

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 15/04/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29288-e-invero-indubbio-che-ove-il-consorzio-intenda-far-eseguire-direttamente-i-lavori-ad-alcuna-delle-proprie-imprese-consorziate-singolarmente-la-stazione-appaltante-pu-legittimante-richiedere-la-di>

Autore: Lazzini Sonia

E', invero, indubbio che, ove il Consorzio intenda far eseguire direttamente i lavori ad alcuna delle proprie imprese consorziate singolarmente, la stazione appaltante può legittimamente richiedere la dichiarazione ai sensi dell'art. 38 d.lgs. 16372006 s.m.

Tar Emilia, Parma, 13.03.2010 n. 79

E', invero, indubbio che, ove il Consorzio intenda far eseguire direttamente i lavori ad alcuna delle proprie imprese consorziate singolarmente, la stazione appaltante può legittimamente richiedere la dichiarazione ai sensi dell'art. 38 d.lgs. 163/2006 s.m.i.

Tuttavia, in tal caso, la stazione appaltante non può escludere il Consorzio dal procedimento di gara senza accertare previamente (attraverso apposita previsione della dichiarazione da rendere all'interno del bando di gara ovvero attraverso apposita specifica richiesta nella fase di ammissione alla procedura di gara), la sussistenza dei requisiti della singola impresa ad esso appartenente.

il Consorzio stabile si differenzia dai raggruppamenti temporanei d'impresa e dai consorzi temporanei, in quanto si tratta di soggetti dotati di autonoma soggettività giuridica rispetto ai propri stessi componenti; corollario di tale affermazione è che possono eseguire i lavori direttamente con la propria organizzazione

La domanda di risarcimento del danno proposta contestualmente al ricorso deve essere respinta, in primo luogo per genericità della medesima; in secondo luogo poiché la ricorrente è stata riammessa al procedimento di gara e essendo risultata aggiudicataria

Con il ricorso in epigrafe, notificato in data 21 luglio 2009 e depositato in data 22 luglio 2009, la società ricorrente, premettendo di essere un Consorzio stabile costituito ai sensi dell'art. 12 l. n. 109/1994 s.m., impugna il provvedimento con il quale la Commissione di gara ha disposto la sua esclusione dalla gara d'appalto, giacché la ricorrente non avrebbe prodotto in sede di gara pubblica le dichiarazioni attestanti il possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del d.lgs. 163/2006 e s.m. per le ditte consorziate che eseguiranno i lavori.

La ricorrente propone i seguenti mezzi di impugnativa:

I) Violazione del bando di gara e violazione dei principi generali; il bando di gara richiedeva la dichiarazione in ordine all'assenza delle cause di esclusione solo da parte del Consorzio stabile e non da parte delle imprese aderenti al Consorzio, il che appare logico in quanto è il Consorzio stabile a eseguire direttamente i lavori, anche avvalendosi dei mezzi e delle persone delle imprese consorziate. In ogni caso l'Amministrazione appaltante avrebbe dovuto richiedere l'integrazione documentale delle dichiarazioni in materia di cause di esclusione anziché disporre l'esclusione sic et simpliciter dell'impresa in questione.

II) Ulteriore violazione dei principi generali, erroneità dei presupposti di fatto e di diritto. La Commissione ha erroneamente ommesso di considerare che i Consorzi stabili sono completamente differenti dai consorzi tra società cooperative ovvero dai Consorzi che spesso sono costituiti dopo l'aggiudicazione dai partecipanti a un raggruppamento temporaneo di imprese ovvero anche dai consorzi ordinari di concorrenti di cui all'art. 34 lette. e) d.lgs. 163/2006. Questo perché i Consorzi stabili possono eseguire direttamente il loro lavoro ed è il Consorzio l'esecutore delle opere. Da ciò discende che la dichiarazione in questione non doveva necessariamente essere presentata dal Consorzio ricorrente, poiché il Consorzio avrebbe, in caso di aggiudicazione, eseguito direttamente i lavori.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Il ricorso è fondato.

In primo luogo – con riferimento al primo mezzo d'impugnativa - occorre partire dal dato testuale del bando di gara, che non prevedeva specificamente per i consorzi stabili l'obbligo di dichiarazione dell'inesistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 comma 1, del d.lgs. n. 163/2006 e s.m. come integrato con d.lgs. n. 113/2007 per le singole imprese consorziate.

La Commissione, in assenza di una clausola inequivoca in ordine a tale obbligatoria dichiarazione da parte di tutte le imprese consorziate (e anzi in presenza di un disposto particolarmente generico), avrebbe dovuto quantomeno fare uso del proprio potere-dovere di richiedere l'integrazione dei documenti al Consorzio ricorrente ai sensi dell'art. 46 del d.lgs. 163/2006 s.m.i., dovendo avere come punto di riferimento il principio della massima partecipazione possibile alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, principio insito sia nella normativa comunitaria che in quella nazionale e più volte ribadito dalla giurisprudenza, sia comunitaria che nazionale.

In disparte la precedente considerazione, il Collegio rileva la fondatezza di quanto argomentato nel secondo motivo, poichè il Consorzio stabile si differenzia dai raggruppamenti temporanei d'impresa e dai consorzi temporanei, in quanto si tratta di soggetti dotati di autonoma soggettività giuridica rispetto ai propri stessi componenti; corollario di tale affermazione è che possono eseguire i lavori direttamente con la propria organizzazione.

E', invero, indubbio che, ove il Consorzio intenda far eseguire direttamente i lavori ad alcuna delle proprie imprese consorziate singolarmente, la stazione appaltante può legittimamente richiedere la dichiarazione ai sensi dell'art. 38 d.lgs. 163/2006 s.m.i. Tuttavia, in tal caso, la stazione appaltante non può escludere il Consorzio dal procedimento di gara senza accertare previamente (attraverso apposita previsione della dichiarazione da rendere all'interno del bando di gara ovvero attraverso apposita specifica richiesta nella fase di ammissione alla procedura di gara), la sussistenza dei requisiti della singola impresa ad esso appartenente.

Nel caso in esame, il bando non prevedeva che i Consorzi stabili dovessero specificare se una delle proprie imprese avrebbe eseguito individualmente parte dei lavori, né richiedeva, come più sopra rilevato, l'apposita dichiarazione ai sensi dell'art. 38 d.lgs. 163/2006 s.m.i per ciascuna impresa consorziate, di talchè, in presenza di clausole del bando poco puntuali su tale questione, l'esclusione disposta nei confronti della ricorrente deve essere annullata in quanto illegittima.

Alla luce delle susesposte ragioni il ricorso dev'essere accolto.

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 79 del 13 marzo 2010 emessa dal Tar Emilia Romagna, Parma

N. 00079/2010 REG.SEN.
N. 00217/2009 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

sezione staccata di Parma (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 217 del 2009, proposto da Ricorrente Consorzio Ricorrente, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Massimo Rutigliano, con domicilio eletto presso lo studio del medesimo avvocato, in Parma, borgo S. Brigida 1;

contro

Il Comune di Busseto (PR), in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Sara Mingolla, con domicilio eletto presso lo studio della stessa, in Parma, B.Go Zaccagni 1;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

del non conosciuto provvedimento con il quale la Commissione della gara d'appalto per la realizzazione del tratto ovest della circonvallazione di Busseto di collegamento tra la S.P. n. 46 (Busseto - Cortemaggiore) e S.P. n. 588R (dei due ponti - Fidenza - Cremona) e soppressione del P.C. al Km. 21 75 della linea ferroviaria Cremona-Fidenza, ha disposto la non ammissione e/o l'esclusione della gara d'appalto del Consorzio ricorrente;

di ogni altro atto antecedente, conseguente e comunque connesso, ancorchè non conosciuto

nonché per la condanna

del Comune di Busseto al risarcimento dei danni conseguenti da tale provvedimento, la conseguente mancata partecipazione alla gara, la conseguente mancata esecuzione dei lavori, nella misura da determinare in corso di causa, oltre interessi e rivalutazione.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Busseto;

Vista l'ordinanza del T.A.R. in data 28/07/2009 riformata in appello dal Consiglio di Stato in data 29 settembre 2009 con ordinanza n. 4921/09;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatrice nell'udienza pubblica del giorno 9 febbraio 2010 la dott.ssa Emanuela Loria e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in epigrafe, notificato in data 21 luglio 2009 e depositato in data 22 luglio 2009, la società ricorrente, premettendo di essere un Consorzio stabile costituito ai sensi dell'art. 12 l. n. 109/1994 s.m., impugna il provvedimento con il quale la Commissione di gara ha disposto la sua esclusione dalla gara d'appalto, giacché la ricorrente non avrebbe prodotto in sede di gara pubblica le dichiarazioni attestanti il possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del d.lgs. 163/2006 e s.m. per le ditte consorziate che eseguiranno i lavori.

La ricorrente propone i seguenti mezzi di impugnativa:

I) Violazione del bando di gara e violazione dei principi generali; il bando di gara richiedeva la dichiarazione in ordine all'assenza delle cause di esclusione solo da parte del Consorzio stabile e non da parte delle imprese aderenti al Consorzio, il che appare logico in quanto è il Consorzio stabile a eseguire direttamente i lavori, anche avvalendosi dei mezzi e delle persone delle imprese consorziate. In ogni caso l'Amministrazione appaltante avrebbe dovuto richiedere l'integrazione documentale delle dichiarazioni in materia di cause di esclusione anziché disporre l'esclusione sic et simpliciter dell'impresa in questione.

II) Ulteriore violazione dei principi generali, erroneità dei presupposti di fatto e di diritto. La Commissione ha erroneamente ommesso di considerare che i Consorzi

stabili sono completamente differenti dai consorzi tra società cooperative ovvero dai Consorzi che spesso sono costituiti dopo l'aggiudicazione dai partecipanti a un raggruppamento temporaneo di imprese ovvero anche dai consorzi ordinari di concorrenti di cui all'art. 34 lette. e) d.lgs. 163/2006. Questo perché i Consorzi stabili possono eseguire direttamente il loro lavoro ed è il Consorzio l'esecutore delle opere. Da ciò discende che la dichiarazione in questione non doveva necessariamente essere presentata dal Consorzio ricorrente, poiché il Consorzio avrebbe, in caso di aggiudicazione, eseguito direttamente i lavori.

Si è costituito in giudizio il Comune di Busseto, resistendo al ricorso e chiedendo il suo respingimento nel merito.

Alla camera di consiglio del 28 luglio 2009 il Tribunale ha respinto l'istanza cautelare con l'ordinanza n. 00144/2009, che è stata riformata in appello dal Consiglio di Stato con l'ordinanza n. 4921/09 del 29 settembre 2009, con cui è stata disposta l'ammissione con riserva della ricorrente alla prosecuzione della gara. In vista della pubblica udienza le parti hanno depositato memorie riepilogative delle rispettive tesi.

Alla pubblica udienza del 09 febbraio 2010, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato.

In primo luogo – con riferimento al primo mezzo d'impugnativa - occorre partire dal dato testuale del bando di gara, che non prevedeva specificamente per i consorzi stabili l'obbligo di dichiarazione dell'inesistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 comma 1, del d.lgs. n. 163/2006 e s.m. come integrato con d.lgs. n. 113/2007 per le singole imprese consorziate.

La Commissione, in assenza di una clausola inequivoca in ordine a tale obbligatoria dichiarazione da parte di tutte le imprese consorziate (e anzi in presenza di un disposto particolarmente generico), avrebbe dovuto quantomeno fare uso del

proprio potere-dovere di richiedere l'integrazione dei documenti al Consorzio ricorrente ai sensi dell'art. 46 del d.lgs. 163/2006 s.m.i., dovendo avere come punto di riferimento il principio della massima partecipazione possibile alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, principio insito sia nella normativa comunitaria che in quella nazionale e più volte ribadito dalla giurisprudenza, sia comunitaria che nazionale.

In disparte la precedente considerazione, il Collegio rileva la fondatezza di quanto argomentato nel secondo motivo, poichè il Consorzio stabile si differenzia dai raggruppamenti temporanei d'impresa e dai consorzi temporanei, in quanto si tratta di soggetti dotati di autonoma soggettività giuridica rispetto ai propri stessi componenti; corollario di tale affermazione è che possono eseguire i lavori direttamente con la propria organizzazione.

E', invero, indubbio che, ove il Consorzio intenda far eseguire direttamente i lavori ad alcuna delle proprie imprese consorziate singolarmente, la stazione appaltante può legittimamente richiedere la dichiarazione ai sensi dell'art. 38 d.lgs. 163/2006 s.m.i. Tuttavia, in tal caso, la stazione appaltante non può escludere il Consorzio dal procedimento di gara senza accertare previamente (attraverso apposita previsione della dichiarazione da rendere all'interno del bando di gara ovvero attraverso apposita specifica richiesta nella fase di ammissione alla procedura di gara), la sussistenza dei requisiti della singola impresa ad esso appartenente.

Nel caso in esame, il bando non prevedeva che i Consorzi stabili dovessero specificare se una delle proprie imprese avrebbe eseguito individualmente parte dei lavori, né richiedeva, come più sopra rilevato, l'apposita dichiarazione ai sensi dell'art. 38 d.lgs. 163/2006 s.m.i per ciascuna impresa consorzata, di talchè, in presenza di clausole del bando poco puntuali su tale questione, l'esclusione disposta nei confronti della ricorrente deve essere annullata in quanto illegittima.

Alla luce delle suesposte ragioni il ricorso dev'essere accolto.

La domanda di risarcimento del danno proposta contestualmente al ricorso deve essere respinta, in primo luogo per genericità della medesima; in secondo luogo poiché la ricorrente è stata riammessa al procedimento di gara e essendo risultata aggiudicataria.

In ordine alle spese di giudizio il Collegio dispone la loro compensazione in ragione del diverso esito del doppio giudizio sull'istanza cautelare.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna, sezione di Parma, accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Respinge la domanda di risarcimento del danno.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso, in Parma, nella camera di consiglio del giorno 9 febbraio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Umberto Giovannini, Presidente FF

Italo Caso, Consigliere

Emanuela Loria, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/03/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO

