

Parere n.234 del 21/12/2011

PREC 184/11/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da Direzione regionale per i beni culturali e paesaggistici della Toscana - (lavori di consolidamento e restauro di pilastri e archi interni del Tempio di San Biagio a Montepulciano) - Importo a base d'asta €824.155,82 - S.A.: Direzione regionale per i beni culturali e paesaggistici della Toscana

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 4 luglio 2011 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con la quale la Direzione regionale per i beni culturali e paesaggistici della Toscana ha chiesto un parere in merito alla legittimità dell'esclusione disposta nei confronti della E.A.C.O.S. Edili Artigiani Consorziati Società Cooperativa, con la seguente motivazione: *“omessa dichiarazione circa il possesso dei requisiti ex art. 38 D.Lgs. 163/2006 dell'impresa designata”*.

Più specificamente, la stazione appaltante fa presente di avere escluso la Società cooperativa in questione in quanto questa, dopo aver indicato il consorzio per il quale partecipava, ometteva di allegare alla documentazione prodotta la dichiarazione resa da quest'ultimo circa il possesso dei requisiti di ordine generale. La Commissione di gara quindi escludeva la società E.A.C.O.S. invocando pronunce giurisprudenziali e pareri di questa Autorità (TAR Toscana, Firenze, sez.II, 18 giugno 2008, n. 1637; parere Autorità n. 76 del 15/4/2010) nei quali si afferma che i requisiti di partecipazione di ordine generale (ex art. 38 d. D.Lgs. n. 163/2006) devono essere posseduti anche dalle singole consorziate designate quali esecutrici effettive del servizio appaltato.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata da questa Autorità, la società cooperativa esclusa, chiarendo di aver prodotto tutte le dichiarazioni necessarie ovvero quelle del Presidente, del vice Presidente e del direttore tecnico, ha contestato i precedenti richiamati dalla stazione appaltante e posti a base della disposta esclusione in quanto questi riguarderebbero “consorzi stabili” mentre la EACOS è società cooperativa con propria soggettività e propria qualificazione.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame, portata all'attenzione dell'Autorità da parte della stessa stazione appaltante, concerne la legittimità dell'esclusione disposta da quest'ultima nei confronti della E.A.C.O.S. Edili Artigiani Consorziati Società Cooperativa, la quale, pur avendo dichiarato, in sede di domanda di partecipazione, di concorrere per il consorzio Voltolini Mario,

ha omesso di presentare la dichiarazione di quest'ultimo circa il possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006.

Al riguardo, dall'esame degli atti di gara, emerge che il bando indicava, quali soggetti ammessi a partecipare alla gara, quelli di cui all'art. 34 del codice dei contratti pubblici, i quali devono essere in possesso degli indicati requisiti tecnici sub specie di attestazioni di qualificazione OG2 classifica III.

A fronte di tali elementi di fatto, appare pienamente applicabile quanto già statuito da questa Autorità con i pareri n. 76 e n. 91 del 2010, né sussistono, al riguardo, peculiari e fondate ragioni per discostarsene: il possesso dei requisiti generali deve sussistere in capo a tutte le imprese consorziate che partecipano alla gara, anche nel caso di "consorzio stabile", atteso che la riconosciuta autonoma soggettività del consorzio, anche (e non solo) stabile non è incompatibile sul piano logico con la necessità che i requisiti di partecipazione di ordine generale (ex art. 38, D. Lgs. n. 163 del 2006) siano posseduti anche dalle singole consorziate designate quali esecutrici effettive del servizio appaltato. Con riferimento ai 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, di quello economico, nonché della moralità, va verificato non solo in capo al consorzio, ma anche rispetto 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. Analoghe considerazioni non possono che estendersi a tali consorzi, pur se costituiti in forma societaria, atteso che l'autonomia soggettiva non incide sulla *ratio* appena indicata, avendo anche il consorzio stabile autonomia soggettiva come sopra evidenziato.

La *ratio* appare conforme e pienamente comprensibile: a fronte della espressa designazione di un soggetto consorziato, a prescindere dalla peculiare forma giuridica del consorzio, quale esecutore e, quindi, quale controparte sostanziale della stazione appaltante, occorre che la stessa sia posta in grado di verificare *ex ante* la sussistenza dei requisiti generali, obbligatori *ex lege*, in capo anche a tale controparte.

A fini di completezza, va ulteriormente ricordato che il possesso dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria, invece, è normalmente richiesto esclusivamente in capo al consorzio stabile, quale entità soggettiva distinta dalle singole società consorziate che fruiscono del beneficio di poter sommare i rispettivi requisiti ai fini del raggiungimento delle soglie minime richieste dalla *lex specialis* di gara. Ciononostante, la stazione appaltante può fissare, nell'ambito della propria discrezionalità, requisiti di partecipazione ad una gara di appalto e di qualificazione più rigorosi e restrittivi di quelli minimi stabiliti dalla legge, anche in capo ai singoli consorziati. È necessario, tuttavia, che tali prescrizioni si rivelino rispettose dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, non limitino indebitamente l'accesso alla procedura di gara e siano giustificate da specifiche esigenze imposte dal peculiare oggetto dell'appalto.

Tornando all'analisi del caso *de quo*, contrariamente a quanto dedotto dall'impresa, non pare potersi valorizzare il precedente applicativo del principio del *favor participationis* nel caso di clausola ambigua della *lex specialis*, con riguardo alla carenza di un esplicito onere di produzione documentale a carico delle singole imprese consorziate; nel caso in esame, infatti, il bando, al paragrafo "soggetti ammessi alla gara", utilizza una locuzione generale che non può considerarsi ambigua e, quindi, essere interpretata, in conformità al principio del *favor participationis*, nel senso

che in contrasto con il principio costituzionale di buon andamento e con quello comunitario di precauzione, il possesso dei requisiti di ordine generale sia richiesto soltanto in capo al consorzio cooperativo-società consortile e non anche in capo alla specifica cooperativa consorziata designata (fin dal momento della presentazione dell'offerta) come l'effettiva esecutrice.

Né è possibile invocare, per il caso di specie, l'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006 e ritenere quindi sanabile, tramite integrazione documentale, l'irregolarità posta a base della disposta esclusione: infatti, poiché il mancato possesso dei requisiti di ordine generale relativi anche alla consorziata esecutrice del servizio per conto del consorzio comporta l'esclusione a norma di legge dalla gara, l'invocata integrazione delle suddette dichiarazioni comporterebbe la lesione del principio di *par condicio* dei partecipanti.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la disposta esclusione sia conforme ai principi già espressi e vigenti in tema di evidenza pubblica.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente f.f.: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 22 dicembre 2011

Il Segretario: Maria Esposito