

Autorità per la vigilanza

sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

Parere n. 200

del 17/07/2008

PREC 283/08/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dal Comune di Motta Sant'Anastasia (prov. di Catania) – Procedura negoziata per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare agli anziani per mesi 9 e giorni 17 (dal 15/05/2008 al 28/02/2009).

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 8 maggio 2008, nel corso delle operazioni per la procedura di gara avente ad oggetto l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare agli anziani espletate dal Comune di Motta Sant'Anastasia, sono stati ammessi tre concorrenti, e precisamente: 1) ATI Soc. Coop. Orsa Maggiore (mandanti Soc. Coop. CESSP e Soc. Coop. ACSA); 2) ATI Soc. Coop. Luigi Sturzo (mandante Soc. Coop. Fenice); 3) Consorzio Sol.Co Catania.

In data 28 maggio 2008 è pervenuta a questa Autorità l'istanza di parere indicata in oggetto, presentata dalla Stazione Appaltante, la quale ha rappresentato che durante le procedure di gara, il Consorzio Sol.Co Catania, ha eccepito l'avvenuta ammissione alla gara dell'ATI Capofila Orsa Maggiore rendendo la seguente dichiarazione: "...la

Cooperativa Orsa Maggiore, socia del Consorzio Sol.Co Catania, Rete di Imprese Sociali Siciliane, va esclusa dalla presente gara in virtù del rapporto societario esistente con il Consorzio Sol.Co Catania e del regolamento societario ed, altresì, per la giurisprudenza corrente in merito”.

La S.A. ha precisato, inoltre, che dalla documentazione esaminata dalla Commissione di gara, il Consorzio Sol.Co Catania, non ha indicato alcuna delle consorziate quale esecutrice del servizio oggetto della gara.

L'Amministrazione istante, nel richiedere all'Autorità se si debba procedere ad escludere il Consorzio Sol.Co Catania o la consorziata ovvero entrambi i soggetti, ha altresì rappresentato:

- con nota del 9.5.2008, l'ATI Capofila Cooperativa Luigi Sturzo richiedeva l'esclusione del Consorzio Sol.Co Catania e della ATI Capofila Orsa Maggiore per violazione del disposto di cui all'art. 36, comma 5, del D. Lgs 163/06;
- con nota del 12.5.2008 prot. 8889, il Presidente di gara invitava l'ATI Orsa Maggiore a fornire documentate controdeduzioni in merito alla suindicata dichiarazione resa dal Consorzio Sol.Co Catania, e lo invitava altresì ad esibire la documentazione afferente a quanto dichiarato dal proprio rappresentante;
- in riscontro a detta richiesta, il Consorzio Sol.Co Catania, giusta nota prot. 9212/08, ha trasmesso copia del regolamento societario e l'ATI Orsa Maggiore, con nota prot. 9214/08 ha richiesto l'ammissione alle fasi successive della gara *de qua*, premettendo di mantenere rapporto societario con il Consorzio SOL.CO Jonico (non partecipante alla procedura di gara e che risulta, a sua volta, essere socio del Consorzio Sol.Co Catania);
- il Presidente della gara con note prot. 9518 e 9519 del 21/5/2008 ha richiesto ulteriori chiarimenti in merito, invitando il Consorzio Sol.Co Catania ad indicare a quale tipologia di consorzi appartenga, tra quelli elencati nell'art. 34 comma 1, del Codice dei contratti, ed invitando l'ATI Orsa Maggiore, a precisare quali siano i rapporti che la legano sia al Consorzio Sol.Co Catania che al Consorzio SOL.CO Jonico. Alla data dell'inoltro dell'istanza, nessun riscontro era pervenuto alle superiori richieste.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, in data 25 giugno 2008 veniva inviata a questa Autorità una nota della Società cooperativa sociale Orsa Maggiore, con la quale si comunicava alla S.A. che la stessa impresa, in qualità di capogruppo della costituenda ATI, esprimeva la propria volontà di *ritirare la propria offerta dalla gara al fine di rimediare alla*

violazione del regolamento da lei posta in essere e di consentire alla commissione giudicatrice di proseguire nella valutazione delle offerte rimaste in gara.

Con nota 29 maggio 2008 il Consorzio Sol.Co Catania, chiariva che lo stesso è un consorzio di cooperative e non un consorzio stabile come erroneamente rilevato dalla Cooperativa Luigi Sturzo.

Pertanto, continua il Consorzio Sol.Co Catania, si evince l'insussistenza di un divieto assoluto per il Consorzio ed i suoi consorziati, di partecipare alla stessa gara.

Tuttavia il regolamento societario del Consorzio Sol.Co Catania, nel disciplinare le modalità di partecipazione alle gare dei propri consorziati, vieta agli stessi di partecipare alle gare cui partecipa il Consorzio, anche nelle ipotesi in cui questi non siano stati incaricati di espletare il servizio.

A causa di un difetto di comunicazione del socio, il Consorzio non è stato informato delle intenzioni della Cooperativa Orsa Maggiore di partecipare alla gara *de qua*.

Quanto sopra, chiarisce il Consorzio Sol.Co Catania, ha comportato una violazione del regolamento societario nella parte che regola la modalità di partecipazione alle procedure di gara che impone il divieto di partecipazione contestuale alla medesima procedura.

Invece, per il fatto che il Consorzio abbia partecipato alla gara senza indicare nessuna delle consorziate quali esecutrici del servizio, a parere del Consorzio Sol.Co Catania non può comportare il divieto per tutti i consorziati di partecipare alla stessa gara, atteso che tale modalità di partecipazione è indicativa della volontà del consorzio di gestire il servizio in via diretta e unicamente attraverso la propria organizzazione interna, senza avvalersi di nessuna delle imprese della sua rete.

L'opzione secondo cui il divieto di partecipazione alla stessa gara si configura solo in capo alle consorziate incaricate di espletare il servizio, è da preferire a quella secondo cui il divieto di partecipare va esteso anche alle consorziate non incaricate alla luce di quanto disposto dall'art. 34 comma 2 del D. Lgs. 163/2006.

Occorre infine rilevare, prosegue il Consorzio Sol.Co Catania, che il regolamento societario nel disciplinare le modalità di partecipazione alle gare dei soci della rete di imprese, vieta agli stessi di partecipare alle gare cui partecipa il Consorzio, anche nelle ipotesi in cui questi non siano stati incaricati di espletare il servizio.

Le disposizioni ora descritte e contenute nel regolamento societario, comunque, spiegano la loro efficacia esclusivamente all'interno del rapporto consortile non potendo costituire valido presupposto per l'adozione da parte della S.A. del provvedimento di esclusione del consorzio e/o della consorziata dalla gara.

Ritenuto in diritto

In via preliminare si fa presente che l'eccezione sollevata dall'ATI Capofila Cooperativa Luigi Sturzo, riguardante la richiesta di esclusione del Consorzio Sol.Co Catania e della ATI Capofila Orsa Maggiore per violazione del disposto di cui all'art. 36, comma 5, del D. Lgs 136/06, non può trovare accoglimento in quanto, come chiarito dal Consorzio Sol.Co Catania con estratto della Camera di commercio Industria ed Artigianato di Catania – Ufficio Registro delle Imprese, si è in presenza di una società cooperativa consortile e non di un consorzio stabile.

Per ciò detto, il riferimento all'art. 36 comma 5 del D. Lgs 136/06 appare del tutto infondato, in quanto quest'ultimo disciplina una diversa forma giuridica, quella dei consorzi stabili.

Rileva, invece, la problematica relativa al fatto che il Consorzio Sol.Co Catania, non abbia indicato in sede di offerta, alcuna delle consorziate quale esecutrice del servizio oggetto di gara.

Per costante giurisprudenza, il rapporto tra i consorzi ex legge 422/1909 e le cooperative ad essi associate, può essere ricondotto al rapporto fra società commerciale e socio. Ne discende, pertanto, che attraverso la struttura comune di impresa il consorzio esercita una funzione d'intermediazione tra le imprese consorziate ed i terzi, strumento di supporto tecnico economico e finanziario che svolge detta attività nell'interesse e per conto delle imprese consorziate, tramite l'imputazione dei contratti e dei rapporti giuridici a sé stesso.

L'attività di impresa prestata nell'interesse mutualistico e/o lucrativo dei singoli consorziati fa sì che il consorzio non esegua in proprio i lavori, ma sempre a mezzo di consorziato.

Si deve, infine, aver riguardo ai disposti di cui al comma 7, dell'art. 37, del D. Lgs. 163/2006, che, al secondo periodo, stabilisce: *“i consorzi di cui all'art. 34, comma 1 lettere b)(consorzi fra società di 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, nonché dei consorzi fra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985 n. 443) sono tenuti ad 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”*.

La contemporanea partecipazione alla gara del consorzio di cooperative e della cooperativa consorziata, tenuto conto della mancata indicazione da parte del consorzio del consorziato per il quale concorre, determina il ricorrere della fattispecie delle offerte imputabili ad un unico centro decisionale, di cui all'articolo 34, comma 2, del d. Lgs. n. 163/2006.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la mancata indicazione, da parte di un consorzio di cooperative, del consorziato per il quale concorre, comporta l'esclusione dalla gara del consorzio stesso e della consorziata.

Il Consigliere Relatore

Andrea Camanzi

Il Presidente

Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 24.07.2008