

Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori , servizi e forniture

Deliberazione n. 13 del 24.01.2007

## **PREC2/07**

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dall'Università degli Studi della Tuscia - lavori di realizzazione di un edificio per didattica e ricerca per le esigenze del C.I.M.E. e del Di.S.A. dell'Università degli Studi della Tuscia.

## **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio Affari Giuridici

### *Considerato in fatto*

**In data 28 dicembre 2006 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere in oggetto con la quale l'Università degli Studi della Tuscia ha rappresentato la controversia insorta con la società SAFAS s.r.l., risultata seconda aggiudicataria dell'appalto indicato in oggetto, che ha invitato l'Amministrazione a rivedere l'operato della Commissione di gara in esito all'aggiudicazione effettuata a favore della società Blerana Edile s.r.l.**

**A parere della SAFAS s.r.l. la partecipazione alla gara della società Blerana Edile e del consorzio artigiano CARECA s.c.ar.l., del quale la stessa fa parte, nonché la circostanza che il legale rappresentante della Blerana Edile è componente del Consiglio di Amministrazione del Consorzio, viola l'art. 37, comma 7 del d. Lgs. n. 163/2006 e costituisce situazione di intreccio tra impresa e consorzio in violazione della segretezza delle offerte.**

**A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, i controinteressati hanno dedotto:**

**- Consorzio CARECA: l'art. 37, comma 7 del d. Lgs. n. 163/2006 pone il divieto di partecipare alla medesima gara esclusivamente per il soggetto per conto del quale il consorzio concorre; la fattispecie non delinea una situazione di controllo di cui all'art. 2359 codice civile, né una situazione di collegamento sostanziale in quanto la carica di componente del Consiglio di Amministrazione è senza poteri di rappresentanza, attribuiti esclusivamente al Presidente e al Vice Presidente e il C.d.A. è estraneo, come risulta dal Manuale di qualità, al procedimento di preparazione e stesura delle offerte per le gare di appalto;**

**- Blerana Edile: il divieto di cui all'art. 37, comma 7 del d. Lgs. n. 163/2006 opera esclusivamente nei confronti dell'impresa indicata in sede di gara dal consorzio concorrente e non nei confronti delle altre imprese costituenti il consorzio; non sussistono, nel caso di specie, elementi univoci atti a delineare l'ipotesi cd. dell'unico centro decisionale.**

### *Ritenuto in diritto*

**L'art. 37, comma 7 del d. Lgs. n. 163/2006 - che riproduce quanto disposto dall'art. 13, comma 4 della legge 109/1994- dispone che i consorzi tra imprese artigiane, i consorzi di cooperative di produzione e lavoro ed 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.**

**L'interpretazione di tale disposizione ha comportato diversi orientamenti giurisprudenziali e di dottrina specificamente all'ammissibilità della partecipazione congiunta di un consorzio e di un consorziato che non sia stato indicato quale esecutore dei lavori.**

**Secondo il recente condivisibile indirizzo giurisprudenziale (C.d.S. n. 1529/2006; TAR Sicilia n. 1596/2006; TAR Lazio n. 425/2006) la disposizione deve essere intesa nel senso che un'impresa consorziata non può partecipare ad una gara alla quale concorre anche il consorzio del quale fa parte, né in forma singola né in forma associata, indipendentemente dalla tipologia del consorzio, al fine di tutelare il corretto e trasparente**

**svolgimento delle gare. Ciò nel rispetto del principio della libera concorrenza e della segretezza delle offerte, che, quantunque formalmente autonome, possono essere oggetto di possibili intese atte ad indirizzare il risultato della gara.**

**In particolare, la citata pronuncia del TAR Sicilia, evidenzia che la seconda parte dell'articolo 13, comma 4, della legge 109/1994 (n.d.r. articolo 37, comma 7 del d. Lgs. n. 163/2006) "si riferisce testualmente ai consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro, tra imprese artigiane ed ai consorzi stabili" e che "si è ritenuto che lo scopo della disposizione sia quello di aggiungere al divieto generalizzato di partecipazione congiunta già stabilito dall'articolo 12, comma 5, con riferimento a tutte le imprese consorziate, il divieto specifico, per le imprese indicate come esecutrici dei lavori, di partecipare alla medesima gara in un'altra struttura plurisoggettiva. In quest'ottica il riferimento fatto dal legislatore a "qualsiasi altra forma" viene inteso come finalizzato ad evitare che l'impresa indicata come esecutrice dei lavori, per la quale già vige il divieto di partecipazione alla medesima gara, alla quale già partecipa il consorzio di cui fa parte come impresa singola, possa intervenire alla gara in altra formazione associativa ("in qualsiasi altra forma"). Concludendo sul punto, in accordo con il recente pronunciamento del Consiglio di Stato, ritiene il Collegio che un'impresa consorzata non possa partecipare ad una gara, alla quale concorre anche il consorzio del quale fa parte, né in forma singola né in forma associata."**

**Deve al riguardo farsi rinvio anche alla determinazione dell'Autorità n. 2/2004 secondo la quale le ipotesi di intreccio degli organi amministrativi o di rappresentanza o tecnici, tali da far sì che non vi siano le condizioni di trasparenza indispensabili per assumere l'autonomia e la segretezza delle offerte presentate da ciascuna ditta, determinano l'ipotesi di collegamento sostanziale, fattispecie alla quale si applica il divieto di contemporanea partecipazione alla medesima gara dei consorzi e dei consorziati. Detto divieto si applica ai consorzi stabili, ai consorzi di società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422 e s.m. e ai consorzi tra imprese artigiane costituiti a norma della legge 8 agosto 1985, n. 443.**

In base a quanto sopra considerato

#### **Il Consiglio**

**- ritiene conforme ai disposti dell'articolo 37, comma 7 del d. Lgs. n. 163/2006 l'esclusione dalla gara in questione dell'impresa Blerana Edile s.r.l. e del consorzio CARECA s.c.a r.l.**

IL CONSIGLIERE RELATORE

Alessandro Botto

IL PRESIDENTE

Alfonso M. Rossi Brigante

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 1° Febbraio 2007