

Autorità per la vigilanza

sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

Parere n. 266

del 17/12/2008

PREC 354-08-S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie, ex art. 6, comma 7, lettera n) del Decreto Legislativo n. 163/06, presentata dall'INPDAP – gara a procedura aperta finalizzata all'affidamento dei servizi socio – educativi, portineria, centralino e guardania presso il Convitto INPDAP “Luigi Sturzo” di Caltagirone. Importo a base d'asta: Euro 1.070.624,00. S.A.: INPDAP.

Il Consiglio

Considerato in fatto

In data 23 maggio 2008, l'INPDAP ha bandito una gara a procedura aperta per l'affidamento dei servizi socio - educativi, portineria, centralino e guardania presso il Convitto INPDAP “Luigi Sturzo” di Caltagirone secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. All'esito della gara è risultata prima nella graduatoria la ditta Consorzio Sol Calatino in relazione alla cui offerta, in sede di verifica della congruità dell'offerta, ai sensi dell'art. 86, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006, la commissione di gara ha verificato che la ditta intende realizzare le proposte migliorative attraverso l'utilizzo a titolo gratuito di volontari. In data 31 ottobre 2008 è pervenuta presso questa Autorità istanza di parere da parte dell'INPDAP, in ordine alla legittimità dell'utilizzo di volontari da parte del Consorzio ed alla possibile violazione della concorrenza posto che la gratuità potrebbe alterare il sinallagma contrattuale. La stazione appaltante precisa che le attività per le quali si utilizzano i volontari non sono marginali e hanno inciso sulla valutazione delle proposte migliorative dei progetti tecnici. Inoltre, delle ore di attività che vedrebbero coinvolti i volontari, l'incidenza sull'equilibrio economico della ditta non può essere considerato marginale. Infine i volontari utilizzati sono, in

parte inviati direttamente dal Servizio Civile Nazionale, altra parte presta la propria opera tramite la società Casa Felice ONLUS che è socia del Consorzio. Sul punto la stazione appaltante osserva come il Consorzio avrebbe dovuto indicare al momento dell'offerta l'utilizzazione di tale socio e lo stesso avrebbe dovuto dichiarare il possesso dei requisiti di legge per la partecipazione alla gara.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità, il Consorzio Sol Calatino osserva come l'utilizzo dei volontari è previsto, al contrario di quanto sostenuto dall'istante, per attività marginali, a supporto degli operatori responsabili delle varie attività. Più precisamente il Consorzio specifica che per quanto attiene alla gestione di tutti i laboratori, proposti come attività migliorative e per i quali è stato previsto ricorso di figure professionali esterne, essa sarà affidata direttamente agli educatori in servizio presso il convitto, senza oneri aggiuntivi per la ditta esecutrice. Per quanto attiene alla costituzione dell'equipe socio-psico-pedagogica, le figure professionali diverse da quella dell'educatore saranno reperite all'interno del personale in organico.

Ritenuto in diritto

Sulla problematica relativa alla possibilità per una associazione di volontariato di partecipare a procedure di gara, questa Autorità si è già espressa in un precedente parere (n. 29 del 31 gennaio 2008), nel quale ha evidenziato come, in accordo al costante orientamento giurisprudenziale, sia da considerare illegittima la partecipazione a gare di appalti pubblici delle associazioni di volontariato, in quanto l'espletamento di una procedura di selezione del contraente, fondata sulla comparazione delle offerte con criteri concorrenziali di convenienza tecnica – economica, risulta essere inconciliabile con il riconoscimento alle associazioni di volontariato, ex art. 5 della L. n. 266/1991 (legge quadro sul volontariato), della possibilità di usufruire di proventi costituiti esclusivamente da rimborsi derivanti da convenzioni che prescindono dalle regole di concorrenza.

In particolare, infatti, l'art. 2, co. 1 e 2, della legge n. 266/1991 prevede che per attività di volontariato deve intendersi quella prestata in modo personale, spontaneo e gratuito, tramite l'organizzazione di cui il volontario fa parte, senza fini di lucro anche indiretto ed esclusivamente per fini di solidarietà e, inoltre che: l'attività del volontario non può essere retribuita in alcun modo nemmeno dal beneficiario; al volontario possono essere soltanto rimborsate dall'organizzazione di appartenenza le spese effettivamente sostenute per l'attività prestata, entro limiti preventivamente stabiliti dalle organizzazioni stesse. Il comma 3 dell'art. 2 cit. stabilisce, inoltre, l'incompatibilità della qualità di volontario con qualsiasi forma di

rapporto di lavoro subordinato o autonomo e con ogni altro rapporto di contenuto patrimoniale con l'organizzazione di cui fa parte.

La caratteristica precipua dell'attività di volontariato consiste dunque nella sua gratuità, che comporta come corollario inevitabile l'impossibilità di retribuire la medesima, anche da parte del beneficiario. Risulta evidente, pertanto, che la stipulazione di un contratto a titolo oneroso, quale un appalto pubblico di servizi, si pone come incompatibile, rispetto a tale fondamentale aspetto del volontariato. L'onerosità implica, dunque, che l'Amministrazione – per conseguire il vantaggio rappresentato dall'espletamento del servizio dedotto in appalto – corrisponda il correlativo prezzo, evidentemente comprensivo della retribuzione dei lavoratori impiegati per svolgerlo. Di conseguenza, sussiste una evidente incompatibilità tra l'espletamento di una gara finalizzata all'aggiudicazione di un pubblico servizio e la partecipazione, alla medesima, di associazioni di volontariato (in questo senso T.A.R. Campania, sez.I, 2/4/2007 n. 3021).

Inoltre la stessa legge n. 266/91 all'art. 5 prevede che le organizzazioni di volontariato traggono le risorse economiche per il loro funzionamento e per lo svolgimento della propria attività da: a) contributi degli aderenti; b) contributi di privati; c) contributi dello Stato, di enti o di istituzioni pubbliche finalizzati esclusivamente al sostegno di specifiche e documentate attività o progetti; d) contributi di organismi internazionali; e) donazioni e lasciti testamentari; f) rimborsi derivanti da convenzioni; g) entrate derivanti da attività commerciali e produttive marginali. Pertanto il dettato normativo ha escluso che le associazioni di volontariato possano espletare attività commerciali, purché tuttavia esse siano "marginali". Con D.M. del 25 maggio 1995 sono stati individuati i criteri per stabilire quali attività sono da intendersi commerciali e produttive "marginali" svolte dalle organizzazioni di volontariato, tra le quali, tuttavia, non figura la partecipazione a procedure di selezione concorrenziale.

Nel caso di specie il criterio di aggiudicazione prescelto è l'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 83 del D.Lgs. n. 163/2006, in cui il punteggio per l'offerta economica è pari massimo a punti 70 e quello per l'offerta tecnica è pari massimo a punti 30. Questi 30 punti, secondo quanto disposto dall'art. 7 del disciplinare di gara, sono suddivisi in due sottopunteggi: massimo 15 punti per materiali e attrezzature utilizzate per l'espletamento del servizio; massimo 15 punti per le proposte migliorative. Secondo quanto è emerso nel corso della presente istruttoria, la ditta Consorzio Sol Calatino in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta ha rappresentato di intendere realizzare le proposte migliorative attraverso l'utilizzo di volontari. Ai sensi della normativa sopra menzionata, tale possibilità non è percorribile da parte dell'operatore economico, non essendo possibile, come evidenziato, per i volontari ovvero per le organizzazioni di volontariato prendere parte a procedure di gara anche indirettamente. La ditta giustifica l'utilizzo dei volontari sulla base dell'argomentazione che l'attività

esercitata è marginale e solo di supporto rispetto a quella eseguita dai responsabili delle varie attività, che sono figure professionali interne al Consorzio.

Tale giustificazione deve essere dettagliatamente verificata dalla stazione appaltante, la quale è chiamata ad accertare se l'attività compiuta dal Consorzio per elaborare proposte migliorative sia effettivamente realizzata autonomamente dal personale interno al Consorzio stesso. L'eventuale utilizzo di volontari deve essere di solo supporto e non deve costituire un'attività che concorre a formare il punteggio tecnico, il quale, peraltro, non essendo marginale (massimo punti 15), è idoneo a determinare una considerevole differenza sulla graduatoria finale.

Infine, si rende necessario precisare che il Consorzio, laddove realizzi parte dell'appalto attraverso una propria consorziata, ha l'obbligo di specificare le parti del servizio eseguite direttamente dal proprio consorziato, secondo quanto disposto dall'art. 37, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006 ai sensi del quale *“nel caso di forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati”*.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene che non è conforme alla normativa vigente di settore l'utilizzazione di volontari, laddove l'attività da questi esercitata sia utile al conseguimento del punteggio tecnico, non essendo possibile per le associazioni di volontariato prendere parte a procedure concorrenziali.

I Consiglieri Relatori

Il Presidente

Piero Calandra

Luigi Giampaolino

Alfredo Meocci

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 29.12.2008