

Parere n.160 del 9/10/2013

PREC 153/13/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 C.S.T. Consorzio Stabile Teramano – “*Lavori di ripristino dell’agibilità sismica dell’immobile adibito a mensa*” – importo a base d’asta euro 343.919,42 – S.A.: Azienda per il diritto agli studi universitari – L’Aquila.

artt. 36 e 37 del Codice – consorzio stabile – divieto di partecipazione alla medesima gara per la sola impresa consorziata designata in sede di offerta.

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

Con bando del 20 marzo 2013, l’Azienda per il diritto agli studi universitari dell’Università dell’Aquila ha indetto una procedura aperta per l’affidamento dei lavori di ripristino dell’agibilità sismica dell’immobile di Monteluco di Roio adibito a mensa universitaria, di importo complessivo a base di gara pari ad euro 343.919,42 da aggiudicare al massimo ribasso percentuale.

Il C.S.T. Consorzio Stabile Teramano è risultato primo in graduatoria, avendo offerto il ribasso del 26,96%, ed è stato dichiarato aggiudicatario provvisorio con provvedimento del 18 aprile 2013.

Tuttavia, con successivo provvedimento del 14 maggio 2013, la commissione di gara ha deliberato in autotutela la sua esclusione poiché alla medesima gara avevano partecipato, individualmente ovvero in a.t.i. con altri concorrenti, altre imprese consorziate (De Martinis s.r.l., Elettroidraulica Silvi s.n.c. e Point Costruzioni di Di Antonio Geom. Filippo). Nel verbale di esclusione, la commissione afferma che il divieto di contemporanea partecipazione di cui all’art. 37, settimo comma, del Codice dei contratti pubblici varrebbe in termini assoluti e senza eccezioni anche per i consorzi stabili.

Sul punto, i paragrafi 9 e 10 del disciplinare di gara operano un generico rinvio alle disposizioni di legge sulle categorie di soggetti ammessi a partecipare (artt. 34-ss. del Codice dei contratti pubblici) e stabiliscono che “è fatto divieto ai concorrenti di partecipare alla gara in più di un raggruppamento / consorzio ovvero di partecipare alla gara anche in forma individuale”.

Con l’istanza in esame, pervenuta all’Autorità il 17 maggio 2013, il C.S.T. Consorzio Stabile Teramano lamenta l’illegittimità dell’esclusione ed evidenzia, a tal fine, di aver indicato in sede di offerta altra impresa consorziata per l’esecuzione dell’appalto (Ditta Di Giammarco), che non ha preso parte autonomamente alla gara.

In risposta alla comunicazione di avvio dell’istruttoria procedimentale, trasmessa con nota dell’Autorità del 27 giugno 2013, la stazione appaltante ha ribadito la legittimità del provvedimento di esclusione.

Ritenuto in diritto

Il quesito all’esame dell’Autorità riguarda l’esclusione del C.S.T. Consorzio Stabile Teramano dalla gara in epigrafe, a causa dell’accertata partecipazione (in forma individuale o associata) di altre imprese consorziate che non erano state designate per l’esecuzione dei lavori.

L’esclusione è illegittima, per violazione dell’art. 36, quinto comma, del Codice dei contratti pubblici, ai cui sensi i consorzi stabili sono obbligati ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati concorrono: soltanto alle imprese così designate è fatto divieto di partecipare alla gara in qualsiasi altra forma, restando comunque vietata la partecipazione di un’impresa a più di un consorzio stabile.

Come è noto, l’attuale formulazione della norma è frutto della stratificata evoluzione che ha riguardato il tema della partecipazione alla medesima gara del consorzio stabile e dell’impresa consorziata. Per quanto qui interessa, è sufficiente ricordare che le ultime modifiche introdotte con

la legge n. 69 del 2009 hanno definitivamente ripristinato, senza eccezione alcuna ed anche per gli appalti sottosoglia, la facoltà di partecipazione simultanea del consorzio stabile e dei consorziati non indicati tra quelli per i quali il consorzio concorre alla specifica gara.

E non può essere dubbio che, nella fattispecie, la scarsa previsione della *lex specialis* di gara debba essere interpretata ed applicata in conformità con la disciplina del Codice.

Il consorzio stabile costituisce un peculiare soggetto di diritto, avente causa da un contratto di tipo associativo e caratterizzato oggettivamente come struttura imprenditoriale che opera in modo continuativo nel settore dei lavori pubblici, nella quale l'unico soggetto interlocutore dell'amministrazione appaltante è il consorzio che assume la veste di parte contrattuale con la relativa assunzione in proprio di tutti gli obblighi, gli oneri e le responsabilità, alla stregua di una qualunque società di capitali (Cons. Stato, sez. V, 25 luglio 2012 n. 4225).

La normativa vigente non autorizza a desumere, per il consorzio stabile e per la consorziata non indicataria, un indifferenziato divieto di partecipazione alla stessa gara. La mera partecipazione dell'impresa ad un determinato consorzio stabile non rappresenta, infatti, un elemento univoco e sufficiente di per sé a fondare la presunzione dell'esistenza di un centro decisionale unico, potenzialmente idoneo a compromettere la genuinità del confronto concorrenziale (A.V.C.P., parere 19 luglio 2012 n. 116). Pertanto, l'impresa che aderisce ad un consorzio stabile o ad un consorzio di cooperative non rinuncia, per ciò solo, alla propria individualità che si esplica al di fuori dello stesso e la mera qualità di socio di un consorzio non determina ex se una situazione di controllo diretto o indiretto ovvero di collegamento formale o sostanziale con altra impresa, tale da far ritenere che le rispettive offerte siano riconducibili ad un unico centro decisionale (Cons. Giust. Amm. Sicilia, 4 febbraio 2010 n. 101).

Tale conclusione, peraltro, è l'unica conforme a quanto recentemente statuito dalla giurisprudenza comunitaria, anche in relazione alle procedure di affidamento di appalti di lavori sottosoglia: i principi di proporzionalità, non discriminazione e massima partecipazione alle pubbliche gare ostano ad una normativa nazionale che disponga l'esclusione automatica nei confronti di un consorzio stabile e delle imprese consorziate quando queste ultime abbiano presentato offerte concorrenti a quella del consorzio, anche qualora l'offerta del consorzio non sia stata presentata per conto e nell'interesse di tali imprese e senza che sia consentita la possibilità, tanto al consorzio quanto alle imprese interessate, di provare che le rispettive offerte sono state formulate in modo indipendente e che, di conseguenza, non vi è un rischio d'influenza sulla concorrenza fra gli offerenti (Corte Giust. CE 23 dicembre 2009, C-376/08, Serrantoni s.r.l. e Consorzio stabile edili s.c.r.l.).

Solo laddove la stazione appaltante verifichi, in concreto, che il rapporto fra gli organi delle consorziate e del consorzio conduca ad individuare la sussistenza di un rapporto di controllo e la creazione di un unico centro decisionale per la formulazione delle offerte tecnico-economiche, potrà darsi luogo all'esclusione ai sensi dell'art. 38, primo comma – lett. m-quater), del Codice dei contratti pubblici. Anche tale disposizione, come è noto, è stata da ultimo modificata con il decreto legge n. 135 del 2009, recependo l'avviso del giudice comunitario (Corte Giust. CE 19 maggio 2009, C-538/07, Assitur s.r.l.), che ha ritenuto non conforme alle direttive sugli appalti una disposizione nazionale che, pur perseguendo gli obiettivi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza, stabilisca un divieto assoluto di partecipazione alla medesima gara per le imprese in rapporto di controllo o collegamento, senza che sia loro consentito di dimostrare che il rapporto non ha influito sul concreto comportamento in sede di gara.

Nell'ipotesi in cui alla gara partecipino autonomamente consorzi ed imprese consorziate, la stazione appaltante può allora escludere i concorrenti soltanto ove accerti, dopo l'apertura dell'offerta economica e previo contraddittorio con gli interessati, l'imputabilità di più offerte allo stesso centro decisionale, sulla base di univoci elementi (A.V.C.P., parere 5 novembre 2009 AG-31/09; Id., determinazione 12 gennaio 2010 n. 1, alle cui puntuali indicazioni può rinviarsi).

Discende da quanto rilevato che, nella gara indetta dall'Azienda per il diritto agli studi universitari dell'Università dell'Aquila, il C.S.T. Consorzio Stabile Teramano è stato illegittimamente escluso,

avendo designato per l'esecuzione dell'appalto la Ditta Di Giammarco che non ha preso parte autonomamente alla gara.

Resta salvo il potere della stazione appaltante di verificare, sulla base del contenuto delle offerte economiche del consorzio istante e delle altre consorziate (De Martinis s.r.l., Elettroidraulica Silvi s.n.c. e Point Costruzioni di Di Antonio Geom. Filippo), l'eventuale sussistenza di indizi di reciproco condizionamento delle offerte ai sensi dell'art. 38, primo comma – lett. m-quater), del Codice.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

- che non ricorrono i presupposti per l'esclusione, ai sensi degli artt. 36 e 37 del Codice dei contratti pubblici, nei confronti del C.S.T. Consorzio Stabile Teramano, in assenza di concreti elementi di prova circa l'imputabilità delle offerte tecnico-economiche ad un unico centro decisionale.

I Consiglieri Relatori: Luciano Berarducci, Alfredo Meocci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 25 ottobre 2013

Il Segretario: Maria Esposito