

Parere n.198 del 20/11/2013

PREC 88/13/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Regione Siciliana – Dipartimento della Protezione Civile della Provincia di Siracusa – “*P.O. FERSR 2007/2013* – Procedura aperta per l’affidamento dei lavori per la realizzazione di una Elisuperficie nel Comune di Ferla (SR)” – Importo a base d’asta € 304.945,89 S.A.: Regione Siciliana – Dipartimento della Protezione Civile della Provincia di Siracusa

Artt. 36 e 49 del D.Lgs. n.163/2006 – Avvalimento di un Consorzio stabile e contemporanea partecipazione alla gara della singola consorziata

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 10.04.2013 è pervenuta l’istanza in epigrafe con la quale la Regione Siciliana – Dipartimento della Protezione Civile della Provincia di Siracusa, con riferimento all’appalto in oggetto indicato, chiede parere in merito alla legittimità delle esclusioni operate dalla Commissione di gara, deducendo quanto segue:

- a. L’impresa EDILCAP S.r.l. ha partecipato alla gara “avvalendosi” - *ex art.49* del Codice dei Contratti - , per colmare la carenza del requisito richiesto dal bando di gara (categoria OG3), del Consorzio Stabile EBG;
- b. Alla medesima gara ha partecipato autonomamente la GISAM S.r.l. (consorziata);
- c. La Commissione di gara, nella seduta del 28.03.2013 (cfr. verbale di gara n.16), ha escluso entrambe le imprese suindicate, ritenendo la contemporanea partecipazione del Consorzio Stabile EBG (in qualità di “ausiliario”) e della sua consorziata GISAM S.r.l. illegittima per violazione dell’art.36, co.5, del Codice dei Contratti; con conseguente mancanza dei requisiti in capo all’impresa EDILCAP S.r.l. “avvalente”, a causa dell’illegittimo ricorso all’avvalimento;
- d. Per la medesima ragione sono state escluse altre tre imprese, di cui due consorziate di altro Consorzio Stabile e la terza in qualità di impresa avvalente (con riferimento alle quali non è stata inviata documentazione);

- e. La EDILCAP S.r.l., la GISAM S.r.l. ed il Consorzio EBG hanno contestato le esclusioni ritenendo erronea l'interpretazione dell'art.36, co.5 richiamato effettuata dalla Stazione appaltante.

La EDILCAP S.r.l., la GISAM S.r.l. e il Consorzio Stabile EBG sono stati formalmente avvisati dell'istruttoria con *nota* di questa Autorità in data 29.04.2013.

Con nota del 30.04.2013 la GISAM S.r.l. ha osservato quanto segue:

1. nel caso di specie non è configurabile alcuna "doppia partecipazione", né tantomeno alcuna associazione di imprese, in quanto l'impresa ha partecipato in forma autonoma, mentre il Consorzio Stabile EBG (di cui la stessa è consorziata) ha partecipato come impresa ausiliaria della EDILCAP S.r.l.;
2. la fattispecie rientra nelle ipotesi consentite dall'art.36, co.5 succitato, come modificato dal D.Lgs. n.152/2008 - che dispone: "I Consorzi stabili 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" - in quanto il divieto di simultanea partecipazione riguarda solo il Consorzio e i consorziati per i quali il Consorzio concorre; mentre è consentita la contemporanea partecipazione del Consorzio e delle imprese consorziate non designate per l'esecuzione dei lavori.

Le medesime considerazioni sono state espresse dal Consorzio EBG nella nota del 29.04.2013.

Ritenuto in diritto

Il quesito sottoposto all'Autorità riguarda la "*P.O. FERSR 2007/2013 – Procedura aperta per l'affidamento dei lavori per la realizzazione di una Elisuperficie nel Comune di Ferla (SR)*", ed in particolare la legittimità o meno della contemporanea partecipazione alla gara di un Consorzio stabile (quale ausiliario di altra impresa "avvalente") e di una sua consorziata in forma individuale. Giova richiamare il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento.

Ai sensi dell'art. 36, co. 5 D.Lgs. n. 163/2006, "I consorzi stabili 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; in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio sia il consorziato; 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".

L'Autorità ha richiamato l'attenzione sul predetto divieto nella Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012 I Parte, in particolare al Par.7. recante "Rispetto del divieto di partecipazione plurima/contestuale" evidenziando che "A fini di tutela della concorrenza e per preservare la regolarità e l'efficacia del confronto competitivo, diverse disposizioni del Codice vietano la partecipazione, alla medesima gara, di soggetti tra loro non indipendenti, salvo quanto previsto dall'art. 38, comma 1, lettera m-quater). Rientrano in questa casistica, a titolo esemplificativo, le disposizioni di seguito succintamente elencate: - partecipazione contemporanea alla medesima gara di consorzi stabili e dei consorziati per i quali il consorzio ha dichiarato di concorrere in violazione dell'art. 36, comma 5 (...)"

Nel caso di specie rileva altresì l'istituto dell'avvalimento, disciplinato all'art. 49 del Codice dei contratti e oggetto della specifica Determinazione n. 2/2012 – "L'avvalimento nelle procedure di gara", nonché del parere di precontenzioso di questa Autorità n.170/2010, atti con i quali è stato

evidenziato che “Nell’istituto dell’avvalimento l’impresa ausiliaria non è semplicemente un soggetto terzo rispetto alla gara, dovendosi essa impegnare non soltanto verso l’impresa concorrente ausiliata ma anche verso la stazione appaltante a mettere a disposizione del concorrente le risorse di cui questi sia carente, sicchè l’ausiliario è tenuto a riprodurre il contenuto del contratto di avvalimento in una dichiarazione resa nei confronti della stazione appaltante. In tale ipotesi, quindi, l’impresa ausiliaria diventa titolare passivo di un’obbligazione accessoria dipendente rispetto a quella principale del concorrente ausiliato, di cui segue le sorti...” (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 13 maggio 2010, n. 2956).

Tanto considerato, nel caso di specie il Consorzio stabile ha partecipato alla gara in qualità di “impresa ausiliaria” nell’ambito di un rapporto di “avvalimento”, come attestato dalle dichiarazioni di partecipazione e come disciplinato dal relativo contratto prodotto.

L’impresa GISAM s.r.l., consorziata del medesimo Consorzio stabile, dichiara di aver partecipato alla gara in oggetto in forma individuale e autonoma.

Non può quindi ritenersi integrata la violazione del divieto di contemporanea partecipazione di cui all’art. 36, co. 5 citato, alla luce delle seguenti considerazioni.

Per espressa previsione legislativa, i consorzi stabili sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati concorrono e soltanto ai consorziati così designati è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara; resta vietata la partecipazione di un’impresa a più di un consorzio stabile (art. 36, quinto comma).

Come l’Autorità ha già avuto modo di osservare (Parere di precontenzioso n. 116/2012), “la normativa vigente non autorizza a desumere, per il consorzio stabile e per la consorziata da quest’ultimo non indicata, un indifferenziato divieto di partecipazione alla stessa gara. La mera partecipazione dell’impresa ad un determinato consorzio stabile non rappresenta un elemento univoco e sufficiente di per sé a fondare la presunzione di esistenza di un centro decisionale unico, potenzialmente idoneo a compromettere la genuinità del confronto concorrenziale (cfr., in questo senso, Cons. Stato, sez. VI, 12 giugno 2008 n. 2910).

Pertanto, l’impresa che aderisce ad un consorzio stabile 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 (cfr., tra molte, Cons. Stato, sez. VI, 23 marzo 2007 n. 1423; Cons. Giust. Amm. Sicilia, 4 febbraio 2010 n. 101).

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.

Quindi, anche 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 (si veda, in proposito, A.V.C.P., parere 5 novembre 2009 AG-31/09; Id., determinazione 12 gennaio 2010 n. 1, alle cui puntuali indicazioni può rinviarsi)”.

Il divieto di simultanea partecipazione riguarda pertanto solamente il Consorzio e i consorziati esecutori per i quali il Consorzio ha dichiarato espressamente di concorrere, mentre nella fattispecie in esame il Consorzio partecipa quale “ausiliario” nell’ambito di un contratto di avvalimento con un’impresa terza priva della necessaria qualificazione, obbligandosi verso quest’ultima e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione, per tutta la durata dell’appalto, “tutte le risorse necessarie di cui è carente il concorrente, come specificato in dettaglio al punto n. 2 del contratto di avvalimento sottoscritto tra l’impresa ausiliaria e l’impresa ausiliata”, e quindi senza alcuna indicazione di singoli consorziati esecutori.

Alla luce delle considerazioni che precedono, si ritiene illegittima l'esclusione operata dalla Stazione appaltante, ferma restando la necessità di verificare la non coincidenza fra il requisito prestato dall'ausiliaria e il requisito speso dalla singola consorziata.

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

- che sia illegittima l'esclusione operata dalla Stazione appaltante nel caso di contemporanea partecipazione alla gara di un Consorzio stabile (quale ausiliario di altra impresa "avvalente") e di una sua consorziata in forma individuale.

I Consiglieri Relatori Giuseppe Borgia Sergio Gallo

Il Presidente Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 9 dicembre 2013

Il Segretario Maria Esposito