

Partecipazione alle gare di consorzio e consorziata:
vietato abbassare la guardia¹

di Massimo Gentile²

1. Sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del 19 giugno 2009 è stata pubblicata la Legge 18 giugno 2009 n. 69, recante “Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile”. Tra le novità introdotte dai 72 articoli che compongono il provvedimento normativo, in questa sede si segnala quella in tema di disciplina dei consorzi nel codice dei contratti pubblici.

Ai sensi dell'articolo 17 della legge 18 giugno 2009, “a decorrere dal 1° luglio 2009 sono abrogate le disposizioni di cui all'articolo 36, comma 5, terzo periodo, nonché all'articolo 37, comma 7, terzo periodo, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni”.

L'articolo 36, comma 5, terzo periodo, stabiliva che, nell'ipotesi in cui le stazioni appaltanti si avvalevano della facoltà di cui all'articolo 122, comma 9 (esclusione automatica delle offerte anomale per i lavori di importo non superiore a 1 milione di euro) e di cui all'articolo 124, comma 8 (esclusione automatica delle offerte anomale per le forniture e i servizi d'importo non superiore a 100 mila euro) era vietata la partecipazione alla medesima procedura di affidamento del consorzio stabile e dei consorziati. Ciò a prescindere dalla circostanza che dette consorziate non fossero indicate in sede di offerta quale soggetti esecutori dall'appalto.

Analoga disposizione era contenuta all'articolo 37 comma 7 terzo periodo, con riferimento ai consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro e i consorzi tra imprese artigiane.

Giova rammentare che entrambe le disposizioni, oggi abrogate, erano state introdotte dal D.lgs. n. 152/2008 (c.d. terzo decreto correttivo) allo scopo di

¹ Pubblicato su www.appaltiecontratti.it

² Studio legale associato Gentile-Varlaro Sinisi – www.studiogvs.it

coordinare il divieto di contestuale partecipazione alla gara consorzio-consorziata con la modifica apportata dal medesimo decreto legislativo all'articolo 122, comma 9, del Codice, in virtù della quale l'esclusione automatica delle offerte anomale può essere prevista dalla stazione appaltante in sede di bando di gara solo in relazione agli appalti del predetto ammontare.

Oggi dunque tale divieto è venuto integralmente meno e, pertanto, alcuna preclusione sussiste in ordine alla possibilità da parte di una consorziata – sia essa di un consorzio stabile, sia essa di una società cooperativa di produzione e lavoro ovvero di un consorzio tra imprese artigiane - diverse da quelle indicate in sede di offerta come esecutrici delle prestazioni oggetto di appalto, di partecipare alla gara medesima autonomamente; ciò anche in relazione ad appalti soggetti all'esclusione automatica delle offerte anomale.

La novità non convince.

La scelta di consentire la partecipazione contestuale alla gara di consorzi e consorziate nelle gare soggette ad esclusione automatica delle offerte anomale è potenzialmente idonea creare le condizioni per influenzare negativamente l'esito di dette gare.

E' evidente infatti che lo scopo del legislatore insito nella disposizione di legge abrogata era sostanzialmente quello di evitare, nel caso di utilizzo del sistema di esclusione automatica delle offerte anomale, che le imprese aventi un legame di tipo consortile potessero partecipare in uno al consorzio, all'esclusivo fine di influenzare, attraverso la formulazione di ribassi <<artificiosi>>, l'individuazione della soglia di anomalia - e dunque di esclusione - delle offerte.

Oggi tale rischio torna a configurarsi.

Ad equilibrare la bilancia non appare sufficiente la motivazione che si legge nel medesimo articolo 17 della Legge n. 69/2009, laddove è precisato che la modifica normativa è volta a fronteggiare la straordinaria situazione di crisi economica in atto e ad incentivare l'accesso alle commesse pubbliche da parte delle piccole e medie imprese.

La crisi economica non può costituire infatti un'adeguata motivazione per "sdoganare" la possibilità di condizionare l'individuazione delle offerte anomale e, quindi, il corretto svolgimento delle gare di appalto.

2. In ogni caso, al di là delle descritte novità legislative, alle stazioni appaltanti non è consentito di <<abbassare la guardia>> su tale problematica, in quanto sussistono nell'ordinamento giuridico altre previsioni atte a contrastare il rischio del verificarsi del descritto fenomeno.

Ci si riferisce, in primo luogo, alla previsioni di cui all'articolo 34, comma 2, ultimo periodo del Codice, il quale, come noto, impone alle stazioni appaltanti di escludere dalla gara i concorrenti le cui offerte sono ritenute imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi. Pertanto, laddove ricorra tale ipotesi in relazione ad offerte provenienti da un consorzio e da una sua consorziata, le stazioni appaltanti, a prescindere dalla modifica normativa introdotta dalla disposizione di legge in commento, non potranno che escludere dalla gara entrambi detti soggetti.

Al riguardo vale peraltro la pena rimarcare come la Corte di giustizia delle C.E., con sentenza della Sez. IV, 19 maggio 2009, C-538/07, ha ritenuto il menzionato articolo del Codice contrastante con i principi comunitari, laddove è previsto, in modo pressoché automatico, l'obbligo delle stazioni appaltanti di escludere le offerte qualora sia accertata la riconducibilità delle stesse ad un unico centro decisionale. Pertanto, seguendo le indicazioni di tale pronuncia della Corte, l'esclusione andrebbe disposta solo qualora il concorrente non dimostri che il rapporto di collegamento sostanziale non ha influito sul rispettivo comportamento nell'ambito della gara

In secondo luogo, laddove la contestuale partecipazione consorzio-consorziata determini la presentazione di offerte che influenzano l'esito della gara, verrebbe a delinearsi la fattispecie di cui all'articolo 353 c.p. afferente la turbativa d'asta.

E' utile al riguardo richiamare il costante insegnamento della giurisprudenza penale, secondo cui, in tema di delitto di turbata libertà degli incanti, di cui all'art. 353 c.p., tra gli «altri mezzi fraudolenti» mediante i quali può commettersi il reato - in alternativa alle condotte tipiche ipotizzate dalla norma (violenza, minaccia, doni, promesse, collusioni) - rientrano tutti quegli altri mezzi, quali artifici, inganni o

menzogne, che alterino il regolare funzionamento e la libera partecipazione alla gara, il che può dirsi anche di un'offerta in ribasso assolutamente anomala ed economicamente del tutto ingiustificata, effettuata nella consapevolezza che essa concorre in modo del tutto prevalente a determinare a livello minimo la c.d. offerta media, idonea ad identificare l'aggiudicatario della gara, previa reciproca conoscenza della condotta altrui da parte degli offerenti coinvolti (*ex multis* Cass., sez. VI, 29-04-1999).