



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

### **DELIBERA N. 33 DEL 10 gennaio 2018**

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50/2016 presentata da Comune di Torrevecchia Teatina/Consorzio Servizi Abruzzese CSA. Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara per l'affidamento del servizio di refezione scolastica nelle scuole dell'infanzia e primaria. Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa. Importo a base di gara: 192.000,00 euro.

### **PREC. 132/17/S**

#### **Il Consiglio**

##### *Considerato in fatto*

Con l'istanza prot. n. 14040 del 30 gennaio 2017, il Comune di Torrevecchia Teatina chiedeva un parere all'Autorità sulla legittimità dell'esclusione disposta nei confronti del Consorzio Servizi Abruzzese per mancanza dei requisiti di capacità tecnica.

Più in dettaglio, il bando richiedeva:

- 1) Possesso della certificazione per la sicurezza alimentare ISO 22000- 2005;
- 2) Possesso della certificazione per l'autocontrollo HACCP 10854:1999;
- 3) Somministrazione per il triennio precedente alla gara di un numero di pasti pari a 30.000 pasti medi annui;

All'esito del controllo della documentazione amministrativa, la commissione aveva rilevato che il Consorzio Servizi Abruzzese CSA non possedeva "in proprio" i requisiti di capacità tecnica. Pertanto, applicando il potere di soccorso istruttorio, ha invitato il Consorzio a comprovare tali requisiti corrispondendo il pagamento della sanzione amministrativa prevista dalla legge. Il consorzio, pagata la sanzione, avrebbe comprovato in proprio il solo requisito relativo al numero dei pasti somministrati nel triennio antecedente la pubblicazione del bando, e non anche i requisiti di certificazione per la sicurezza alimentare ISO 22000 e la certificazione per l'autocontrollo HACCP 10854 1999, posseduti dalle sue consorziate, pertanto sarebbe stato escluso.

Il Comune, sottolineando che la procedura è stata incardinata prima che entrasse in vigore il correttivo (D.lgs. 56/2017) sostiene che in base alla regola generale di cui all'art. 47, comma 1, D.Lgs. n. 50/2016, il consorzio comprova i requisiti posseduti in proprio, senza possibilità di cumulo tranne nel caso di comprova della disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera nonché dell'organico medio annuo e soltanto nel caso specifico si tratti di consorzio stabile costituito da meno di cinque anni.

Nel caso di specie, a parere dell'istante, il Consorzio servizi Abruzzese è costituito dal 2010 e quindi non potrebbe avvalersi dei requisiti delle consorziate. Inoltre, la disciplina transitoria (art. 216 comma 14 del Codice) che prevede l'applicazione dell'art. 36 comma 7 D.lgs. 163/2006, a parere del Comune, sarebbe da ritenersi riferita ai soli lavori e non ai servizi, visto il rinvio all'art.83 che vi fa espresso riferimento (*"per i lavori, con linee guida dell'ANAC ...entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente codice, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari, sono disciplinati, nel rispetto dei principi di cui al presente articolo e anche al fine di favorire l'accesso da parte delle microimprese e delle piccole e medie imprese, il sistema di*



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

*qualificazione, i casi e le modalità di avalimento, i requisiti e le capacità che devono essere posseduti dal concorrente, anche in riferimento ai consorzi di cui all'articolo 45, lettere b) e c) e la documentazione richiesta ai fini della dimostrazione del loro possesso di cui all'allegato XVII. Fino all'adozione di dette linee guida, si applica l'articolo 216, comma 14.”).*

Con propria memoria il Consorzio Servizi Abruzzese precisa di aver comprovato i requisiti di capacità tecnica richiesti con riferimento alle consorziate esecutrici attraverso il cd. *cumulo alla rinfusa* previsto dalla giurisprudenza (vd. Cons. di Stato sez.VI sent. n. 2563 del 19.5.2013). Rileva inoltre che, secondo quanto riportato nelle FAQ dell'Anac relative all'art. 47 del Codice, valide per il periodo transitorio fino alla pubblicazione delle nuove Linee guida previste dall'art. 83 comma 2: *“I requisiti per la partecipazione dei consorzi alle gare sono individuati, in linea generale, dall'art. 47 del Codice. Inoltre, l'art. 216, comma 14, prevede che fino all'adozione delle linee guida previste dall'art. 83, comma 2, del Codice (che attengono anche ai requisiti e alle capacità che devono essere posseduti dai consorzi) si applica la parte II, titolo III, del d.p.r. 207/2010. Tra queste disposizioni sono ricomprese anche quelle che disciplinano la qualificazione dei consorzi ed, in particolare, l'art. 81 che, attraverso un rinvio recettizio, dispone che la qualificazione dei consorzi stabili avviene secondo le disposizioni dell'art. 36, comma 7, del Codice”*. In sostanza, si tratterebbe di un rinvio recettizio alle disposizioni del D.lgs. 163/2006 e del Regolamento 207/2010 in base al quale i Consorzi stabili possono operare utilizzando i requisiti delle consorziate esecutrici, senza alcuna distinzione in merito all'oggetto dell'affidamento, sia per lavori che per servizi.

#### *Ritenuto in diritto*

Con il termine consorzio stabile, istituto giuridico disciplinato dall'art. 36 del D.Lgs. n. 163/2006 e attualmente dall'art. 45, comma 2, lett. c), D.Lgs. n. 50/2016, si definisce il *soggetto giuridico autonomo, costituito in forma collettiva e con causa mutualistica, che opera in base ad uno stabile rapporto organico con le imprese associate*.

In virtù di tale rapporto, nel previgente quadro normativo, era previsto che detto Consorzio potesse fruire degli stessi requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse, senza dover ricorrere all'avalimento, secondo il criterio del *“cumulo alla rinfusa”* (art. 36, comma 7, del D.Lgs. n. 163/2006) . In sostanza, il consorzio poteva scegliere di provare il possesso dei requisiti medesimi con attribuzioni proprie e dirette oppure attraverso quelle dei consorziati, indifferentemente.

In tal senso disponevano sia l'art. 36, comma 7, del D.Lgs. n. 163/2006, per cui *“il consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate”*, sia l'art. 94 del D.P.R. 207/2010 in base al quale *“I consorzi stabili di cui agli articoli 34, comma 1, lettera c), e 36 del codice, eseguono i lavori o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante”*.

L'art. 47, comma 2 attualmente modificato dal correttivo (D.lgs. 56/2017) prevede che: *“ I consorzi di cui agli articoli 45, comma 2, lettera c), e 46, comma 1, lettera f), al fine della qualificazione, possono utilizzare sia i*



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

*requisiti di qualificazione maturati in proprio, sia quelli posseduti dalle singole imprese consorziate designate per l'esecuzione delle prestazioni, sia, mediante avalimento, quelli delle singole imprese consorziate non designate per l'esecuzione del contratto. Con le linee guida dell'ANAC di cui all'articolo 84, comma 2, sono stabiliti, ai fini della qualificazione, i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni”.*

Nella vecchia formulazione, in vigore all'epoca in cui è stata incardinata la procedura selettiva in oggetto, l'art. 47 comma 1 e l'art. 83 comma 2 del D.Lgs. n. 50 del 2016 disponevano per la qualificazione dei consorzi stabili facendo rinvio “*per i lavori*” alle *linee guida dell'ANAC*. Tale ambigua formulazione ha creato dubbi interpretativi circa l'ultra vigenza di un articolo del D.lgs. 163/2006 oramai abrogato.

La soluzione da adottare è quella indicata dal Tar Lazio con la sentenza n. 1324 del 25 gennaio 2017 secondo cui, allo stato attuale e fino all'adozione delle linee-guida previste dall'articolo 83, comma 2, del D.lgs. 50/2016, per la partecipazione dei consorzi stabili alle gare pubbliche, si applicano le previgenti disposizioni contenute nell'articolo 36, comma 7, del d.lgs. 163/2006, ovvero la regola per la quale i consorzi stabili si qualificano sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate, senza necessità di stipulare un contratto di avalimento. Tale regola, chiarisce il TAR, vale sia per gli appalti di lavori che di servizi infatti “*nel previgente ordinamento, per la questione qui controversa, non è rinvenibile alcuna differenziazione tra appalti di lavori e appalti di servizi*”.

L'interpretazione del Collegio risponde anche a un criterio di natura teleologica evidenziando l'interesse pubblico alla più ampia partecipazione delle imprese nella fase di determinazione dei requisiti di ammissione. Inoltre, da un punto di vista sistematico, si evince che laddove il legislatore abbia voluto fornire una disciplina distinta per le tre principali tipologie contrattuali (lavori, servizi e forniture) vi sia sempre un'esplicita previsione in tal senso.

L'operatività del “cumulo alla rinfusa” per i consorzi stabili quindi non può ritenersi venuta meno nel nuovo quadro ordinamentale conseguente alla entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. n. 50/2016. (T.A.R. Lazio, Roma, n. 1324/2017).

La limitazione dell'applicazione del beneficio esclusivamente ai Consorzi stabili costituiti da non più di 5 anni – invocata dall'istante a sostegno della propria tesi - in virtù dell'art. 47, comma 2, del nuovo codice appalti vigente *ratione temporis*, antecedente alla novella attuata con il decreto correttivo D.Lgs. n. 56/2017 non è applicabile.

In questo senso, la sentenza del Tar Lazio sopra citata (n. 1324 del 25 gennaio 2017) ha definitivamente chiarito che nel contrasto tra disposizioni che ammettono il “cumulo alla rinfusa” incondizionatamente e a prescindere dalla data di costituzione del consorzio stabile (i citati art. 83, comma 2, art. 216, comma 14, del D.Lgs. n. 50/2016 ed il previgente art. 36, comma 7, del D.Lgs. n. 163/2006) e quelle che, viceversa, ne ammettono l'applicazione solo ai consorzi neocostituiti (art. 47, comma 2, prima della novella del 2017) *va preferita l'interpretazione che salvaguardia la massima partecipazione delle imprese alle gare ad evidenza pubblica coerentemente, tra l'altro, con la previsione contenuta nell'art. 83, comma 2,*



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

*del D.Lgs. n. 50/2016 che, nel prescrivere che i requisiti e le capacità per le qualificazioni devono essere attinenti e proporzionali all'oggetto dell'appalto, richiama l'interesse pubblico "ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione".*

A riprova di tanto, la limitazione temporale di cui al citato art. 47 comma 2 il legislatore l'ha poi eliminata con il decreto correttivo di cui al D.Lgs. n. 56/2017, mostrando così di recepire il principio favorevole all'applicazione generalizzata del cumulo dei requisiti in capo ai consorzi stabili.

In proposito va ricordato che l'interpretazione è corroborata dai chiarimenti forniti dall'Anac nel proprio comunicato dell'8 giugno 2016 "sulle questioni interpretative relative all'applicazione delle disposizioni del d.lgs. 50/2016 nel periodo transitorio". In tal sede, in relazione al quesito su quali siano le norme applicabili alla qualificazione dei consorzi sino all'adozione delle linee guida previste dall'art. 82, comma 2, del D.Lgs. n. 50/2016, l'Anac ha rilevato che i requisiti sono individuati in linea generale dall'art. 47 del nuovo codice, aggiungendo che *"si applica la parte II, titolo III, del D.P.R. 207/2010. Tra queste disposizioni sono ricomprese anche quelle che disciplinano la qualificazione dei consorzi e, in particolare, l'art. 81, che, attraverso un rinvio recettizio, dispone che la qualificazione dei consorzi stabili avviene secondo le disposizioni dell'art. 36, comma 7, del codice"*.

Il Consorzio CSA ha comprovato i requisiti relativi alle certificazioni richieste giacché posseduti dalle imprese esecutrici e ha dimostrato di possedere in proprio il requisito relativo al numero di pasti somministrati, quindi avrebbe potuto essere legittimamente ammesso alla partecipazione.

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione illegittima l'esclusione del Consorzio Servizi Abruzzese CSA nella gara in oggetto.

*Raffaele Cantone*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 18 gennaio 2018

Per il Segretario, Valentina Angelucci