

Con vs nota e.mail del giorno 29.02.2016 mi si chiede parere su alcune tematiche del capitolato A.D.I. ASL BT sollevate da una vs associata.

1 - Con il primo quesito mi si chiede se il consorzio stabile - che farà parte di una costituenda ATI - è tenuto a presentare le istanze di partecipazione anche a nome delle imprese designate: quesito PI005338-16.

In proposito rilevo in primo luogo che il quesito che è stato posto alla stazione appaltante è parzialmente diverso dal quesito posto al sottoscritto: infatti nel quesito rivolto alla stazione appaltante, si è presentato il soggetto interessato alla risposta come un consorzio tra società cooperative, previsto dalla lettera b, comma 1° dell'art. 34 del d.lgs 163/2006, e quindi come soggetto individuale ( nel senso che non concorre all'appalto associato ad altri soggetti ) per sapere se lo stesso consorzio, concorrendo solamente o anche per conto di propri associati è tenuto a presentare la documentazione di cui ai nn 1, 1bis, 2, 3 5 e 6l, relativa all'associato designato all'esecuzione dell'appalto.

Al quesito la stazione appaltante ha risposto positivamente: ma, a mio parere, tale risposta è corretta solo in parte: a mio parere, infatti, nella ipotesi in cui il consorzio di cui alla lettera b ) del comma 1, dell'art. 34 del C.d. Appalti, partecipi alla gara solamente o anche per alcune consorziate non è tenuta a presentare la domanda di partecipazione insieme alle domande delle consorziate per le quali concorre, ma deve presentare una sua domanda indicando le consorziate designate: alla sua domanda il consorzio deve allegare le dichiarazioni d'esistenza dei requisiti generali e le certificazioni di capacità economica finanziaria e tecnica proprie : questo perchè il consorzio di cui alla lettera b) del comma 1, dell'art. 36 del C. d. Appalti - come del resto il consorzio stabile di cui alla lettera c) della norma appena richiamata - è un soggetto autonomo distinto da quello dei consorziati, che s'impegna in proprio e diventa unico titolare del rapporto giuridico che nasce dall'appalto quindi è l'unico soggetto che deve presentare le certificazioni di capacità economica, finanziaria e tecnica ( art. 35 del Cod. degli Appalti ): le consorziate a loro volta, al di fuori della domanda del consorzio, conservano una propria autonomia contrattuale, al punto che se non sono designate alla esecuzione dei lavori possono presentare una autonoma domanda di partecipazione alla gara. Con le dichiarazioni e le certificazioni che riguardano la propria struttura, il consorzio è, altresì, tenuto a presentare la certificazione ex art. 38 del C. d. Appalti ( requisiti generali ) relativi ai consorziati per i quali concorre e ciò per impedire che con il ricorso alla struttura consortile si eludano le prescrizioni dell'art. 38 dettate per ragioni di ordine pubblico.

Questo per quanto riguarda le certificazioni da depositare da parte dei consorzi di cui alle lettere b) e c) dell'art. 34 del Codice degli Appalti.

Come ho già detto il quesito che viene, invece, posto al sottoscritto riguarda un consorzio stabile - lettera c, primo comma, art. 34 del C.degli a. - che partecipa quale mandante, di una costituenda ati ( quindi futuro soggetto collettivo ) per conoscere se detto consorzio stabile è tenuto a presentare la domanda anche a nome delle imprese designate: sul quesito occorre chiarire: se mi si chiede se la domanda va fatta anche dalle imprese designate *rispondo negativamente*: se, invece, mi si chiede se la domanda va fatta a nome del consorzio ma indicando che la domanda è fatta anche - o solamente - per conto delle imprese designate *rispondo positivamente* : infatti, il codice degli appalti, all'art. 36, c.5, impone l'obbligo di indicare in sede di offerta per quali consorziati il consorzio stabile concorre, sia per i consorzi stabili, sia per quelli fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della lettera b) dell'art. 34 dello stesso Codice degli Appalti: non impone invece, l'obbligo che la domanda venga fatta a nome delle imprese designate. Deve peraltro restare fermo il concetto che " *in sede*

*esecutiva il consorzio aggiudicatario deve avvalersi solo ed esclusivamente delle prestazioni dell'impresa specificamente designata in sede di gara. Dopo aver effettuato tale individuazione in sede di offerta, il consorzio non può modificare tale scelta e designare un'impresa diversa, indipendentemente dai motivi della sostituzione ed anche se questa è una sua associata, dovendo ritenersi del tutto preclusa, fatti salvi gli altri casi specificamente individuati dal codice dei contratti pubblici (art. 37, commi 18 e 19), ogni possibilità di far luogo ad un meccanismo di ulteriori elezioni di soggetti, non previamente indicati in sede di gara dal consorzio medesimo"* così come ha deciso il T.A.R. Campania Napoli Sez. I, 17-11-2015, n. 5301

2.1 - Con riferimento al quesito n. 2 la domanda riguarda la possibilità che la società consortile futura mandante, utilizzi per sé le referenze bancarie delle consorziate: alla domanda la stazione appaltante ha risposto che le referenze bancarie devono essere consegnate da tutti gli operatori economici che partecipano alla RTI, al Consorzio e al GEIE: anche in questo caso la risposta, a mio parere, è solo parzialmente corretta: l'affermazione mi pare corretta se riferita all'Ati e alle imprese associate all'Ati che devono eseguire l'appalto: invero l'art. 41 del codice appalti richiede la certificazione sulla capacità economica e finanziaria delle sole imprese concorrenti: ed impresa concorrente nella ipotesi di ATI sono l'ATI e gli operatori che eseguiranno l'appalto: mentre nella ipotesi di consorzi ex art. 34, c. 1, lettera b) o nella ipotesi di consorzi ex art. 34 lettera c) - *consorzi stabili* - concorrente è solamente il consorzio, e solo il consorzio è tenuto a fornire le certificazioni bancarie: questo perché tali forme di consorzio sono autonomi centri di imputazione delle obbligazioni che andranno ad assumere con la stipula del contratto d'appalto e le imprese designate sono ausiliarie di fatto nella esecuzione del contratto: mentre nelle ATI le imprese designate conservano nei confronti della stazione appaltante la propria autonomia di gestione, di oneri fiscali e di oneri sociali ( comma 17, art. 37, Cod. degli Appalti ).

Ciò detto, al quesito, a mio parere, va risposto che non è possibile per il consorzio stabile o per quello previsto dalla lettera b) del più volte richiamato art. 34, Cod. degli Appalti, integrare la propria certificazione economica, finanziaria e tecnica, con quella dei propri consorziati: il consorzio deve avere i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria propria, potendo attingere dalle proprie consorziate, cumulandole, solamente le attrezzature, i mezzi d'opera e l'organico medio annuo ( art. 35 del C. degli A.).

2.2 - Sul secondo dei quesiti posti al punto 2 della e.mail del giorno 29 dello scorso febbraio, rispondo che non vi sono dubbi sulla possibilità di ricorrere all'avvalimento per le referenze bancarie: invero il Consiglio di Stato, ez. V, 06-03-2013, n. 1368, ha deciso: "*L' istituto dell' avvalimento è di immediata e generale applicazione; e ciò in coerenza con un condivisibile indirizzo giurisprudenziale; l' istituto di matrice comunitaria, finalizzato a consentire in concreto la concorrenza aprendo il mercato ad operatori economici di per sé privi di requisiti di carattere economico-finanziario, tecnico-organizzativo, consentendo di avvalersi dei requisiti di capacità di altre imprese, già previsto dagli art. 47 e 48 direttiva 2004/18/Ce "*: il ricorso all'avvalimento per le referenze bancarie sarà possibile - come precisa Cons. Stato Sez. VI, 31-07-2014, n. 4056. - alla condizione che, davanti alla stazione appaltante, l'ausiliato - ovvero sia il concorrente - sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tale terzo soggetto, necessari all'esecuzione del contratto per cui è gara

3 - Con riferimento al quesito n. PI010162-10 è mio parere che attualmente, e specificamente per tutte le gare di forniture e servizi indette dopo il 13 agosto 2012 *non* esiste alcun vincolo tra la quota di partecipazione all'

ATI e la quota di esecuzione delle forniture e dei servizi: per cui è possibile per la partecipante all' ATI l'esecuzione dell'appalto per una percentuale maggiore della partecipazione all' Ati : questa regola vale, però,

come ho già detto solo da alcuni anni a questa parte: infatti originariamente il comma 13 dell'art. 37 del Codice prevedeva che i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo dovessero eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione: a far tempo dal 14 agosto 2012 tale regola chiamata " principio di corrispondenza " è rimasta valida solamente per i lavori pubblici: poi a far tempo dal 29.03.2014 - con l'entrata in vigore del d.l. 47/2014 - tale principio è venuto meno anche per i lavori pubblici.

Resta, naturalmente, fermo il principio di corrispondenza tra la qualificazione posseduta e le quote di esecuzione, che dovranno, comunque, essere indicate.

Tale mia opinione trova conferma nella massima pronunciata dalla A. P. del Cd.S n. 27/2014 ha enunciato il seguente principio: *“per gli appalti di servizi e forniture continua a trovare applicazione unicamente la norma sancita dal comma 4 dell'art. 37, che impone alle imprese raggruppate il più modesto obbligo d'indicare le parti del servizio o della fornitura facenti capo a ciascuna di esse, senza pretendere anche l'obbligo della corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione, fermo restando, però, che ciascuna impresa va qualificata per la parte di prestazioni che s'impegna ad eseguire, nel rispetto delle speciali prescrizioni e modalità contenute nella normativa di gara”.*

Del resto la stessa Adunanza Plenaria, con la sentenza n. 7/2014 aveva già puntualizzato che il vincolo di *“triplice corrispondenza” ( ovvero sia il legame di esatta corrispondenza tra quote di qualificazione, quote di partecipazione e quote di esecuzione delle prestazioni per i contratti aventi ad oggetto servizi e forniture )* era venuto meno al 14 agosto 2012. e di conseguenza ha dichiarato nulla la previsione di un bando di gara secondo la quale: *“...ai fini dell'ammissione del soggetto raggruppato /associato...dalla documentazione di gara deve risultare perfetta corrispondenza tra quote di qualificazione, quote di partecipazione e quote di esecuzione delle prestazioni e/o lavori, pena l'esclusione dalla gara”.*

Decisioni queste che sono state ribadite da Consiglio di Stato n. 3245 del 26/06/2015.

Questi i miei pareri sui quesiti che mi sono stati posti.

E nella speranza di avere soddisfatto le vs legittime richieste, dichiarandomi a vs disposizione per ogni eventuale richiesta di chiarimenti, distintamente saluto.

Avvocato Giuseppe O.B. Nocco