

Parere n. 119 del 22/10/2009

Protocollo PREC 01/09/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'impresa Ecologica s.r.l. - Affidamento del servizio di implementazione del sistema di gestione ambientale del Comune di Gravina in Puglia - Importo a base d'asta: €84.500,00 - S.A.: Comune di Gravina in Puglia (BA).

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 18 luglio 2008 è pervenuta a questa Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa Ecologica s.r.l. ha esposto di aver partecipato alla procedura aperta indetta dal Comune di Gravina in Puglia per l'affidamento del servizio in oggetto e di aver ritenuto di segnalare alla stazione appaltante la questione dell'ammissibilità della partecipazione alla gara stessa del concorrente RTI A.FO.RI.S (mandataria) – Ambiente Italia s.r.l.(mandante).

In particolare, atteso che il bando di gara al punto 6.2. - "Forma giuridica che dovrà assumere il Raggruppamento di Prestatori di Servizi" - specificava che alla procedura concorsuale "possono partecipare imprese singole o raggruppate e soggetti di cui all'art. 90, lett. d), e), f), g) h) del D.Lgs. n. 163/2006", si faceva notare che "l'RTI avente come mandatario l'impresa sociale A.FO.RI.S non sembra rientrare tra i soggetti di cui alla lettera g) dell'art 90 del D.Lgs. 163/2006, ai quali si applicano le disposizioni di cui all'art. 37 del Decreto in oggetto", dato che l'impresa A.FO.RI.S. - Agenzia di Formazione e Ricerca per lo Sviluppo Sostenibile - assumeva la forma giuridica di "impresa sociale", risultando - inequivocabilmente - soggetto senza scopo di lucro, come specificato dal D.Lgs. 24 marzo 2006, n. 155 (GU n. 97 del 27-4-2006) recante la disciplina dell'impresa sociale, a norma della legge 13 giugno 2005, n. 118.

A tali osservazioni, l'Amministrazione comunale aveva replicato, con nota in data 14 luglio 2008, osservando che "stante i concetti di impresa e di attività economica elaborati dalla costante giurisprudenza della U.E., peraltro richiamati nella sentenza della Corte di Giustizia del 18.06.1996 C-35/96, nella nozione "di impresa" deve ritenersi compresa qualsiasi entità che eserciti "un'attività economica", a prescindere dallo status giuridico della stessa e dalle eventuali modalità di finanziamento. Cosicché è economica qualsiasi attività organizzata consistente nell'offrire beni e servizi su un determinato mercato".

In seguito, il Servizio è stato aggiudicato al RTI A.FO.RI.S - Ambiente Italia s.r.l., con determinazione dirigenziale dell'ottobre 2008.

A riscontro della richiesta di informazione avanzata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale anche il predetto raggruppamento aggiudicatario ha esposto - con nota pervenuta in data 23 gennaio 2009 - le proprie considerazioni, sostenendo la legittimità della scelta effettuata dalla stazione appaltante.

Ritenuto in diritto

La questione sottoposta a questa Autorità necessita di essere esaminata sotto due distinti profili: il primo, concernente l'interpretazione della clausola del bando che stabilisce i requisiti dei partecipanti alla procedura per l'affidamento del servizio in oggetto; il secondo, di carattere più generale, riguardante la possibilità di concorrere alla gara per un RTI avente come mandataria un'impresa sociale.

Come esposto in fatto, il bando di gara adottato dal Comune di Gravina in Puglia - al punto 6.2 "Forma giuridica che dovrà assumere il raggruppamento di prestatori di servizi"- statuisce che "possono partecipare imprese singole o raggruppate e soggetti di cui all'art. 90, lett. d), e), f), g) h) del D.Lgs. n. 163/2006".

Tale disposizione, nel fare riferimento - in modo generico - ad "imprese singole o raggruppate" rinvia sostanzialmente all'ampia previsione normativa di cui all'art. 34 del D.Lgs. n. 163/2006 e consente di ritenere che i soggetti idonei a partecipare alla gara in questione sono di due tipologie: quelli previsti dall'art. 34 e quelli di cui all'art. 90, lett. d), e), f), g) h) del D.Lgs. n. 163/2006. In particolare, ai sensi del comma 1, lett. d) del citato art. 34, sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici "i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti dai soggetti di cui alle lettere a), b), c), i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti".

Pertanto, la contestazione dell'istante, laddove rileva che "l'RTI (...) non sembra(va) rientrare tra i soggetti di cui alla lettera g) dell'art 90 del D.Lgs. 163/2006", è inconferente.

Infatti, se la stazione appaltante avesse voluto escludere dalla partecipazione alla procedura di gara di cui trattasi i soggetti di cui all'art. 34 del D.Lgs. 163/2006, avrebbe dovuto utilizzare una formulazione lessicale che espressamente precludesse tale possibilità e non una formula ampia come quella di cui al citato punto 6.2. del bando in esame.

Con riguardo alla seconda questione, occorre evidenziare preliminarmente che l'impresa A.FO.RI.S. - Agenzia di Formazione e Ricerca per lo Sviluppo Sostenibile- costituisce una "impresa sociale", regolarmente iscritta al Registro delle Imprese della C.C.I.A.A. di Foggia.

Secondo lo Statuto - adottato in data 17 aprile 2008 - l'impresa "esercita la sua attività, senza scopo di lucro, in via stabile e principale, nei settori individuati dall'art. 2, lett. d) (educazione, istruzione e formazione ai sensi della legge 28 marzo 2003, n. 53) ed e) (tutela dell'ambiente e dell'ecosistema ai sensi della legge 15 dicembre 2004, n. 308) e del D.Lgs. n. 155 del 24 marzo 2006".

La recente disciplina dell'impresa sociale (D.Lgs. 24 marzo 2006, n. 155) consente - tra l'altro - che tali "operatori economici" possano esercitare attività di impresa nei settori sopra indicati. Infatti, come è stato rilevato da recente giurisprudenza, "il decreto legislativo 24 marzo 2006, n. 155, recante <<disciplina dell'impresa sociale, a norma della legge 13 giugno 2005, n. 118>>, ha dato pratica attuazione alla nozione di impresa sociale, riconoscendo alla stessa la legittimazione a esercitare in via stabile e principale un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità di interesse generale e con particolari requisiti (indicati negli articoli 2, 3 e 4 del medesimo decreto legislativo)" (Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 2009, n. 1128).

In particolare, deve essere evidenziato che uno dei settori di utilità sociale, rispetto ai quali l'esercizio professionale dell'attività da parte dell'impresa sociale è pienamente ammesso, è costituito, giusta quanto previsto dall'articolo 2, comma 1, lettere e), f) e g) del citato D.Lgs. n. 155/2006, dalla gestione in funzione di tutela dell'ambiente, dell'educazione e del turismo sociale e,

nel caso di specie, l'oggetto della procedura per la quale è sorta la contestazione è costituito dall'affidamento del servizio di implementazione del sistema di gestione ambientale comunale.

Ne consegue che, in virtù della disciplina vigente, l'impresa sociale A.FO.RI.S., in qualità di mandataria del RTI A.FO.RI.S - Ambiente Italia s.r.l., a pieno titolo poteva partecipare a una gara concernente l'aggiudicazione di un servizio che rientrava tra quelli di utilità sociale previsti dall'articolo 2 del D.Lgs. n. 155/2006.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'impresa sociale A.FO.RI.S., mandataria del RTI A.FO.RI.S - Ambiente Italia s.r.l., può legittimamente partecipare alla gara indetta per l'espletamento di un servizio di utilità sociale di cui all'art. 2 del D.Lgs, n. 155/2006.

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Giuseppe Brienza

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 13 novembre 2009