

## **Parere n.119 del 06/06/2014**

### **PREC 16/14/L**

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Consorzio Artigiani Edili e Affini San Severo I - "Lavori di efficientamento energetico di edifici comunali Energie rinnovabili e risparmio energetico" – Importo a base di gara €984.018,84 – S.A.: Comune di Lesina (FG).

**Consorzio tra imprese artigiane ex L. 443/1985. ATI tra consorzio e consorziata. Inammissibilità.**

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

#### **Considerato in fatto**

In data 14 gennaio 2013 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe con la quale il Consorzio Artigiani Edili e Affini "San Severo I" ha chiesto un parere in merito alla legittimità della sua esclusione, disposta con nota prot. 18055 del 16.12.2013, motivata in quanto: "non è ammissibile un'A.T.I. tra un Consorzio e una Ditta appartenente al medesimo Consorzio" poi confermata, a seguito di preavviso di ricorso ex art. 243 bis D.Lgs. n. 163/06, con nota Prot. n. 387 in data 10.01.2014 del Comune di Lesina, con la seguente motivazione "Il nesso funzionale che giustifica l'esistenza del consorzio di artigiani di cui all'art. 34, comma 1, lett. b) del D.Lgs. n. 163/2006 e.ii., determina l'impossibilità di effettuare un'associazione temporanea di imprese fra il consorzio ed un'impresa facente parte del medesimo, in quanto ciò costituirebbe un consorzio di secondo livello con conseguente somma delle qualificazioni del consorzio di artigiani con quelle del consorziato che sono già ricomprese in quelle del consorzio".

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 10 febbraio 2014, è pervenuta una memoria della stazione appaltante.

#### **Ritenuto in diritto**

L'istante, essendo un Consorzio tra Imprese artigiane (L. 8 agosto 1985, n. 443), di cui all'art. 34, comma 1 lett. b) D.Lgs. n. 163/06, chiede a questa Autorità se il medesimo poteva concorrere alla procedura in esame in qualità di Capogruppo mandatario di una costituenda A.T.I. di tipo verticale con la ditta consorziata, in qualità di mandante, designando per l'esecuzione della propria quota parte dei lavori la stessa ditta consorziata partecipante all'A.T.I., ai sensi dell'art. 37, comma 7, D.Lgs. n. 163/06.

Premesso ciò, si osserva che il Consorzio tra Imprese artigiane (L. 8 agosto 1985, n. 443) è previsto dall'art. 34 D.Lgs. n. 163/2006, secondo cui "Sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici i seguenti soggetti, salvo i limiti espressamente indicati: ...b) ... i consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443".

Questi consorzi sono stati considerati dalla giurisprudenza (T.A.R. Toscana Firenze Sez. I, 14-02-2011, n. 317; Cons. Stato Sez. VI Sent., 08-02-2008, n. 416), sul piano sostanziale al pari dei consorzi stabili e dei consorzi tra cooperative di produzione e lavoro, aventi una comune struttura di impresa; inoltre, i primi, sono altresì regolati da una normativa speciale che li qualifica come persone giuridiche. Ciò a differenza dei consorzi ordinari che ne sono privi e che non hanno una propria struttura aziendale poiché il contratto di consorzio ex art. 2602 c.c. istituisce un'organizzazione comune per il coordinamento di determinate fasi dell'impresa e non è soggetto ad una limitazione temporale minima nella sua durata.

Ne deriva che il consorzio artigiano di imprese ex L. 443/1985, essendo persona giuridica, deve partecipare unitariamente alla procedura di gara, senza possibilità di costituire un'ATI con la

propria consorziata. A tal proposito, infatti, l'art. 37 co. 7 D.Lgs. n. 163/2006 stabilisce che "... 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; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara...". L'art. 36 co. 5 D.Lgs. cit. , per i consorzi stabili, stabilisce analogamente che "5. 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".

Il principio del divieto di costituzione in ATI del consorzio con la consorziata è stato chiaramente espresso da questa Autorità nella Deliberazione n. 1/2007 secondo cui "Il nesso funzionale che giustifica l'esistenza del consorzio stesso, determina l'impossibilità di effettuare una associazione temporanea di imprese fra un consorzio ed una impresa facente parte del consorziato, cd. consorzio di secondo livello".

Con parere n. 192 del 10/07/2008 questa Autorità ha specificato che "I consorzi fra imprese artigiane si caratterizzano per l'organizzazione comune che gli imprenditori istituiscono per disciplinare o svolgere determinate fasi della propria attività attraverso lo strumento della cooperazione interaziendale, finalizzata alla riduzione dei costi di gestione ed all'accesso a possibilità di sviluppo economico non realizzabili senza l'organizzazione consortile. Al riguardo, l'orientamento del Consiglio di Stato, pronunce n. 2183/2003 e n. 3477/2007, è nel senso che la *ratio* che sorregge la costituzione di detti consorzi è data dall'esigenza di consentire, grazie alla sommatoria dei requisiti posseduti dalle singole imprese, la partecipazione a procedure di gara, di imprese artigiane che, isolatamente considerate, non sarebbero in possesso dei requisiti richiesti o, comunque, di effettive *chances* competitive. Occorre evidenziare la natura del rapporto tra consorzio ed imprese consorziate, in base al quale, attraverso la struttura comune di impresa, il consorzio assume la veste di "procacciatore di contratti di appalto", strumento di supporto tecnico economico e finanziario che svolge detta attività nell'interesse e per conto delle imprese consorziate, tramite l'imputazione dei contratti e dei rapporti giuridici a sé stesso. Ed è per questo motivo che la qualità di appaltatore, e la relativa responsabilità, è propria del solo consorzio. In virtù del particolare rapporto consortile – rapporto organico - esistente in tale tipologia di consorzi, l'articolo 35 del d. Lgs. n. 163/2006 dispone che i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria devono essere posseduti e comprovati dai consorzi stessi e non dalle singole società consorziate che eseguiranno i lavori, mentre i requisiti di carattere morale devono essere posseduti dal consorzio e da ciascuna delle imprese che partecipano al consorzio stesso. Con determinazione n. 6/2001, l'Autorità ha espresso l'avviso che i consorzi fra imprese artigiane sono qualificati *ex se* e per *ius receptum* ed hanno la facoltà di assegnare la materiale esecuzione delle lavorazioni alle imprese consorziate senza subordinarne l'esercizio alla previa verifica della loro qualificazione. Pertanto, atteso che i consorzi tra imprese artigiane dimostrano la propria capacità tecnica mediante la qualificazione dell'intero consorzio, le imprese consorziate chiamate ad eseguire i lavori, devono dimostrare il possesso dei requisiti morali e non anche il possesso della capacità tecnica".

Ne deriva pertanto che l'impresa consorziata può essere affidataria della materiale esecuzione dei lavori.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il Consorzio Artigiani Edili e Affini "San Severo I" è stato legittimamente escluso dalla gara in quanto non è ammissibile un'A.T.I. tra un Consorzio e una Ditta appartenente al medesimo Consorzio.

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 17 giugno 2014  
Il Segretario Maria Esposito