

Parere n. 205 del 18 dicembre 2013

PREC 114/13/S

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di Olbia e dal Consorzio Parsifal - "Affidamento del servizio di assistenza domiciliare in favore di soggetti svantaggiati - gestione comunale"- Importo a base di gara € 2.301.000,00 - S.A.: Comune di Olbia.

Consorzio fra società cooperative di produzione e lavoro ex art. 34 co. 1 lett. b) D.Lgs. 163/2006. Artt. 276 e 277 d.P.R. 207/2010. Servizio nei settori esclusi.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 24 aprile 2013 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, integrata con nota del 22 maggio 2013, presentata congiuntamente dal Comune di Olbia e dal Consorzio Parsifal, con la quale è stato richiesto un parere in merito alla legittimità della esclusione del Consorzio disposta con verbale n. 1 del 01.03.2013, in quanto "dalla lettura della documentazione amministrativa, presentata dalle ditte esecutrici del servizio per conto del Consorzio Parsifal, non pare vi sia stato alcun riferimento al fatturato e all'esperienza professionale maturata dalle stesse affinchè possa essere soddisfatto il requisito di capacità tecnico-professionale richiesto dal bando di gara. Nella documentazione viene riportata l'esperienza maturata dal Consorzio, ma non dalle ditte esecutrici. Ciò in palese difformità a quanto previsto dalla determinazione AVCP 4/2012 in cui è chiarito che le quote di qualificazione devono essere possedute dalle singole imprese riunite al fine di evitare di far conseguire l'aggiudicazione a soggetti privi delle necessarie qualificazioni".

L'esclusione è stata confermata con verbale n. 2 del 14.03.2013 secondo cui: "la commissione ritiene, pertanto, che la mancata indicazione nei documenti di gara dei requisiti tecnico-professionali delle ditte esecutrici del Consorzio Parsifal sia causa tassativa di esclusione".

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 29 maggio 2013 sono pervenute memorie del Comune di Olbia e del Consorzio Parsifal.

Ritenuto in diritto

La questione controversa concerne la legittimità della esclusione del consorzio dalla gara di cui in oggetto, in quanto non risulta comprovato il possesso dei requisiti di capacità tecnico-professionale in capo alle ditte esecutrici del servizio indicate dal Consorzio Parsifal, non essendo contenuto nella documentazione presentata in sede di gara alcun riferimento al fatturato e all'esperienza professionale maturata dalle stesse. Nella documentazione, infatti, viene riportata l'esperienza maturata dal Consorzio, ma non dalle ditte esecutrici.

La gara in esame ha ad oggetto un servizio di cui all'allegato II B, come tale essa non è soggetta alle disposizioni del D.Lgs. 163/2006 se non nei limiti di cui all'art. 20 (" 1. L'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'*allegato II B* è disciplinata esclusivamente dall'*articolo 68* (specifiche tecniche), dall'*articolo 65* (avviso sui risultati della procedura di affidamento), dall'*articolo 225* (avvisi relativi agli appalti aggiudicati)".

Tuttavia, premesso che si registra nella giurisprudenza amministrativa italiana la tendenza ad applicare all'affidamento dei servizi di cui all'Allegato II B anche quelle norme del Codice che, pur non essendo esplicitamente menzionate dall'art. 20 D.Lgs. 163/2006, sono espressione di principi di portata generale (*cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 3 dicembre 2008, n. 5943; 22 aprile 2008, n. 1856; 8 ottobre 2007, n. 5217; 22 marzo 2007, n. 1369; TAR Lazio, Sez. III ter, 5 febbraio 2008, n. 951*), deve rilevarsi che, nella fattispecie, trovano applicazione le norme del Codice dei Contratti, alle quali la S.A. ha inteso autovincolarsi. Nel bando di gara la S.A. ha esplicitamente affermato di indire una procedura aperta ai sensi degli articoli 3, co. 37, 54, 55 e 83 del D.Lgs. 163/2006, e ha richiamato e rinvia esplicitamente a numerose altre norme del Codice dei Contratti (artt. 34, 37, 38, 39, 49, 75, 78, 81, 113, D.Lgs. 163/2006). Con ciò la S.A. ha dunque manifestato, in maniera evidente, la volontà di assoggettare l'affidamento dei servizi in esame alle regole dettate dal Codice dei Contratti (in tal senso, Deliberazioni dell'Autorità n. 10/2009, n. 9/2010 e n. 72/2012).

In particolare, l'art. 5.5 del bando di gara stabilisce che "nel caso di Consorzi di cui all'art. 34 co. 1 lett. b) e c) D.Lgs. 163/2006, i requisiti devono essere posseduti e comprovati dagli stessi secondo quanto previsto rispettivamente dagli artt. 276 e 277 d.P.R. 207/2010".

Al riguardo, si osserva che l'art. 276 citato, sotto la rubrica "Società tra concorrenti riuniti o consorziati" stabilisce che "1. I concorrenti riuniti o consorziati indicati dal consorzio come esecutori delle prestazioni, dopo l'aggiudicazione possono costituire tra loro una società anche consortile, ai sensi del libro V del titolo V, capi 3 e seguenti del codice civile, per l'esecuzione unitaria, totale o parziale, delle prestazioni affidate. 2. La società subentra, senza che ciò costituisca ad alcun effetto subappalto o cessione di contratto e senza necessità di autorizzazione o di approvazione, nell'esecuzione totale o parziale del contratto, ferme restando le responsabilità dei concorrenti riuniti o consorziati ai sensi del codice. 3. Il subentro ha effetto dalla data di notificazione dell'atto costitutivo alla stazione appaltante, e subordinatamente alla iscrizione della società nel registro delle imprese. 4. Tutti i concorrenti riuniti devono far parte della società nella medesima percentuale di appartenenza al raggruppamento. 5. Nel caso di esecuzione parziale delle prestazioni, la società

costituita dai concorrenti riuniti o consorziati può essere costituita anche dai soli concorrenti interessati all'esecuzione parziale. 6. Ai soli fini del possesso dei requisiti tecnico-professionali di partecipazione, le prestazioni di servizi e forniture eseguite dalla società sono riferiti ai singoli concorrenti riuniti o consorziati, secondo le rispettive quote di partecipazione alla società stessa". E' evidente - conformemente a quanto sostenuto dal Consorzio Parsifal - che la norma riguarda una fase successiva a quella procedimentale della valutazione dei requisiti degli operatori economici concorrenti, com'è dimostrato dalla locuzione «dopo l'aggiudicazione» introdotta nel primo comma dell'articolo.

L'ultimo comma, poi, fa evidentemente riferimento alla distribuzione dei requisiti tra le consorziate una volta cessata la società, e si occupa di stabilire in che misura i requisiti da essa maturati vadano distribuiti agli operatori economici che l'hanno costituita: «Ai soli fini del possesso dei requisiti tecnico-professionali di partecipazione, le prestazioni di servizi e forniture eseguite dalla società sono riferiti ai singoli concorrenti riuniti o consorziati, secondo le rispettive quote di partecipazione alla società stessa». Quest'ultimo comma, che la S.A. ha frainteso perché non lo ha considerato nel contesto dell'intero articolo, riguarda pertanto i requisiti per la partecipazione a successivi appalti e non a quello per cui la società è subentrata al raggruppamento tra imprese o al consorzio di concorrenti.

Il Comune di Olbia richiama erroneamente anche la Determinazione dell'Autorità n. 4/2012, nella parte in cui, a ben vedere, essa fa in realtà riferimento al principio di corrispondenza nei raggruppamenti temporanei.

In realtà, il Consorzio Parsifal è un consorzio fra società cooperative di produzione e lavoro costituito a norma della *legge 25 giugno 1909, n. 422, e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577*, e successive modificazioni, espressamente contemplato fra i soggetti di cui all'art. 34 co. 1 lett. b) D.Lgs. 163/2006.

L'Autorità, nell'evidenziare, con il Parere sulla Normativa del 9 ottobre 2013, le analogie fra i *consorzi stabili* e i consorzi *fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422 e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577*, ha osservato che "L'art. 37, che detta la disciplina per i raggruppamenti temporanei di imprese e consorzi ordinari di concorrenti, riserva ai soggetti di cui all'art. 34, comma 1, lett. b) una disciplina specifica, affermando che tali consorzi "sono tenuti a indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara; in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio, sia il consorziato; in caso di inosservanza di tale divieto, si applica l'art. 353 del codice penale". Ne deriva una disciplina complessa la quale, pur essendo collocata - sotto il profilo sistematico - nell'articolo dedicato ai Raggruppamenti temporanei di imprese e ai consorzi ordinari di concorrenti, appare più simile a quella che invece il Codice dedica ai consorzi stabili, di cui all'art. 36 (...). Peraltra, tale analogia appare confermata anche dalla norma di cui all'art. 35 ove - con riguardo ai requisiti di idoneità tecnica e finanziaria - i consorzi di cooperative e i consorzi stabili sono destinatari della medesima disciplina per la comprova finalizzata all'ammissione alle procedure di gara "secondo quanto previsto dal regolamento, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio, ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate" (art. 35)".

Con riferimento ai requisiti di partecipazione alle gare di tali soggetti, occorre distinguere tra requisiti di idoneità tecnica e finanziaria, il cui possesso è richiesto esclusivamente al consorzio (essendo gli stessi ritenuti cumulabili in capo al consorzio medesimo) e requisiti di natura generale, di ordine pubblico e di moralità, che vanno invece accertati anche in capo alle singole imprese consorziate indicate quali esecutrici (Determinazione n. 11/2004; Pareri di precontenzioso nn. 65/2011 e 192/2008).

Il regolamento, nello specificare il dettato dell'art. 35 del D.Lgs. 163/2006, prevede all'art. 277, comma 3 che "per la partecipazione del consorzio alle gare, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi posseduti dai singoli consorziati relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo sono sommati; i restanti requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi sono sommati con riferimento ai soli consorziati esecutori".

Alla luce di quanto sopra esposto, deve ritenersi che i requisiti di capacità tecnico-professionale dovevano essere richiesti e comprovati nel rispetto di quanto previsto dagli articoli 35 del D.Lgs. 163/2006 e 277 del D.P.R. 207/2010.

Tutto ciò premesso e considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che i requisiti di capacità tecnico-professionale di un consorzio fra società di cooperative di produzione e di lavoro dovevano essere richiesti e comprovati nel rispetto di quanto previsto dagli articoli 35 del D.Lgs. 163/2006 e 277 del D.P.R. 207/2010.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo
Il Presidente:Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 16 gennaio 2014
Il Segretario Maria Esposito