

Parere n. 158 del 17/12/2009

Protocollo PREC 70/09/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Consorzio Sestante - Interventi urgenti per la riqualificazione di aree degradate in zone periferiche - Importo a base d'asta € 1.526.823,69 - S.A.: Comune di Milano

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 3 giugno 2009 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere in epigrafe, con la quale il Consorzio Sestante ha contestato la sua esclusione dalla gara per l'affidamento dei lavori in oggetto, disposta dal Comune di Milano per quattro ordini di motivi: 1) perché, trattandosi di consorzio ordinario di concorrenti ex art. 34, comma 1, lett. e) del D.Lgs. n. 163/2006, non ha presentato la documentazione relativa ad alcune consorziate; 2) perché l'atto costitutivo non individua tra le imprese una società che partecipi al Consorzio con quota maggioritaria, come richiesto a pagina 2 del bando di gara ai sensi dell'art. 34, comma 1 lett. e) del Codice dei contratti pubblici; 3) perché nella domanda di partecipazione il Consorzio dichiara di concorrere solo per quattro consorziate con quote diverse da quelle previste nell'atto costitutivo; 4) perché per una delle quattro imprese indicate dal consorzio non sono stati presentati i documenti.

In proposito, il Consorzio istante ritiene: 1) che, pur essendo un consorzio ordinario, aveva la facoltà di concorrere soltanto per alcune delle imprese consorziate, atteso che nessuna norma di legge imporrebbe ai consorzi ordinari di partecipare alle gare con tutte le consorziate, potendosi invece applicare analogicamente la disciplina applicabile ai consorzi stabili; 2) che la clausola del bando in base alla quale "l'impresa mandataria in ogni caso deve dichiarare e possedere i requisiti di qualificazione in misura maggioritaria per la quota corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento" evidentemente atterrebbe solo alle Associazioni Temporanee di Imprese e non ai consorzi ai quali, diversamente, ancorché soddisfino i requisiti di partecipazione, sarebbe illegittimamente preclusa la possibilità di partecipare alla gara ove i consorziati, come nel caso di specie, fossero titolari nell'atto costitutivo di quote di partecipazione paritarie; 3) che nessuna norma imporrebbe la corrispondenza tra la quota di partecipazione al consorzio e la quota di partecipazione al soddisfacimento dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti dal bando di gara; 4) che, in relazione alla documentazione mancante per una delle quattro imprese consorziate partecipanti alla gara, la stazione appaltante avrebbe dovuto chiedere l'integrazione documentale ex art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006 in virtù del principio del *favor participationis*.

A riscontro della richiesta di informazioni avanzata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, il Comune di Milano, con nota del 23.7.2009, ha dedotto che ai consorzi ordinari di concorrenti non è applicabile in via analogica la disciplina dei consorzi stabili contenuta nell'art. 36 del Codice dei contratti pubblici, ma in via diretta quella dei raggruppamenti temporanei di imprese ai sensi dell'art. 37 dello stesso Codice, che disciplina in modo equivalente i raggruppamenti temporanei e i consorzi ordinari di concorrenti. In proposito la stazione appaltante ha ricordato che sia i consorzi stabili che i consorzi tra società cooperative di cui all'art. 34, comma 1, lett. b) e c) per partecipare alle gare devono acquisire la certificazione SOA del Consorzio, mentre i consorzi ordinari di concorrenti, in analogia con le ATI, si qualificano in gara con le attestazioni delle singole consorziate ed ha, altresì, rilevato che, proprio dall'applicazione analogica di tale disciplina deriva l'obbligo per i consorzi ordinari di concorrere alla gara per tutte le consorziate esecutrici con le medesime quote previste nell'atto costitutivo. A sostegno del proprio assunto, il Comune di Milano ha richiamato la determinazione n. 11 del 9 giugno 2004 di questa Autorità, che nel sancire quanto ricordato dalla stazione appaltante ha anche precisato che "è possibile costituire un consorzio occasionale per partecipare a più gare indette in tempi diversi, ma la partecipazione deve avvenire sempre per tutte le imprese consorziate e sulla base della qualificazione posseduta da queste. Ove vogliano partecipare ad una gara solo alcune imprese consorziate queste devono vincolarsi, al pari di una associazione temporanea di imprese, attraverso un mandato collettivo speciale con rappresentanza, irrevocabile come stabiliscono le norme.". Quanto alla mancata presentazione della documentazione afferente ad una delle quattro imprese consorziate concorrenti, la stazione appaltante ha osservato che il bando di gara è sul punto molto chiaro e non sarebbe quindi possibile l'integrazione documentale successiva senza compromettere la *par condicio* tra i concorrenti.

Con successiva nota del 23 luglio 2009, il Consorzio Sestante ha ulteriormente illustrato la propria posizione, ribadendo nella sostanza quanto già sostenuto nell'istanza di parere.

Ritenuto in diritto

Come chiarito da questa Autorità con la determinazione n. 11 del 9 giugno 2004 e come confermato con la deliberazione n. 114 del 13 dicembre 2006, successiva all'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici, oltre ai "consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro" e ai "consorzi tra imprese artigiane" (art. 34, comma 1, lett. b) del Codice dei contratti pubblici) che fanno parte dei soggetti singoli con idoneità e personalità giuridica individuale, il vigente ordinamento prevede la possibilità di partecipare alle gare di appalto di altri due tipi di consorzi. Il primo appartiene alla categoria dei soggetti singoli o con idoneità individuale, definito dalla legge "consorzio stabile" (art. 34, comma 1, lett. c) e art. 36 del Codice dei contratti pubblici), formato da non meno di tre consorziati che abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa, mentre il secondo appartiene alla categoria dei soggetti plurimi o con idoneità plurisoggettiva, definito dalla legge "consorzio ordinario di concorrenti" costituito ai sensi dell'art. 2602 c.c. (art. 34, comma 1, lett. e) del Codice dei contratti pubblici), al quale si applicano le disposizioni di cui all'art. 37 dello stesso Codice dettate per i raggruppamenti temporanei di imprese.

Nella citata determinazione n. 11/2004, questa Autorità ha soggiunto che la predetta assimilazione comporta che i consorzi ordinari di concorrenti non possono avere una propria qualificazione e quindi partecipano alle gare utilizzando le qualificazioni dei propri consorziati (TAR Bologna, sez. I, 13 febbraio 2003, n. 97). Pertanto, siffatti consorzi non possono partecipare ad una gara per conto solo di alcuni dei consorziati, essendo tale possibilità espressamente prevista soltanto per i consorzi di cooperative, per i consorzi artigiani (art. 37, comma 7 del Codice: "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") e per i consorzi stabili (art. 36, comma 5 del Codice: "i consorzi stabili sono tenuti ad indicare in sede di offerta per quali consorziati il consorzio concorre"). Nessuna disposizione analoga è prevista per i consorzi ordinari di concorrenti, conseguentemente, come chiarito dalla suddetta determinazione, in presenza di siffatti consorzi "Ove vogliano partecipare ad una gara solo alcune imprese consorziate queste devono vincolarsi, al pari di una associazione temporanea di imprese, attraverso un mandato collettivo speciale con rappresentanza, irrevocabile come stabiliscono le norme."

Ciò posto, è pacifico invece che il Consorzio Sestante, composto attualmente da undici imprese consorziate, ha partecipato alla gara *de quo* in nome e per conto solo di quattro imprese. Deve quindi concludersi per la conformità alla normativa di settore dell'operato della stazione appaltante che ha disposto l'esclusione dalla gara del medesimo Consorzio istante.

Atteso il carattere assorbente del motivo di esclusione esaminato, si rende superflua la valutazione della fondatezza degli altri motivi di esclusione contestati dall'istante.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione del Consorzio Sestante dalla gara per l'affidamento dei lavori in oggetto, disposta dal Comune di Milano, è conforme alla normativa di settore.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Giuseppe Brienza

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 13 gennaio 2010