

Tutti gli esecutori devono essere in possesso dei requisiti morali

Autore: Lazzini Sonia

In: Appalti pubblici

Il Consiglio di Stato non ha dubbi: quale che sia la natura del consorzio, esso deve dimostrare il possesso dei requisiti generali di tutti i consorziati che vengono individuati come esecutori delle prestazioni scaturenti dal contratto

“Tutti i soggetti che a qualunque titolo concorrono all'esecuzione di pubblici appalti, vuoi in veste di affidatari, vuoi in veste di subaffidatari, vuoi in veste di prestatori di requisiti nell'ambito del c.d. avvalimento, devono essere in possesso dei requisiti morali di cui all'art. 38, d.lgs. n. 163/2006.

Il che risponde ad elementari ragioni di trasparenza e di tutela effettiva degli interessi sottesi alle cause di esclusione di cui all'art. 38, d.lgs. n. 163/2006.

Occorre, infatti, che tutti gli operatori economici che, a qualunque titolo, eseguono prestazioni di lavori, servizi e forniture abbiano i requisiti morali di cui all'art. 38 citato. Se in caso di consorzi tali requisiti andassero accertati solo in capo al consorzio e non anche in capo ai consorziati che eseguono le prestazioni, il consorzio potrebbe agevolmente diventare uno schermo di copertura consentendo la partecipazione di consorziati privi dei necessari requisiti.

Per gli operatori che non hanno i requisiti dell'art. 38 (si pensi al caso di soggetti con condanne penali per gravi reati incidenti sulla moralità professionale) basterebbe, anziché concorrere direttamente andando incontro a sicura esclusione, aderire a un consorzio da utilizzare come copertura”

(così, più di recente, Cons. St. , VI, n. 3759/10, con riferimento all'art. 38 del d. lgs. n. 163/06, ma con statuizioni la cui "ratio" è estensibile anche a fattispecie come quella all'odierno esame del Collegio (la sesta sezione ha aggiunto che la sopra enunciata regola secondo la quale tutti coloro che prendono parte all'esecuzione di pubblici appalti devono essere in possesso dei requisiti morali può essere considerato un principio di tutela della par condicio, dell'imparzialità ed efficacia dell'azione amministrativa, per cui deve trovare applicazione anche nei contratti esclusi in tutto o in parte dall'applicazione del codice. Nei contratti c.d. esclusi - ha proseguito la sesta sezione- può non esigersi il medesimo rigore formale di cui all'art. 38 citato e gli stessi vincoli procedurali, ma resta inderogabile la sostanza, ossia il principio che i soggetti devono avere i requisiti morali, e che il possesso di tali requisiti va verificato").

Si legga anche

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 3759 del 15 giugno 2010, pronunciata dal Consiglio di Stato

Nei contratti c.d. esclusi può non esigersi il medesimo rigore formale di cui all'art. 38 citato e gli stessi vincoli procedurali, ma resta inderogabile la sostanza, ossia il principio che i soggetti devono avere i requisiti morali, e che il possesso di tali requisiti va verificato.

tutti coloro che prendono parte all'esecuzione di pubblici appalti devono essere in possesso dei requisiti morali indicati nell'art. 38, può essere considerato un principio di tutela della par condicio, dell'imparzialità e efficacia dell'azione amministrativa, per cui deve trovare applicazione anche nei contratti esclusi in tutto o in parte dall'applicazione del codice, quali i servizi dell'allegato II-B.

quale che sia la natura del consorzio, esso debba dimostrare il possesso dei requisiti di tutti i consorziati che vengono individuati come esecutori delle prestazioni scaturenti dal contratto

Non è dubitabile che se il consorzio indica in gara i consorziati per cui concorre deve indicare i requisiti generali anche per essi.

Di qui il ricorso al T.a.r. Friuli - Venezia Giulia avverso l'aggiudicazione e gli atti presupposti con cui si è lamentato, in sintesi, che il consorzio avrebbe dovuto essere escluso:

a) per non aver prodotto in gara la dimostrazione del possesso dei requisiti di cui all'art. 38, d.lgs. n. 163/2006, per i consorziati per i quali ha dichiarato di concorrere;

b) perché in sede di giustificazioni della propria offerta, ritenuta dalla Commissione di gara sospetta di anomalia, avrebbe modificato l'offerta;

c) perché l'offerta non garantirebbe il rispetto del CCNL di categoria;

d) perché l'offerta non assicurerebbe la dotazione minima di personale richiesta dall'art. 5 del capitolato.

3. Il Tar adito ha respinto il ricorso osservando che:

a) il Consorzio sarebbe stato trattato dall'Amministrazione come un consorzio stabile ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163/2006, che come tale non doveva indicare i consorziati per cui concorre e non doveva dimostrare i requisiti dell'art. 38, d.lgs. citato, anche per i consorziati;

b) le giustificazioni fornite in sede di verifica di anomalia non avrebbero modificato l'offerta iniziale il cui totale è rimasto invariato;

c) sarebbe stato rispettato il CCNL di categoria;

d) l'offerta assicurerebbe la richiesta dotazione minima di personale.

4. Ha proposto appello l'originaria ricorrente.

Con il primo mezzo ripropone il primo motivo del ricorso di primo grado e censura la sentenza che lo ha respinto.

Osserva che la legge di gara consentiva la partecipazione dei soggetti di cui all'art. 34, d.lgs. n. 163/2006 e chiedeva la dichiarazione relativa al possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38, citato d.lgs.

Sarebbe una regola valevole per tutti i consorzi, che si dimostri il possesso dei requisiti generali per tutti i consorziati per i quali il consorzio concorre.

Inoltre non sarebbe affatto comprovato che il Consorzio aggiudicatario sia un Consorzio stabile, a differenza di quanto sostenuto nella sentenza appellata.

Il Consorzio aveva dichiarato in sede di offerta i consorziati per i quali concorreva, pertanto doveva dichiarare il possesso dei requisiti generali anche in relazione ai consorziati che avrebbero eseguito le prestazioni.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo di appello del Consiglio di Stato?

Il mezzo è fondato.

5.1. Non è anzitutto rilevante accertare se il consorzio aggiudicatario fosse un consorzio stabile o altro tipo di consorzio. La disciplina quanto alla indicazione in gara dei consorziati per cui il consorzio concorre, e conseguentemente quanto alla indicazione dei requisiti generali per tutti i consorziati per i quali il consorzio concorre, è infatti identica per tutti i consorzi (art. 36, comma 5, e art. 37, comma 7, d.lgs. n. 163/2006).

La giurisprudenza ha sempre affermato che quale che sia la natura del consorzio, esso debba dimostrare il possesso dei requisiti di tutti i consorziati che vengono individuati come esecutori delle prestazioni scaturenti dal contratto (Cons. St., sez. IV, 7 aprile 2008 n. 1485; Cons. St., sez. VI, 24 novembre 2009 n. 7380).

In termini più generali, tutti i soggetti che a qualunque titolo concorrono all'esecuzione di pubblici appalti, vuoi in veste di affidatari, vuoi in veste di subaffidatari, vuoi in veste di prestatori di requisiti nell'ambito del c.d. avvalimento, devono essere in possesso dei requisiti morali di cui all'art. 38, d.lgs. n. 163/2006.

Il che risponde ad elementari ragioni di trasparenza e di tutela effettiva degli interessi sottesi alle cause di esclusione di cui all'art. 38, d.lgs. n. 163/2006.

Occorre, infatti, che tutti gli operatori economici che, a qualunque titolo, eseguono prestazioni di lavori, servizi e forniture abbiano i requisiti morali di cui all'art. 38 citato.

Se in caso di consorzi tali requisiti andassero accertati solo in capo al consorzio e non anche in capo ai consorziati che eseguono le prestazioni, il consorzio potrebbe agevolmente diventare uno schermo di copertura consentendo la partecipazione di consorziati privi dei necessari requisiti. Per gli operatori che

non hanno i requisiti dell'art. 38 (si pensi al caso di soggetti con condanne penali per gravi reati incidenti sulla moralità professionale) basterebbe, anziché concorrere direttamente andando incontro a sicura esclusione, aderire a un consorzio da utilizzare come copertura.

5.2. La questione di diritto è, tuttavia, nel presente giudizio, un'altra.

Infatti la disciplina dei consorzi, e dunque l'onere di indicare in gara i consorziati per cui concorrono, e per l'effetto di dichiarare i requisiti generali anche per i consorziati individuati come esecutori delle prestazioni, è dettata dal codice dei contratti pubblici con specifico riferimento agli appalti sottoposti al suo ambito applicativo.

Nel caso di specie si discorre, invece, di un appalto di servizi di cui all'allegato II-B, soggetto ad un limitato numero di regole del codice, tra cui non rientrano quelle sui requisiti di partecipazione.

La succitata disciplina non è pertanto direttamente applicabile.

5.3. Tuttavia, l'art. 27, d.lgs. n. 163/2006, dispone che nei contratti esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione del codice, devono comunque osservarsi i principi di tutela della concorrenza, tra cui vengono qui in rilievo quello di imparzialità, efficacia, par condicio.

La regola su enunciata secondo cui tutti coloro che prendono parte all'esecuzione di pubblici appalti devono essere in possesso dei requisiti morali indicati nell'art. 38, può essere considerato un principio di tutela della par condicio, dell'imparzialità e efficacia dell'azione amministrativa, per cui deve trovare applicazione anche nei contratti esclusi in tutto o in parte dall'applicazione del codice, quali i servizi dell'allegato II-B.

Che si tratti di un principio ineludibile trova conferma indiretta proprio nella peculiarità dell'appalto per cui è processo, e nelle conseguenze paradossali cui si perverrebbe se si ritenesse inapplicabile l'art. 38 citato in relazione ai soggetti consorziati per i quali il consorzio dichiara di concorrere.

L'appalto per cui è processo riguarda la fornitura di servizi di assistenza alla persona sotto forma di gestione di un centro di assistenza per cittadini extracomunitari richiedenti asilo. Analogo servizio è quello di gestione dei centri di permanenza temporanea per i cittadini extracomunitari privi di permesso di soggiorno (centri di identificazione ed espulsione).

Nel caso specifico, inoltre, la legge di gara, e, in particolare, l'avviso pubblico con cui la gara è stata indetta, richiama espressamente il codice dei contratti pubblici quanto all'art. 34, relativo ai soggetti ammessi a partecipare, e all'art. 38, relativo ai requisiti che devono possedere i concorrenti.

Il richiamo operato dal bando all'art. 34 e all'art. 38 del codice deve intendersi comprensivo di tutte le condizioni di partecipazione previste dal codice per i soggetti di cui all'art. 34.

Non è dubitabile che se il consorzio indica in gara i consorziati per cui concorre deve indicare i requisiti generali anche per essi.

La legge di gara richiede una dichiarazione, a pena di esclusione, di non trovarsi in alcuna delle condizioni ostative di cui all'art. 38, d.lgs. n. 163/2006.

Ne consegue che il Consorziocontrointeressata, avendo indicato in gara i consorziati che avrebbero eseguito le prestazioni, doveva rendere anche per costoro la dichiarazione di cui al citato art. 38.

La mancata dichiarazione comporta che il Consorzio andava escluso dalla gara, con conseguente annullamento della sua ammissione e della aggiudicazione in suo favore.

Anche ove si volesse aderire alla tesi del Consorzio controinteressato, secondo cui il bando sarebbe ambiguo, se ne potrebbe al più trarre come conseguenza che il Consorzio non poteva essere senz'altro escluso.

Il che, però, non faceva venir meno la necessità che la stazione appaltante, prima di procedere ad aggiudicazione, doveva chiedere al Consorzio una integrazione documentale, finalizzata alla verifica del possesso dei requisiti di cui all'art. 38 in capo a tutti i consorziati che prendevano parte all'esecuzione del contratto.

Invero, il richiamo all'art. 38, d.lgs. n. 163/2006 fatto dall'avviso di gara, rendeva ineludibile che il possesso dei requisiti di cui all'art. 38 venisse verificato in capo a tutti gli esecutori dell'appalto.

La circostanza che si tratta di un appalto di servizi di cui all'allegato II-B, non soggetto integralmente alla disciplina del codice appalti, può essere valorizzata unicamente nel senso di un minor rigore procedurale in ordine all'onere di dichiarazione e in ordine al momento di verifica dei requisiti, ma non anche nel senso di escludere che tutti gli esecutori del contratto dovessero avere i requisiti morali di cui al citato art. 38.

5.7. Pertanto, data l'assenza di una disciplina codicistica puntuale, e ferma la necessità del rispetto del citato art. 38 per tutti gli esecutori del contratto, alla stazione appaltante si aprivano le seguenti strade alternative:

a) escludere senz'altro il Consorzio per omessa dichiarazione dell'art. 38 relativamente ai consorziati;

b) chiedere un'integrazione documentale al Consorzio, al fine di acquisire la dichiarazione dell'art. 38 relativamente ai consorziati;

c) verificare il possesso dei requisiti di cui all'art. 38 in capo ai consorziati indicati come esecutori prima dell'aggiudicazione.

Nessuna di tali strade risulta seguita dalla stazione appaltante.

Non risulta che sia stata fatta la verifica del possesso dei requisiti di cui all'art. 38 in capo ai consorziati esecutori.

Non risulta nemmeno che, al di là della omessa verifica, i consorziati esecutori sono comunque in possesso dei requisiti di cui all'art. 38 citato.

Invero nemmeno nel corso del presente giudizio, né in primo grado né in appello, la stazione appaltante e il Consorzio hanno dedotto e dimostrato che comunque tutti i consorziati esecutori avevano i requisiti di cui all'art. 38.

5.8. Il Collegio si trova, pertanto, di fronte alla situazione di un appalto che viene eseguito da soggetti di cui si ignora se in possesso o meno dei necessari requisiti morali.

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito il testo integrale della decisione numero 2825 del 17 maggio 2012 pronunciata

dal Consiglio di Stato

<https://www.diritto.it/tutti-gli-esecutori-devono-essere-in-possesso-dei-requisiti-morali/>