecipazione di imprese collegate occasionalmente o, come è il caso dei consorzi stabili, addirittura unite tra loro al punto da dar vita ad un'unica struttura imprenditoriale

La "comune struttura d'impresa" e la finalità di "operare in modo congiunto nel settore dei lavori pubblici", implicano legami tra le imprese e il consorzio, che, sebbene tanto il consorzio stabile quanto le imprese consorziate conservino la loro autonoma soggettività giuridica, sono più stretti di ogni altra forma di collegamento già raffigurata dalla legge (ex art. 2359 c.c.) e giustifica ampiamente l'estensione del divieto di partecipazione congiunta ad una medesima gara in tutte le diverse figure che il complesso della normativa in esame ha voluto delineare>

In conclusione quindi:

<Per tutte le considerazioni che precedono, deve concludersi che correttamente, nella specie, la commissione giudicatrice ha ritenuto incompatibile la partecipazione alla gara indetta dal Comune di Assemini oggetto della presente controversia del Consorzio e della impresa i, ancorché quest'ultima non fosse stata indicata come impresa esecutrice dei lavori>

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO N. 6473 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione ANNO 2005

ha pronunciato la seguente

decisione

sul ricorso in appello n. 6473/2005 proposto dalla **** & ****, s.n.c., in proprio e quale mandataria dell'A.T.I. con la ****, s.r.l., rappresentata e difesa dall'Avv. Fausto Serra e dall'Avv.ssa Maria Stefania Masini ed elettivamente domiciliata presso quest'ultima in Roma, Via Quirino Visconti, n. 20,

CONTRO

il Comune di Assemini, in persona del Sindaco p.t., non costituito,

la Soc. ****, S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Alessandro Savini e Luigi Strano, con i quali è elettivamente domiciliata in Roma, Viale di Villa Grazioli, n. 13,

la ****, s.c.a.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avv. Pietro Cammareri, con il quale è elettivamente domiciliato in Roma, Piazzale Ammiraglio Bergamini, n. 12,

per la riforma della sentenza del T.A.R. della Sardegna, I Sezione, del 20.6.2005, n. 1445;

Visto il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti tutti di causa;

Relatore, alla pubblica udienza dell'11. 10.2005, il Consigliere Claudio Marchitello;

Uditi gli avvocati Masini, Savini e Cammareri, come da verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

La ****, S.p.A., e la ****, società consortile a responsabilità limitata, con separati ricorsi, rispettivamente contrassegnati con i nn. 289/2005 e 359/2005, hanno impugnato il verbale datato 2.2.2005, con il quale sono state escluse dalla gara di appalto indetta dal Comune di Assemini per l'esecuzione dei lavori di sistemazione e rifacimento delle reti idriche interne all'abitato e il provvedimento del Responsabile dell'Area Tecnica dei Lavori Pubblici del predetto ente del 3.2.2005, n. 124, di aggiudicazione della gara all'A.T.I. costituita dalla società **** & ****, s.n.c., e ****, s.r.l.

Le ricorrenti hanno impugnato anche gli atti con i quali è stata data comunicazione della esclusione all'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Assemini, l'A.T.I. **** e, solo per il primo ricorso, l'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici, opponendosi all'accoglimento delle impugnative.

Il T.A.R. della Sardegna, I Sezione, con la sentenza del 20.6.2005, n. 1445, riuniti i due ricorsi e dopo aver estromesso dal giudizio n. 289/2995 l'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici, ha accolto le due impugnative, annullando gli atti della gara.

La Società **** & ****, in proprio e quale mandataria dell'A.T.I. con la ****, appella la sentenza deducendone la erroneità e domandandone la riforma.

Resistono all'appello la Soc. **** e il Consorzio ****, chiedendo la conferma della sentenza appellata.

All'udienza dell'11.10.2005, il ricorso in appello è stato ritenuto per la decisione.

DIRITTO

La **** & ****, s.n.c., in proprio e in qualità di capogruppo dell'A.T.I. costituita con la ****, s.r.l., appella la sentenza del T.A.R. della Sardegna del 20.6.2005, n. 1445. Il T.A.R., previa riunione dei ricorsi nn. 289/2005 e 359/2005, rispettivamente proposti dalla ****, S.p.A., e dalla ****, società consortile a responsabilità limitata, ha annullato il verbale in data 2.2.2003 con il quale le società ricorrenti sono state escluse dalla gara indetta dal Comune di Assemini per l'esecuzione dei lavori di sistemazione e rifacimento delle reti idriche interne all'abitato, Il stralcio, e l'appalto è stata provvisoriamente aggiudicato alla società appellante.

La sentenza ha annullato anche il provvedimento del Responsabile dell'Area Tecnica Lavori Pubblici del predetto Comune del 3.2.2005, n. 124, di approvazione degli atti di gara e di aggiudicazione definitiva dell'appalto all'A.T.I. **** § **** - ****.

L'appello è fondato.

La commissione giudicatrice ha escluso dalla gara le società **** e **** richiamandosi all'art. 12, comma 5, della legge 11.2.1994, n. 109, che vieta la partecipazione ad una medesima gara di un consorzio stabile e delle imprese consorziate, stabilendo che: "è vietata la partecipazione alla medesima procedura di affidamento dei lavori pubblici del consorzio stabile e dei consorziati. In caso di inosservanza di tale divieto si applica l'articolo 353 del codice penale. E' vietata la partecipazione a più di un consorzio stabile".

Il T.A.R., nella pronuncia appellata, ha ritenuto illegittima l'esclusione affermando che il divieto concerne le sole imprese consorziate che siano state indicate nell'offerta come esecutrici dei lavori, a norma dell'art. 13, comma 4, della stessa legge n. 109 del 1994, per il quale: "i consorzi di cui all'art. 10, comma 1, lettere b) e c), sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara".

Secondo il T.A.R., l'art 13, comma 4, la cui formulazione è dovuta al sopravvenuto art. 9, comma 4, della legge 18.11.1998, n. 415, ha limitato il divieto che, originariamente, in base all'art. 12, comma 5, aveva come destinatarie tutte le imprese consorziate, alle sole imprese direttamente interessate dall'appalto.

Se così non fosse, hanno rilevato i primi giudici, non si spiegherebbe l'obbligo, per i consorzi, di indicare le imprese destinate ad eseguire i lavori e il divieto per queste di partecipare alla gara in altra forma, in quanto il divieto di partecipazione ad una stessa gara di un consorzio stabile e delle imprese consorziate, in base all'art. 12, comma 5, è già riferito a tutte le imprese consorziate senza distinzioni.

La Sezione non condivide le conclusioni alle quali è pervenuto il T.A.R. (e ancor prima l'Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici nella Determinazione n. 11 del 9.6.2004).

Non ha consistenza, innanzitutto, il presupposto su cui essenzialmente si fonda la tesi propugnata dal T.A.R., secondo cui l'art. 13, comma 4, avrebbe parzialmente abrogato, per il profilo considerato, l'art. 12, comma 4, giacché la sua formulazione è dovuta ad una norma successiva (al già richiamato art. 9 della legge n. 415 del 1998).

La norma sopravvenuta, che non ha modificato la configurazione come possibile ipotesi di reato della violazione del divieto di partecipazione congiunta alla stessa gara del "consorzio stabile e dei consorziati" (punibile ai sensi dell'art. 353 c.p. "turbata libertà degli incanti"), ha lasciato immutato il predetto divieto con destinatarie tutte le imprese consorziate, anche le imprese diverse da quelle indicate come esecutrici dei lavori.

All'art. 13, comma 4, ad avviso della Sezione, va data una diversa interpretazione.

La disposizione, che è inserita in una norma diretta a disciplinare le "riunioni di imprese" deve essere letta per intero.

Stabilisce, infatti, la prima parte del comma 4 che: "è fatto divieto di partecipare alla gara in più di un'associazione temporanea o consorzio di cui all'art. 10, comma 1, lettere d) ed e) ovvero di partecipare alla gara anche in forma individuale qualora abbia partecipato alla gara medesima in associazione o consorzio".

Tale parte della norma pone il divieto per le imprese di partecipare ad una medesima gara in più di una struttura plurisoggettiva occasionale, quale un'associazione temporanea di imprese, un consorzio di

concorrenti ovvero una riunione di imprese che abbiano stipulato un contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE). La disposizione, poi (con formula che sostanzialmente ricalca quella contenuta nell'art. 12, comma 5, per le imprese facenti parte di un consorzio stabile), interdice la partecipazione ad una medesima gara delle imprese che già vi partecipano in una delle strutture plurime da essa indicate.

L'art. 13, comma 4, in prosieguo, aggiunge al divieto generalizzato già stabilito dall'art. 12, comma 5, per tutte le imprese consorziate di prendere parte alla medesima gara alla quale già partecipa il consorzio del quale fa parte ("è vietata la partecipazione alla medesima procedura di affidamento dei lavori pubblici del consorzio stabile e dei consorziati"), il divieto specifico, per le imprese indicate come esecutrici dei lavori, di partecipare alla medesima gara in un'altra struttura plurisoggettiva. La disposizione, infatti, dopo avere prescritto che i consorzi stabili sono tenuti ad indicare per quali consorziati il consorzio concorre ("I consorzi di cui all'articolo 10, comma 1, lettere b) e c), sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre") specifica, per i consorziati, tale ulteriore divieto ("a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara").

La espressione "in qualsiasi altra forma" vale ad evitare che l'impresa indicata come esecutrice dei lavori, per la quale già vige il divieto di partecipazione alla medesima gara alla quale già partecipa il consorzio di cui fa parte come impresa singola, possa intervenire alla gara in altra formazione associativa ("in qualsiasi altra forma").

Le disposizioni fin qui esaminate, in sostanza, nonostante la loro formulazione non sia propriamente perspicua, hanno voluto stabilire che un'impresa consorziata non può mai partecipare ad una gara nella quale concorra anche il consorzio stabile del quale fa parte né in forma singola né in forma associata.

Il legislatore, sulla scia dei divieti di partecipazione congiunta ad una medesima gara di imprese tra loro collegate, formalmente o solo sostanzialmente, ha inteso evitare, con la normativa contenuta negli artt. 12, comma 5, e 13, comma 4, la partecipazione di imprese collegate occasionalmente o, come è il caso dei consorzi stabili, addirittura unite tra loro al punto da dar vita ad un'unica struttura imprenditoriale.

Ed invero, secondo la definizione che dei consorzi stabili dà lo stesso art. 12, comma 1, della legge n. 109 del 1994, "si intendono per consorzi stabili quelli in possesso, a norma dell'art. 11, dei requisiti previsti dagli artt. 9 formati da non meno di tre consorziati che, con decisione dei rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei lavori pubblici, per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, costituendo a tal fine una comune struttura di impresa".

La "comune struttura d'impresa" e la finalità di "operare in modo congiunto nel settore dei lavori pubblici", ad avviso della Sezione, implicano legami tra le imprese e il consorzio, che, sebbene tanto il consorzio stabile quanto le imprese consorziate conservino la loro autonoma soggettività giuridica, sono più stretti di ogni altra forma di collegamento già raffigurata dalla legge (ex art. 2359 c.c.) e giustifica ampiamente l'estensione del divieto di partecipazione congiunta ad una medesima gara in tutte le diverse figure che il complesso della normativa in esame ha voluto delineare.

Concorrono a rafforzare tale interpretazione, altre disposizioni, concernenti proprio la partecipazione dei consorzi stabili alle gare pubbliche, che pongono in rilievo la stretta connessione, al di là del già rilevato profilo strutturale, intercorrente tra essi e le imprese consorziate. Tali sono le disposizioni che legittimano il consorzio stabile a partecipare alle predette gare facendo leva sui requisiti posseduti dalle singole imprese consorziate (quelle secondo cui tutte le imprese consorziate, e non solo, quindi, quelle indicate come esecutrici dei lavori, debbano essere in possesso dell'attestazione di qualificazione SOA necessaria per l'appalto; quella che dà la facoltà di sommare le cifre di affari di tutte le imprese per raggiungere il plafond richiesto come requisito di partecipazione; ed altre disposizioni contenute

nell'art. 97 del regolamento di esecuzione della legge n. 109 del 1994, approvato con il D.P.R. 21.12.1999, n. 554)).

Va infine considerato, sempre per rafforzare le conclusioni interpretative alle quali è pervenuta la Sezione, che l'applicabilità, rimasta in vigore, dell'art. 353 c.p., nel profilo che configura la punibilità di collusioni tra i concorrenti ai fini di indirizzare il risultato di una gara, è indice della finalità del legislatore di rinvigorire le misure dirette ad evitare distorsioni delle gare pubbliche dovute a possibili intese fra i concorrenti.

Per tutte le considerazioni che precedono, deve concludersi che correttamente, nella specie, la commissione giudicatrice ha ritenuto incompatibile la partecipazione alla gara indetta dal Comune di Assemini oggetto della presente controversia del Consorzio **** e della impresa ****, ancorché quest'ultima non fosse stata indicata come impresa esecutrice dei lavori.

Ne consegue che la sentenza appellata deve essere riformata e, per l'effetto, devono essere respinti i ricorsi di primo grado proposti dalla Società ****, S.p.A., e dal Consorzio ****, s.c.a.r.l.

Le spese dei due gradi del giudizio, peraltro, sussistendo giusti motivi, possono essere integralmente compensate fra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione, accoglie l'appello in epigrafe e, per l'effetto, respinge i ricorsi di primo grado proposti dalla Società ****, S.p.A., e dal Consorzio ****, s.c.a.r.l.

Compensa le spese dei due gradi del giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso, in Roma, in Camera di Consiglio, l'11.10.2005 L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA - Il 24 marzo 2006