

Parere n. 122 del 19/07/2012

PREC 91/12/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 Progetto Multiservizi – Consorzio Stabile. Procedura aperta per l'affidamento del servizio di pulizia, sanificazione e sanitizzazione dei presidi ospedalieri e strutture territoriali dell'Azienda Provinciale di Catanzaro, suddiviso in due lotti - Importo annuo complessivo euro 2.024.438,33, oltre IVA – S.A. Azienda Sanitaria Provinciale di Catanzaro.

Gara suddivisa in lotti— esclusione di due raggruppamenti di imprese, capeggiati, entrambi, dal medesimo consorzio in qualità di impresa mandataria.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 23 marzo 2012 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe con la quale il Consorzio Stabile Progetto Multiservizi ha chiesto un parere in merito alla legittimità della propria esclusione dalla gara in oggetto, disposta dall'Azienda Sanitaria Provinciale di Catanzaro per violazione dell'art. 37, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006.

Dall'esame della documentazione in atti emerge che la gara per l'affidamento del servizio di pulizia, sanificazione e sanitizzazione dei presidi ospedalieri e strutture territoriali dell'Azienda Provinciale di Catanzaro era suddivisa in due lotti e precisamente:

Lotto 1 “Servizio di pulizia, sanificazione e sanitizzazione delle strutture dell'ambito territoriale di Catanzaro”, importo annuo a base d'asta e. 1.000.000,00 oltre IVA, pari nel triennio ad e. 3.000.000 oltre IVA; importo annuo oneri di sicurezza E. 15.832,33 oltre IVA, pari ad e. 47.497,00 nel triennio, non soggetto a ribasso;

Lotto 2: “Servizio di pulizia, sanificazione e sanitizzazione delle strutture dell'ambito territoriale di Lamezia Terme”, importo annuo a base d'asta e. 2.000.000,00 oltre IVA, pari nel triennio ad e. 6.000.000 oltre IVA; importo annuo oneri di sicurezza E. 73.315,00, oltre IVA, non soggetto a ribasso.

Il Consorzio riferisce di essere stato escluso per aver violato l'art. 37, comma 7, del D.Lgs n. 163 del 2006 e l'art. 8 del capitolato speciale di appalto partecipando, al lotto 1, come impresa mandataria del costituendo R.T.I. “CPM – Ecosprint Srl”, e al lotto 2, come impresa mandataria del costituendo R.T.I. “CPM – La Pulitutto & La Cefil 2 S.r.l.” Nel contestare la suddetta esclusione, il Consorzio istante ha chiesto di essere riammesso alla gara sull'assunto di un'errata interpretazione, da parte della Commissione di gara, della disposizione di cui all'art. 37 sopra citato.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 7 maggio 2012, la stazione appaltante ha riportato le controdeduzioni assunte dalla Commissione Giudicatrice, che, in virtù dell'appartenenza dei due lotti ad un'unica procedura, regolamentata da un unico capitolato speciale d'appalto, ha ritenuto applicabile, al caso di specie, il divieto stabilito dall'art. 37, comma 7, del D.Lgs 163 del 2006. L'Azienda Sanitaria provinciale di Catanzaro ha altresì informato l'Autorità

della propria intenzione di proseguire nelle fasi della procedura di gara, in ossequio a quanto previsto dall'art. 243 bis del codice degli appalti pubblici.

Ritenuto in diritto

La questione controversa in esame concerne la legittimità del provvedimento di esclusione adottato nei confronti del Consorzio stabile Progetto multiservizi, che, in qualità di impresa mandataria di due distinti raggruppamenti temporanei di imprese, ha partecipato a entrambi i lotti relativi alla gara indetta dall'Azienda Sanitaria provinciale di Catanzaro per l'affidamento del servizio di pulizia, sanificazione e sanitizzazione dei presidi ospedalieri e strutture territoriali della stessa stazione appaltante.

Al riguardo vale precisare che il Consorzio istante appartiene alla categoria dei "consorzi stabili", previsti dal legislatore per superare la funzione tradizionale tipica dei consorzi, che risiede nel perseguimento di una limitata utilità strumentale rispetto alle fasi della produzione e dello scambio dei beni.

Ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. c, del d.lgs. n. 163/2006, i consorzi in parola sono costituiti, anche in forma di società consortile ex art. 2615 ter cod. civ., tra imprese individuali (anche artigiane), società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro.

E' stata, in questo modo, riconosciuta a tutte le imprese di costruzione, e non più soltanto a quelle cooperative di produzione e lavoro e a quelle artigiane, la facoltà di costituire strutture stabili comuni, dotate di propria soggettività giuridica ed autonoma qualificazione e abilitate alla partecipazione alle procedure di affidamento di lavori pubblici e all'esecuzione degli stessi (cfr. art. 36, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006). Siffatta tipologia di consorzio può, a sua volta, partecipare – come è avvenuto nel caso di specie, - a raggruppamenti temporanei di imprese o ad altri consorzi (cfr. art. 34, comma 1, lett. d ed e, del d.lgs. n. 163/2006).

Ai sensi dell'art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 163/2006, "i consorzi stabili sono tenuti ad indicare in sede di offerta per quali consorziati il consorzio concorre", essendo "a questi ultimi... fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara", pena l'esclusione dalla stessa del consorzio e dei consorziati. Il Consorzio deve dotarsi di un'autonoma struttura di impresa attraverso cui essere in grado di eseguire direttamente i lavori affidatigli, senza necessariamente doversi avvalere delle strutture aziendali delle ditte consorziate, struttura che costituisce, elemento indispensabile per l'esistenza della figura soggettiva di cui all'art. 34, comma 1, lett. c, del d.lgs. n. 163/2006: essa, infatti, identifica l'azienda consortile attraverso la quale il consorzio, in quanto impresa di imprese, può eseguire direttamente i lavori.

Il consorzio stabile costituisce, dunque, un nuovo e peculiare soggetto giuridico, promanante da un contratto a dimensione associativa, avente struttura imprenditoriale e caratterizzato da un rapporto di tipo organico tra le ditte partecipanti, al fine di operare in modo congiunto nel settore dei lavori pubblici; sicché, unico interlocutore con l'amministrazione appaltante è il medesimo consorzio, che imputa direttamente a sé stesso la titolarità del contratto e la realizzazione dei lavori, e ciò anche quando si avvale, ai fini della esecuzione, di una o più imprese consorziate (TAR Lazio, Roma, sez. III, 9 agosto 2006, n. 7115).

Dall'analisi della richiesta di parere e dei documenti prodotti agli atti, emerge con evidenza che la questione prospettata investe essenzialmente l'interpretazione ed il connesso ambito di operatività dell'art. 37, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006 nonché, conseguentemente, dell'art. 8 del capitolato speciale d'appalto, reiterativo della disposizione in argomento. Al riguardo, è bene ricordare che la

suddetta previsione prescrive: "E' fatto divieto ai concorrenti di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti, ovvero di partecipare alla gara anche in forma individuale qualora abbia partecipato alla gara medesima in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti (.....)". La legge speciale di gara prevede, all'art. 8, pag. 13, del capitolato, che "è ammessa la partecipazione di imprese temporaneamente raggruppate o raggruppande, con l'osservanza della disciplina di cui all'art. 37 D.Lgs. n. 163/2006, nonché di Consorzi di imprese (...)"

In ambito giurisprudenziale, è stato ripetutamente affermato che la richiamata previsione tende a "tutelare il corretto e trasparente svolgimento delle gare, nelle quali il libero gioco della concorrenza sarebbe alterato dalla eventuale presentazione di offerte che, pur essendo formalmente autonome, siano finalizzate, previe possibili intese, ad indirizzare il risultato della gara (con palese violazione dei principi di segretezza delle offerte e della par condicio dei concorrenti)" (TAR Palermo, n. 1596/2006 e, conforme, Consiglio di Stato, Sez. V, n. 6579 del 15.12.2011), nonché a salvaguardare il principio della concorrenza, in modo da evitare la contemporanea partecipazione alla gara di soggetti che - in quanto aspiranti all'esecuzione del medesimo contratto sotto la veste di diverse figure soggettive - si trovino nella condizione di finalizzare le proprie offerte ad indirizzare il risultato della gara (cfr., tra le altre, TAR Lazio Roma Sez. I Ter, 9.12.2010, n. 35960 su conforme Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 16 marzo 2010, n. 203).

Ciò premesso, in presenza di gare con appalto diviso in "lotti" la giurisprudenza si è pronunciata nel senso di configurare il bando di gara quale atto ad oggetto plurimo e, precisamente "quale un atto prescrivente l'indizione, non di un'unica gara per l'aggiudicazione di un appalto unico, ma piuttosto di tante gare quanti sono i lotti in relazione ai quali deve intervenire l'aggiudicazione. L'autonoma aggiudicabilità dei lotti si profila - in linea di principio - incompatibile con la configurazione di una gara di carattere unitario, per la semplice ragione che le procedure concorsuali, proprio a cagione di ciò, sono dirette alla conclusione di tanti contratti di appalto quanti sono i lotti: se ciascun lotto può essere aggiudicato a concorrenti diversi, è chiaro che non ci si trova di fronte ad un appalto unitario e se non vi è appalto unitario non vi può essere unicità della gara" (TAR Lazio Roma Sez. I Ter, 9.12.2010, citata).

Con riferimento al caso di specie, a conferma che si è in presenza di più gare (tante quanti sono i lotti) svolte in un unico contesto temporale, l'art. 8 del capitolato speciale di appalto ammette la partecipazione ad uno o a tutti e due i lotti, riconoscendo implicitamente che ciascuno dei lotti possa avere un diverso aggiudicatario.

Ricorrono, quindi, tutte le condizioni per individuare nella fattispecie in esame due distinte gare, sia pure svolte in un unico contesto, e per ritenere che la partecipazione del Consorzio istante ad entrambi i lotti di cui si compone la procedura in oggetto, non si traduce nella violazione del divieto di cui all'art. 37, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006 e della connessa prescrizione della *lex specialis*, attesa anche la non emersione di elementi atti ad affermare che l'offerta relativa ad un lotto sia in grado di interferire con le offerte riguardanti l'altro lotto e, dunque, a falsare il risultato della procedura sotto il profilo della concorrenza.

Infine, con riguardo all'accennato peculiare rapporto esistente tra le ditte partecipanti al Consorzio stabile e alla riferita necessità che unico interlocutore con l'amministrazione sia il Consorzio stesso, anche quando si avvale delle imprese consorziate, l'istante rappresenta che nessuna di queste ha avanzato autonoma domanda di partecipazione alla procedura, il che comporta un sostanziale rispetto di quanto stabilito dall'art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 163/2006. In ragione di quanto riportato, è da escludere che possa trovare applicazione, nel caso in questione, il divieto di cui all'art. 37, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006, confermato all'art. 8 della legge speciale di gara.

In base a quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene non applicabile al caso di specie il divieto di cui all'art. 37, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006 e illegittima l'esclusione dei raggruppamenti temporanei "CPM – Ecosprint Srl" e "CPM – La Pulitutto & La Cefil 2 S.r.l. dei quali il Consorzio istante risulta impresa mandataria.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 25 luglio 2012

Il Segretario: Maria Esposito