

Parere n. 91 del 13/05/2010

Protocollo PREC 175/09/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Consorzio Stabile C.I.PAV – Lavori di realizzazione nuovo complesso scolastico “Tina Pesaro” - 2^a Lotto funzionale – Importo a base d’asta €1.629.600,00 – S.A.: Comune di Castel San Giovanni (PC)

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 3 ottobre 2009 è pervenuta l’istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale il Consorzio C.I.PAV. ha contestato la sua esclusione dalla gara per l’affidamento dei lavori in oggetto per non aver presentato la dichiarazione sostitutiva di un proprio consorziato.

Nello specifico, il Consorzio istante ha rappresentato che a pag. 8 del disciplinare di gara è previsto che per i consorzi stabili di cui all’art. 34, comma 1, lettera c) del D.Lgs. n. 163/2006, quale il Consorzio C.I.PAV., la documentazione deve essere presentata, a pena di esclusione, da tutti i consorziati. Al riguardo, il Consorzio medesimo ha riferito di aver prodotto una dichiarazione nella quale afferma di aver indicato tutti i soggetti che fanno parte del consorzio nonché i consorziati per conto dei quali intende partecipare alla gara, precisando che l’impresa per la quale non è stata allegata alcuna dichiarazione non è stata indicata quale esecutrice dei lavori.

A riscontro della richiesta di informazioni avanzata dall’Autorità nell’istruttoria procedimentale, il Comune di Castel San Giovanni, con nota del 17 novembre 2009, senza entrare nel merito della questione sollevata dal Consorzio C.I.PAV., si è limitato a sottolineare che nelle more è intervenuta l’aggiudicazione definitiva dei lavori ed è stato stipulato il contratto repertoriato al n. 157 del 12 dicembre 2009 del repertorio comunale. Parimenti, l’impresa aggiudicataria PDC Costruzioni s.r.l., con nota del 20 novembre 2009, ha confermato che i lavori sono in corso di esecuzione.

Ritenuto in diritto

Al fine di definire la questione controversa sottoposta con l’istanza di parere in oggetto, sembra opportuno preliminarmente rilevare che, come chiarito da questa Autorità con la determinazione del 9 giugno 2004, n. 11 e come confermato con la deliberazione del 13 dicembre 2006, n. 114 e con il parere n. 158 del 17 dicembre 2009, successivi all’entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici, oltre ai “consorzi fra società cooperative” e ai “consorzi tra imprese artigiane” (art. 34, comma 1, lett. b) del D.Lgs. n. 163/2006) che fanno parte dei soggetti singoli con idoneità e personalità giuridica individuale, il vigente ordinamento prevede la possibilità di partecipare alle gare di appalto per altri due tipi di consorzi. Il primo appartiene alla categoria dei soggetti singoli o con idoneità individuale, definito dalla legge “consorzio stabile” (art. 34, comma 1, lett. c) e art. 36 del D.Lgs. n. 163/2006), formato da non meno di tre consorziati che abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa, mentre il secondo appartiene alla

categoria dei soggetti plurimi o con idoneità plurisoggettiva, definito dalla legge “consorzio ordinario di concorrenti” costituito ai sensi dell’art. 2602 c.c. (art. 34, comma 1, lett. e) del D.Lgs. n. 163/2006), al quale si applicano le disposizioni di cui all’art. 37 dello stesso Codice dettate per i raggruppamenti temporanei di imprese e che, per la sua assimilazione all’associazione temporanea nonché per distinguerlo dal primo tipo, è definibile “consorzio occasionale”.

Proprio in virtù di tale diversa struttura, la legge prevede solo per i soggetti singoli con idoneità e personalità giuridica individuale la possibilità di partecipare ad una gara per conto solo di alcuni dei consorziati, essendo tale possibilità espressamente prevista per i consorzi di cooperative e per i consorzi artigiani dall’art. 37, comma 7 del D.Lgs. n. 163/2006: “i consorzi di cui all’articolo 34, comma 1, lettera b) sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre” e per i consorzi stabili dall’art. 36, comma 5 del D.Lgs. n. 163/2006: “i consorzi stabili sono tenuti ad indicare in sede di offerta per quali consorziati il consorzio concorre”.

Da ciò discende che le dichiarazioni sostitutive relative al possesso dei requisiti di ordine generale di cui all’art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 devono essere rese solo dalle società consorziate per conto delle quali il consorzio dichiara di concorrere.

Come affermato dal Consiglio di Stato (sez. V, 30 gennaio 2002, n. 507) - in un caso riguardante un consorzio di cooperative, per il quale, come si è visto, la legge prevede espressamente la possibilità di partecipare ad una gara solo per conto di alcune consorziate, proprio in ragione della struttura permanente di tale tipo di consorzio, analogamente a quanto accade per i consorzi stabili - il possesso dei requisiti generali di partecipazione alla gara d’appalto, relativi alla regolarità della gestione delle singole imprese sotto il profilo dell’ordine pubblico, quello economico, nonché della moralità, va verificato non solo in capo al consorzio ma anche alle singole imprese “designate quali esecutrici del servizio”. Diversamente opinando, la normativa sui consorzi finirebbe per tradursi oggettivamente in uno strumento idoneo a consentire – mediante aggregazione in forma consortile di società prive dei requisiti di legge per la partecipazione alle gare e confluenti in un distinto soggetto dotato di esigua struttura ed (esso solo) in regola con detti requisiti – l’aggiramento di inderogabili prescrizioni normative discendenti dai principi generali delle procedure ad evidenza pubblica.

Se dunque non è sufficiente la dichiarazione circa il possesso dei requisiti generali in capo al solo consorzio, detta dichiarazione non è tuttavia richiesta per tutte le consorziate che non vengano designate quali esecutrici dell’opera oggetto dell’appalto.

Tale principio è stato confermato dal Consiglio di Stato (sez. IV, 27 giugno 2007, n. 3765; sez. V, 5 settembre 2005, n. 4477) che, in entrambi i casi, ha annullato l’ammissione alla gara di un consorzio che non aveva documentato il possesso dei requisiti generali di partecipazione alla gara anche in capo alle imprese consorziate “quali esecutrici del servizio”, affermando che la possibilità che il consorzio rappresenti un centro autonomo di responsabilità e di imputazione delle attività svolte non implica che la stessa unitarietà debba valere nei casi in cui il consorzio non venga in rilievo quale centro autonomo di imputazione ma per la qualità dei soggetti che vi partecipano.

Ad analoghe conclusioni sono giunte, sempre in relazione a consorzi di cooperative, le sentenze del TAR Lazio del 1 settembre 2003, n. 7195 e del TAR Sicilia del 14 giugno 2003, n. 1008.

Tale principio è stato ribadito dal Consiglio di Stato (sez. IV, 21 aprile 2008, n. 1778 e 7 aprile 2008, n. 1485) anche rispetto ai consorzi stabili, in un caso in cui il consorzio aveva individuato uno specifico consorzio per l’esecuzione dell’appalto ma si era riservato di affidare l’esecuzione in parola anche alle altre imprese consorziate, con ciò dovendo necessariamente attestare e

documentare che tutte le predette imprese fossero in possesso dei requisiti richiesti per l'esecuzione contrattuale.

Nel caso di specie, invece, è pacifico che la consorziata per la quale non è stata presentata la dichiarazione in ordine ai requisiti generali non è stata designata dal Consorzio stabile istante per l'esecuzione dei lavori.

Pertanto, qualora la prescrizione del disciplinare di gara contenuta a pag. 8, secondo la quale "i consorzi di cui all'art. 34, comma 1, lettera c) D.Lgs. n. 163/2006 ...devono indicare, a pena di esclusione dalla gara, tutti i soggetti che fanno parte del consorzio. La documentazione deve essere presentata, a pena di esclusione dalla gara, anche per tutti i consorziati" dovesse interpretarsi nel senso che la documentazione in questione deve essere presentata da tutti i consorziati, ivi compresi quelli per i quali il consorzio stabile non ha dichiarato di concorrere, si dovrebbe ritenere tale clausola non conforme alla giurisprudenza richiamata, informata ad un temperamento tra le due opposte esigenze di assicurare il rispetto delle norme in materia di procedure ad evidenza pubblica e al contempo di garantire la massima partecipazione alle gare d'appalto.

Conseguentemente, non conforme alla normativa e alla giurisprudenza di settore è il provvedimento di esclusione del Consorzio stabile istante, adottato dalla stazione appaltante sulla base di una lettura della citata previsione del disciplinare dalla quale si faccia discendere l'obbligo di presentare la documentazione attestante il possesso dei requisiti generali anche per le consorziate non designate per l'esecuzione dei lavori.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'interpretazione della contestata clausola del disciplinare di gara e la conseguente esclusione dalla gara del Consorzio stabile C.I.PAV. non è conforme alla normativa e alla giurisprudenza di settore.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Giuseppe Brienza

Il Presidente f.f.: Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 17 Maggio 2010