

Parere n. 129 del 19/11/2009

Protocollo PREC 07/09/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 CONAL S.c.a r.l. – Affidamento attività di controllo di conformità e qualità del servizio di refezione scolastica – S.A.: Comune di Pavia

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 31 luglio 2008 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale la CONAL S.c.a r.l. lamenta che, per l'affidamento dell'attività di controllo di conformità e qualità del servizio di refezione scolastica di cui all'oggetto, il Comune di Pavia abbia fatto illegittimamente ricorso ad un contratto di collaborazione coordinata e continuativa e abbia così eluso l'applicazione della normativa in materia di appalti pubblici.

In particolare, la società istante ritiene non corretto l'inquadramento normativo ex art. 7, comma 6, del D.Lgs. 165/2001 che il Comune ha inteso applicare alla suddetta collaborazione e illegittima la procedura di selezione posta in essere dallo stesso, in quanto l'attività oggetto di affidamento rientra, a suo avviso, nel novero delle attività soggette obbligatoriamente all'applicazione della disciplina prescritta dal c.d. Codice dei contratti pubblici, riguardando l'appalto di un servizio incluso nell'allegato II A categoria 12 del D.Lgs. n. 163/2006. Conseguentemente, la procedura selettiva di cui trattasi avrebbe dovuto essere aperta a tutti i soggetti contemplati dall'art. 34 del citato Codice - e cioè imprenditori individuali e soggetti organizzati in forma societaria - e non limitata alle sole persone fisiche.

A riscontro della richiesta di informazioni avanzata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, il Comune di Pavia ha, innanzitutto, precisato di aver pubblicato un avviso di selezione per l'affidamento dell'incarico di esperto tecnologo alimentare per l'attività di controllo di conformità e qualità del servizio di refezione scolastica, ricorrendo ad una procedura selettiva (e certamente non ad un affidamento diretto) volta ad individuare un professionista altamente qualificato ed iscritto all'albo dei tecnologi alimentari per svolgere l'attività oggetto del bando, finalizzata ad assicurare i necessari standard qualitativi, igienici e di sicurezza sanitaria delle mense scolastiche.

Inoltre, il Comune medesimo ha osservato che la predetta attività ben può formare oggetto di un contratto d'opera anziché, come ipotizzato dalla CONAL S.c.a r.l., di un contratto di appalto di servizi, atteso che la distinzione tra le due predette figure contrattuali riguarderebbe non la natura della prestazione, ma il profilo organizzativo del soggetto che deve compierla, in quanto, nel primo caso, la prestazione è compiuta con lavoro prevalentemente proprio del soggetto obbligato, mentre nel secondo caso è presupposta un'organizzazione di mezzi o l'utilizzazione di lavoro altrui (Cons. Stato, sez. IV, 29.8.2001, n. 4573; Cass. sez. II, 17.9.1997, n. 9237).

Ha riscontrato la richiesta di informazioni anche la controinteressata dr.ssa Cristina Valli, tecnologa alimentare, precisando di aver stipulato con il Comune di Pavia, all'esito della procedura concorsuale, un contratto di lavoro autonomo, essendo libero professionista titolare di partita IVA.

Ritenuto in diritto

La questione controversa sottoposta a questa Autorità nel caso di specie concerne la legittimità della tipologia di procedura selettiva prescelta dalla stazione appaltante per l'affidamento dell'attività di controllo di conformità e qualità del servizio di refezione scolastica, di cui all'oggetto.

Al riguardo occorre rilevare che, come si evince dalla determinazione dirigenziale n. 106 del 24 gennaio 2008 del Comune di Pavia, prodotta nel presente procedimento, l'attività in questione era in quel momento in corso di svolgimento a titolo di servizio, affidato a ditta esterna a seguito di espletamento di gara ad evidenza pubblica. Solo con l'approssimarsi della scadenza del contratto l'Amministrazione comunale ha ritenuto utile "scindere in due parti le attività da gestire, incaricando per un anno, in forma sperimentale, un professionista tecnologo alimentare che svolga le attività professionali ordinarie e straordinarie giornaliere (sopralluoghi, prelievi di campioni, verifiche, reportistica, ecc.) ed affidando separatamente la gestione delle analisi di laboratorio ad una struttura da individuare a cura dell'Ente a seguito di apposita separata procedura", al dichiarato fine di "conseguire maggiore efficacia dell'attività in oggetto".

Tuttavia, in carenza di elementi conoscitivi utili a suffragare tale presunta maggiore efficacia dell'attività di cui trattasi resa in forma non integrata - rispetto a quanto riscontrato con il precedente contratto di appalto di servizi - la suddetta scelta appare potenzialmente elusiva della normativa in materia di appalti pubblici e, conseguentemente, restrittiva della platea dei possibili concorrenti, considerato che l'oggetto dell'attività per cui il Comune di Pavia ha indetto la contestata pubblica selezione rientra nell'elenco dei servizi di cui all'Allegato II A del D.Lgs. n. 163/2006, categoria 12 "servizi affini di consulenza scientifica e tecnica" e "servizi di sperimentazione tecnica e analisi", e che la procedura selettiva bandita dall'Amministrazione comunale, i requisiti di partecipazione e di valutazione stabiliti e il contratto che la stessa ha inteso stipulare impediscono di fatto la partecipazione a tutti i soggetti indicati dall'art. 34 del citato D.Lgs. n. 163/2006, che contempla soggetti organizzati sia in forma individuale sia in forma societaria. Qualora, poi, ricorrano le condizioni per l'applicazione, anche in via analogica, dell'art. 52 del D.Lgs. n. 163/2006, si fa presente la possibilità di ricorrere a tale fattispecie.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, l'operato della stazione appaltante non è conforme alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Giuseppe Brienza

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 17 dicembre 2009