

Parere n.197 del 10/11/2011

PREC 92/11/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'Azienda Sanitaria Locale di Taranto – “*Procedura aperta per l'affidamento del servizio di recapito postale, trasporto materiale sanitario vario ed altro in favore dell'ASL di Taranto*” – Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso – Importo a base d'asta: euro 670.000,00 – S.A.: Azienda Sanitaria Locale di Taranto

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 5 aprile 2011 è pervenuta l'istanza in epigrafe, con la quale l'ASL di Taranto ha chiesto un parere in merito al comportamento da tenere nei confronti del Consorzio ordinario Progetto multiservizi, il quale “*non ha prodotto nel plico di gara un mandato con rappresentanza nei confronti della MP Service per la quale il suddetto Consorzio ha partecipato alla gara*”.

Dall'esame della documentazione in atti risulta che delle otto imprese partecipanti alla gara, e ammesse tutte alla fase di valutazione del prezzo, il Consorzio ordinario “Progetto Multiservizi”, avendo proposto il prezzo più basso, è risultato aggiudicatario provvisorio.

La S.A. specifica che ai fini del soddisfacimento dei requisiti di fatturato generale e specifico, in sede di partecipazione alla gara, il suddetto Consorzio ha fatto riferimento alle commesse eseguite dalla ditta designata per l'esecuzione dell'appalto “MP Service S.r.l.” nel triennio 2007/2009, mentre, in sede di controllo sul possesso dei requisiti di partecipazione del Consorzio medesimo ex art. 48, comma 2, del D.Lgs. n.163/2006, lo stesso ha prodotto copia dei bilanci relativi alla ditta “MP Service S.r.l.” nonché attestazioni rilasciate da Poste Italiane in merito a servizi svolti anche da un'altra ditta, la “PLANDOMAR S.r.l.”.

A quest'ultimo riguardo, l'Azienda Sanitaria istante precisa di avere appreso solo in detta circostanza come parte del fatturato specifico provenisse da commesse non eseguite direttamente dalla ditta consorziata “MP Service”, ma dalla ditta “PLANDOMAR”, la quale – in seguito a scissione del 27 marzo 2009, in atti documentata – ha trasferito parte del patrimonio a favore della prima.

Pertanto, a seguito di espressa richiesta di chiarimenti da parte della ASL di Taranto, il Consorzio ha specificato quanto segue:

- che trattasi di Consorzio di tipo ordinario, circostanza questa prima non nota alla S.A.;
- che la ditta “MP Service” ha aderito al Consorzio in data 1 luglio 2010, anche questo elemento non noto prima alla S.A. e sul quale si fonda il convincimento che le commesse dichiarate in sede di partecipazione alla gara, ai fini del soddisfacimento dei requisiti richiesti dal bando, non siano state eseguite per il tramite del Consorzio medesimo.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 5 maggio 2011, il Consorzio ha esibito il prospetto delle società consorziate che hanno eseguito le commesse indicate nel triennio 2007/2009, evidenziando di non aver conseguito, in detto periodo, nessun fatturato per

mezzo della “MP Service”, la quale, a dire del Consorzio medesimo, sarebbe, comunque, in possesso dei richiesti requisiti di partecipazione.

Dal canto suo la stazione appaltante ritiene che il Consorzio “Progetto Multiservizi” vada escluso dalla presente procedura di gara in quanto trattandosi di consorzio ordinario sussiste l’impossibilità di partecipare ad una gara per conto solo di alcuni consorziati.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità della procedura indetta dalla Azienda Sanitaria Locale di Taranto per l’affidamento del servizio in oggetto.

Come chiarito da questa Autorità con determinazione n.11/2004, con deliberazione n. 114/2006 e con il parere n. 158/2009, oltre ai “*consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro*” 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 per altri due tipi di consorzi la possibilità di partecipare alle gare di appalto: il primo, appartenente anch’esso alla categoria dei soggetti singoli o con idoneità individuale, è definito dalla legge “*consorzio stabile*” (artt. 34, comma 1, lett. c) del D.Lgs. n. 163/2006), ed è 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; il secondo tipo di consorzio, invece, appartiene alla categoria dei soggetti plurimi o con idoneità plurisoggettiva ed è definito dalla legge “*consorzio ordinario di concorrenti*”, costituito ai sensi dell’art. 2602 c.c. (art. 34, comma 1, lett. e) del Codice), al quale si applicano le disposizioni di cui all’art. 37 del D.Lgs. 163/2006, dettate per i raggruppamenti temporanei di imprese.

Nella citata determinazione n. 11/2004, questa Autorità ha evidenziato che la predetta assimilazione comporta che i consorzi ordinari di concorrenti, non potendo avere una propria qualificazione, partecipano alle gare utilizzando le qualificazioni dei propri consorziati (TAR Bologna, sez. I, 13 febbraio 2003, n. 97).

Pertanto, siffatti consorzi non possono partecipare ad una gara per conto solo di alcuni dei consorziati, essendo tale possibilità espressamente prevista soltanto per i consorzi di cooperative, per i consorzi artigiani (art. 37, comma 7 del Codice: “*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 (art. 36, comma 5 del Codice: “*i consorzi stabili sono tenuti ad indicare in sede di offerta per quali consorziati il consorzio concorre*”).

Nessuna analoga disposizione è prevista per i consorzi ordinari di concorrenti e, conseguentemente, come chiarito dalla suddetta determinazione, in presenza di siffatti consorzi “*ove vogliono partecipare ad una gara solo alcune imprese consorziate, queste devono vincolarsi, al pari di una associazione temporanea di imprese, attraverso un mandato collettivo speciale con rappresentanza, irrevocabile come stabiliscono le norme*”.

In particolare, il citato art. 37 del D.Lgs. n. 163/2006, al comma 14, così recita: “*Ai fini della costituzione del raggruppamento temporaneo, gli operatori economici devono conferire, con un unico atto, mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di esse, detto mandatario*”.

Vale, inoltre, ricordare che il predetto art. 37, al comma 4, prevede che “*Nel caso di forniture o servizi, nell’offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati*”, con ciò presupponendo la

plurisoggettività di cui s'è detto dianzi. Tale norma, poi, va letta come esplicitazione, riferita al settore delle forniture e dei servizi, di un più generale principio di necessaria preventiva indicazione della quota parte delle prestazioni cumulativamente richieste all'aggiudicatario (Consiglio Stato, sez. IV 27/11/2010 n. 8253).

Dal quadro normativo sopra delineato, si possono desumere, da subito, due dati. In primo luogo, il Codice dei contratti, come risulta dall'esame comparato delle lettere c) ed e) del citato art. 34, considera la società consortile di cui all'art. 2615 ter c.c. come una particolare forma giuridica nella quale i consorzi possono presentarsi (*"costituiti anche in forma di..."*), in linea di principio non tale da determinare un trattamento essenzialmente diverso del consorzio stesso. In secondo luogo, lo stesso Codice sottopone ad una disciplina unitaria, quella dell'art. 37, sia i raggruppamenti temporanei sia i consorzi ordinari che, per quanto si è detto, possono presentarsi anche in forma di società consortile.

Pertanto, sempre in linea di principio, non è illogico né irrazionale, ma anzi consono allo spirito della legge, applicare ad un consorzio ordinario la disciplina di gara stabilita per un R.T.I., a prescindere dal fatto che esso sia o non sia una società consortile.

In tal senso è anche la decisione del Consiglio di Stato, sez. V, 1 luglio 2008, n. 3326, nella cui motivazione è affermato che *"ad una società consortile costituita ex art. 2615-ter del codice civile, e che prevede nel proprio statuto anche la finalità di partecipare a gare pubbliche, devono essere applicate le norme valide per le A.T.I."*

Conseguentemente, in ragione della circostanza che il Consorzio ordinario "Progetto Multiservizi" ha partecipato alla gara per una sola impresa consorziata priva di un mandato collettivo di rappresentanza irrevocabile, la stazione appaltante dovrebbe procedere alla sua esclusione.

A questo preciso riguardo, infatti, la giurisprudenza ha chiarito che i Consorzi di cui all'art. 2602 c.c. e ss. sono organizzazioni di imprenditori operanti normalmente per il tramite dei propri consorziati, che sono soggetti dotati della necessaria strutturazione aziendale, per cui occorre indicare, come è avvenuto nel caso di specie, la (o le) società del consorzio chiamate ad eseguire le prestazioni contrattuali (cfr. *ex multis* TAR Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 1/9/2010, n. 7879).

Nella fattispecie, il Consorzio ha indicato nella consorziata "MP Service S.r.l." il soggetto che avrebbe totalmente svolto la prestazione e, a tal fine, la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di partecipazione, allegata alla domanda, ha riguardato esclusivamente tale impresa consorziata.

Di tal che, del tutto priva di pregio – in base al principio di eterointegrazione legale del contratto ex art.1339 c.c. – è l'eccezione del Consorzio, basata sul fatto che il fac-simile della dichiarazione necessaria per l'ammissione alla procedura aperta ed il capitolato prevedono, solo in caso di R.T.I. o Consorzi costituendi, la necessità di conferire mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una di esse.

Le considerazioni sopra esposte, circa il legittimo motivo di esclusione del Consorzio, risultano assorbenti degli ulteriori motivi indicati dalla S.A. nella relazione allegata all'istanza di parere e consistenti nel fatto che la ditta designata avrebbe conseguito in proprio, in un periodo precedente all'adesione al Consorzio stesso, il fatturato specifico richiesto per la partecipazione alla gara, e che il Consorzio medesimo abbia dichiarato in sede di partecipazione che il suddetto fatturato è stato conseguito per intero dalla "MP Service", mentre buona parte di esso proverrebbe da servizi resi dalla ditta PLANDOMAR prima della scissione.

Preme, piuttosto, a quest'ultimo riguardo, evidenziare l'utilità dell'istituto dell'avvalimento delineato dall'art. 49 del D.Lgs. n.163/2006, cui la ditta "MP Service" (che non possedeva in proprio e per intero i requisiti richiesti per la partecipazione) e, per essa, il Consorzio, avrebbe potuto-dovuto fare ricorso.

L'istituto dell'avvalimento ha, invero, una portata generale ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione, *"restando peraltro ferma la necessità, in ogni caso, di un vincolo giuridico, preesistente all'aggiudicazione della gara, che obblighi il soggetto terzo a fornire al concorrente i requisiti di cui non dispone direttamente e la cui titolarità, in forza di detto vincolo, viene ad essere riferita al soggetto, che partecipa alla gara"* (cfr., C.d.S., sez. IV, 20.11.2008, n. 5742).

In tale contesto normativo, le tesi avverse del Consorzio non possono essere condivise.

La disciplina civilistica della società consortile e la personalità giuridica di cui gode non comportano che essa sia esentata dagli adempimenti richiesti dalla disciplina in materia di contratti pubblici, ove la società consortile partecipi a gare d'appalto indette dalla pubblica amministrazione. Né può ritenersi che gli oneri richiesti dalla disciplina vigente in materia di contratti pubblici confliggano con le norme sulla libertà di iniziativa economica e con i principi della massima partecipazione alle gare, essendo di pari rilevanza i principi di trasparenza e *par condicio* che regolano l'evidenza pubblica delle procedure concorsuali per l'affidamento degli appalti.

Deve, quindi, concludersi per l'esclusione del Consorzio dalla gara in oggetto.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il Consorzio ordinario "Progetto Multiservizi" vada escluso dalla gara indetta dalla Azienda Sanitaria Locale di Taranto.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente f.f.: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 18 novembre 2011

Il segretario Maria Esposito