

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'Istituto degli Innocenti di Firenze – "Lavori per la realizzazione del nuovo Museo degli Innocenti (MUDI) e opere complementari" – importo a base d'asta euro 5.682.816,10 – S.A.: Istituto degli Innocenti.

Partecipazione alla medesima gara da parte di consorzi stabili, consorzi di societa' cooperative di produzione e lavoro e rispettive imprese consorziate – esclusione non automatica ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera m-quater) del d.lgs. n. 163/2006

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

Con bando del 21 novembre 2011, l'Istituto degli Innocenti di Firenze ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dei lavori di realizzazione del nuovo Museo degli Innocenti (MUDI), di importo a base di gara pari ad euro 5.682.816,10, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa.

Sono state presentate ventinove offerte.

Con istanza pervenuta all'Autorita' il 29 febbraio 2012, la stazione appaltante chiede se debba comminarsi l'esclusione, ai sensi dell'art. 38, comma 1 – lett. m-quater), del Codice dei contratti pubblici, nei confronti di alcuni concorrenti che hanno presentato domanda di partecipazione in forma associata ovvero individualmente e si trovano in situazione di reciproco collegamento, in quanto soci di consorzi stabili ovvero di consorzi fra societa' cooperative di produzione e lavoro. Piu' in dettaglio:

- il CONSCOOP Consorzio tra cooperative di produzione e lavoro partecipa quale impresa singola (designando per l'esecuzione dell'appalto la consorziata A.C.C. Adriatica Costruzioni Cervese);
- la A.C.C. Adriatica Costruzioni Cervese risulta essere socia anche del Consorzio Cooperative Costruzioni C.C.C., che partecipa alla gara quale capogruppo di diversa A.T.I.;
- il Consorzio Cooperative Costruzioni C.C.C. (che concorre per la consorziata C.M.S.A. Societa' Cooperativa muratori sterratori ed affini) partecipa quale mandataria dell'A.T.I. con Piacenti s.p.a. e Consorzio Toscano Cooperative C.T.C. (che dichiara che l'appalto sara' eseguito dalla consorziata Cooperativa Associata Cellini);
- la C.M.S.A. e' al contempo socia di CONSCOOP e di C.T.C.;
- il C.T.C., inoltre, annovera tra i suoi soci anche Unieco Societa' Cooperativa, la quale partecipa in proprio alla gara ed al contempo e' socia di C.C.C.;
- la Cooperativa Archeologia (mandataria) e la Idrotermica (mandante), che concorrono riunite in A.T.I. con altre imprese, sono al contempo socie sia di CONSCOOP che di C.C.C.;
- il Consorzio Artigiani Romagnolo C.A.R. (indicando per l'esecuzione le consorziate Sern Impianti s.r.l. e CICA soc. coop.) e' mandante nel raggruppamento capeggiato da Carli 1979 s.r.l. e, al contempo, risulta essere socio di C.C.C.;
- la ditta COBAR s.p.a. presenta offerta avvalendosi, per le categorie OS28 e OS30, di Research Consorzio Stabile, i cui soci (Impresa Ingg. Mario e Paolo Cosenza s.r.l. quale mandataria, Forte Costruzioni e Restauri s.r.l., Interclim s.n.c. e SI.EN. Impianti di Orso Vittorio quali mandanti) partecipano alla stessa gara in associazione temporanea tra loro.

In riscontro all'istruttoria procedimentale formalmente avviata in data 14 marzo 2012, l'Istituto degli Innocenti e le ditte contro interessate hanno prodotto memorie e documenti.

Ritenuto in diritto

Con l'istanza in esame l'Istituto degli Innocenti di Firenze chiede un parere in merito al comportamento da adottare nei confronti di alcuni concorrenti alla gara indetta per l'affidamento dei lavori di realizzazione del nuovo Museo degli innocenti, i quali hanno presentato offerta individualmente ovvero in raggruppamento temporaneo e si trovano in situazione di reciproco

collegamento, cagionato dalla comune appartenenza a consorzi stabili ovvero a consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro.

Viene perciò richiesto all'Autorità se, in tale situazione, debba pronunciarsi l'esclusione ai sensi dell'art. 38, primo comma – lett. m-quater), del Codice dei contratti pubblici.

Al riguardo va premesso che, con riguardo alle figure dei consorzi stabili e dei consorzi di società cooperative di produzione e lavoro, il Codice (a seguito della modifiche apportate dal d.lgs. n. 152 del 2008 e dalla legge n. 69 del 2009) stabilisce:

a) che i consorzi stabili sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati concorrono e che 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);

b) che i consorzi di società cooperative di produzione e lavoro sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati concorrono e che questi ultimi non possono partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara (art. 37, settimo comma).

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).

Allo stesso modo, la giurisprudenza amministrativa ha chiarito, seppure con riferimento a fattispecie regolata dalla legge n. 109 del 1994 sui lavori pubblici, che ai soggetti facenti parte dei consorzi tra società cooperative di produzione e lavoro, diversamente dalle imprese associate in A.T.I. o appartenenti a consorzi ordinari ex art. 2602 cod. civ., non è vietata la simultanea partecipazione in quanto consorziati, ma solo qualora essi siano indicati in sede di gara dal consorzio quali esecutori dell'appalto (cfr. TAR Puglia, Bari, sez. I, 6 ottobre 2010 n. 3532; più di recente, con riferimento alla disciplina degli artt. 34-ss. del Codice, cfr. TAR Toscana, sez. I, 14 febbraio 2011 n. 317).

Pertanto, l'impresa che aderisce ad un consorzio stabile o ad un consorzio di cooperative 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.

Tale disposizione, come è noto, è stata da ultimo modificata con il d.l. n. 135 del 2009, recependo l'avviso del giudice comunitario (Corte Giust. CE 19 maggio 2009, n. C-538/07, Assitur s.r.l.), che ha ritenuto non conforme alle direttive sugli appalti una disposizione nazionale che, pur perseguendo gli obiettivi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza, stabilisca un divieto assoluto di partecipazione alla medesima gara per le imprese in rapporto di controllo o collegamento, senza che sia loro consentito di dimostrare che il rapporto non ha influito sul concreto comportamento in sede di gara.

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 puo' rinviarsi).

Discende da quanto rilevato che, nella gara indetta dall'Istituto degli Innocenti di Firenze per l'affidamento dei lavori di realizzazione del nuovo Museo degli Innocenti, l'appartenenza di alcune imprese concorrenti o imprese ausiliarie ad uno o piu' consorzi stabili o consorzi di cooperative (CONSCOOP Consorzio tra cooperative di produzione e lavoro, Consorzio Cooperative Costruzioni C.C.C., Consorzio Toscano Cooperative C.T.C., Research Consorzio Stabile) non costituisce, di per se', motivo di esclusione, in difetto dei presupposti indicati dagli artt. 36 e 37 del Codice, ossia la designazione quale esecutrice della stessa consorziata da parte di piu' consorzi, e restando salvo il potere della stazione appaltante di verificare, dopo l'apertura delle offerte economiche, l'eventuale esistenza di indizi di reciproco condizionamento delle offerte ai sensi dell'art. 38, primo comma – lett. m-quater), del Codice.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

- che non ricorrono i presupposti per l'esclusione, ai sensi dell'art. 38, primo comma – lett. m-quater), del Codice dei contratti pubblici, nei confronti dei consorzi stabili, dei consorzi di cooperative e delle rispettive imprese consorziate che partecipano alla gara indetta dall'Istituto degli Innocenti di Firenze, in assenza di concreti elementi di prova circa l'imputabilita' delle offerte tecnico-economiche ad un unico centro decisionale.

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