

Parere n. 48 del 11/03/2010

Protocollo PREC 115/09/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di Sennori – Affidamento del servizio di fornitura di pasti presso le scuole elementari e materne del Comune di Sennori – Importo a base d'asta € 203.820,00 – S.A.: Comune di Sennori

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 11 novembre 2008 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale il Comune di Sennori ha chiesto se sia legittima l'esclusione, disposta dalla Commissione di gara nei confronti del Consorzio CON.SER.VA in Raggruppamento Temporaneo con la COCKTAIL SERVICE s.r.l., dalla gara per l'affidamento del servizio di fornitura di pasti presso le scuole elementari e materne, bandita dallo stesso Comune di Sennori, di durata biennale, per gli anni scolastici 2008/2009 e 2009/2010, dell'importo di €203.820,00, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'esclusione del R.T.I. (verbale n. 2 del 4.9.2008) è avvenuta in quanto, a seguito di espressa richiesta della Commissione di gara di chiarire la natura giuridica del Consorzio CON.SER.VA, è emerso, dall'esame dello statuto e dell'atto costitutivo, che lo stesso è un consorzio ordinario ex art. 2602 c.c. e pertanto l'art. 34, comma 1, lettera d) del D.Lgs. n. 163/2006 non consentirebbe la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici di un raggruppamento temporaneo costituito da un consorzio ordinario (indicato dalla lettera e) del comma 1 del predetto articolo) e una società, essendo contemplati dalla citata lettera d) solo i raggruppamenti temporanei di concorrenti costituiti dai soggetti di cui alle lettere a) (imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali e società cooperative), b) (consorzi cooperativi e artigiani), e c) (consorzi stabili) del comma 1 dello stesso articolo.

Non sarebbe quindi prevista l'ipotesi che consorzi ordinari di cui all'art. 34, comma 1 lettera e) del Codice dei contratti pubblici possano partecipare ad una gara d'appalto in Raggruppamento Temporaneo di Imprese. La Commissione di gara richiama inoltre il disposto di cui all'art. 37, comma 7 dello stesso Codice che "pone dei divieti alla presentazione in caso di presenza di raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario".

In data 16.9.2008, la Commissione di gara ha aggiudicato l'appalto in via provvisoria all'impresa LE MAGNOLIE (verbale n. 4 del 16.9.2008).

A riscontro della richiesta di informazioni avanzata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, il Consorzio CON.SER.VA, nel confermare la propria natura giuridica di consorzio ordinario ex art. 2602 c.c., ha rilevato di aver sempre partecipato alle gare di appalto in R.T.I. con altre imprese individuali e/o societarie senza che sia mai sorta alcuna contestazione da parte delle stazioni appaltanti. Tale possibilità non sarebbe infatti preclusa da alcuna norma di legge, né da alcun orientamento giurisprudenziale, esistendo anzi pronunce del giudice amministrativo che si

sarebbero espresse in senso favorevole (Consiglio di Stato, sez. VI, 19.5.1994, n. 811; TAR Lombardia – sez. Brescia, 19.8.1999, n. 753; TAR Liguria, sez. II, 7.6.2007, n. 1050).

Ritenuto in diritto

La questione giuridica controversa sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in oggetto attiene alla possibilità che un consorzio ordinario ex art. 2602 c.c. partecipi in R.T.I. con una società ad una gara di appalto per l'affidamento di contratti pubblici, sebbene l'art. 34, comma 1, lettera d) del D.Lgs. n. 163/2006 menzioni tale possibilità solo per i raggruppamenti temporanei di imprenditori individuali o di società (lettera a), di consorzi cooperativi o artigiani (lettera b) e di consorzi stabili (lettera c).

Come chiarito da questa Autorità con la determinazione del 9.6.2004, n. 11 e come confermato con la deliberazione del 13.12.2006, n. 114, successiva all'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici, oltre ai "consorzi cooperativi" e ai "consorzi artigiani" (art. 34, comma 1, lett. b) del Codice dei contratti) che fanno parte dei soggetti singoli con idoneità e personalità giuridica individuale, il vigente ordinamento prevede la possibilità di partecipare alle gare di appalto di altri due tipi di consorzi. Il primo appartiene alla categoria dei soggetti singoli o con idoneità individuale, definito dalla legge "consorzio stabile" (art. 34, comma 1, lett. c) e art. 36 del Codice dei contratti pubblici), formato da non meno di tre consorziati che abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa, mentre il secondo appartiene alla categoria dei soggetti plurimi o con idoneità plurisoggettiva, definito dalla legge "consorzio ordinario di concorrenti" e costituito ai sensi dell'art. 2602 c.c. (art. 34, comma 1, lett. e) del Codice dei contratti pubblici), al quale si applicano le disposizioni di cui all'art. 37 dello stesso Codice dettate per i raggruppamenti temporanei di imprese e che, per la sua assimilazione all'associazione temporanea nonché per distinguerlo dal primo tipo, è generalmente denominato "consorzio occasionale".

Ciò premesso, va ricordato che l'art. 34, comma 1, lettere a), b), c), d), e), f) e f bis) del D.Lgs. n. 163/2006 individua i soggetti cui possono essere affidati i contratti pubblici. Tali soggetti rivestono la qualifica di "operatore economico", termine che, ai sensi dell'art. 3, comma 22 del Codice dei contratti pubblici comprende "l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi o un raggruppamento o un consorzio di essi". A sua volta, il comma 19 del predetto articolo 3 precisa che i termini "imprenditore", "fornitore" e "prestatore di servizi" designano "una persona fisica, o una persona giuridica, o un ente senza personalità giuridica, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) costituito ai sensi del d.lgs. 23 luglio 1991, n. 240, che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi".

Come osservato da questa Autorità con la deliberazione n. 119 del 18.4.2007, la caratteristica che accomuna le figure sopra individuate è l'esercizio professionale di una attività economica. Ciò aveva indotto questa Autorità a concludere nel senso che gli enti pubblici, le Università e i Dipartimenti universitari non possedessero tale requisito e non potessero essere ammessi alle procedure per l'affidamento di contratti pubblici, stante il carattere tassativo dell'elenco dei soggetti ammessi a partecipare alle gare, contenuto nell'art. 34 del D.Lgs. n. 163/2006, come già affermato con la deliberazione n. 179/2002 in relazione al previgente art. 17 della legge 11 febbraio 1994, n. 109.

Di recente, però, questa Autorità, alla luce della giurisprudenza nazionale e comunitaria, è tornata sulla questione, affrontando, in linea generale, con il parere n. 127 del 23 aprile 2008, il problema della possibilità di partecipazione alle gare d'appalto di soggetti giuridici diversi da quelli ricompresi nell'elenco di cui all'art. 34 del D.Lgs. n. 163/2006, quali, nel caso di specie, fondazioni, istituti di formazione o di ricerca.

In detto parere, si è ricordato che, per il diritto comunitario, la nozione di impresa comprende qualsiasi ente che esercita un'attività economica consistente nell'offerta di beni e servizi su un determinato mercato, a prescindere dallo *status* giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento (cfr. da ultimo, in tal senso, Corte di giustizia CE, sentenza 26 marzo 2009, causa C-113/07 P, Selex Sistemi Integrati/ Commissione e Eurocontrol). Si tratta quindi di una nozione dai confini molto ampi, che prescindono da una particolare formula organizzativa e dalla necessità di perseguire finalità di lucro (cfr. sul punto le conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs presentate il 1 dicembre 2005 nella causa C-5/05, decisa con sentenza della Corte di giustizia CE 23 novembre 2006, Joustra nonché la sentenza della Corte di giustizia CE 29 novembre 2007, causa C-119/06, Commissione/Italia).

Sull'ammissibilità di partecipazione a una gara di un'associazione senza fini di lucro, si è espresso positivamente anche il Consiglio di Stato (sez. V, n. 3790/2002), mentre in relazione alla partecipazione di soggetti pubblici, la giurisprudenza si è pronunciata favorevolmente rispetto agli enti pubblici economici, che hanno natura e spesso anche struttura imprenditoriale (TAR Lazio, sez. I, n. 540/2003; TAR Liguria, sez. II, n. 30/2002).

Per quanto concerne gli enti pubblici non economici, quali ad esempio gli enti di ricerca interessati dal citato parere n. 127/2008 (CNR, FORMEZ, CENSIS e IFOA), questa Autorità ha esaminato il rischio di alterazione della *par condicio* tra i partecipanti e il possibile effetto distorsivo della concorrenza, atteso il particolare regime di agevolazioni finanziarie di cui godono i predetti enti e la conseguente posizione di vantaggio rispetto ad altri soggetti che forniscono i medesimi servizi nell'esercizio dell'attività di impresa, dovendo sopportare integralmente i relativi costi.

In proposito, va sottolineato che l'art. 1, par. 8 della direttiva 2004/18/CE dispone che "i termini imprenditore, fornitore e prestatore di servizi designano una persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti che offra sul mercato, rispettivamente la realizzazione di lavori e/o opere, prodotti e servizi". A differenza dell'art. 3, comma 19 del Codice dei contratti pubblici, la direttiva menziona quindi espressamente la possibilità che l'operatore economico offerente possa essere "un ente pubblico". Peraltro, se la direttiva avesse inteso porre una distinzione tra gli enti pubblici che svolgono una determinata attività economica e gli enti pubblici non economici, lo avrebbero fatto inserendo un'espressa previsione in tal senso.

Questa Autorità, nel citato parere n. 127/2008, ha concluso, conformemente a quanto affermato dal Giudice amministrativo (Cons. Stato, sez. V, 29 luglio 2003, n. 4327), che gli enti pubblici non economici possono partecipare a quelle gare che abbiano ad oggetto prestazioni corrispondenti ai loro fini istituzionali, con la conseguente necessità di operare una verifica in concreto dello statuto al fine di valutare la conformità delle prestazioni oggetto dell'appalto agli scopi istituzionali dell'ente.

Pertanto, se la natura non tassativa dell'elenco contenuto nell'art. 34 del Codice dei contratti pubblici è stata affermata, nel citato parere, in relazione agli enti pubblici non economici, in ossequio al principio comunitario della massima apertura al fine di creare un mercato concorrenziale, a maggior ragione una lettura estensiva va data alla citata norma per quanto riguarda la possibilità di partecipazione in R.T.I. di soggetti, come i consorzi ordinari, che non

presentino alcun rischio di falsare la concorrenza in ragione di possibili finanziamenti pubblici, anche se gli stessi, pur espressamente contemplati in quanto tali, non siano indicati tra quelli che possono partecipare in R.T.I.

Peraltro, la Corte di giustizia CE ha già avuto modo di precisare che gli enti pubblici che beneficiano di sovvenzioni erogate dallo Stato, che consentono loro di presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli degli altri offerenti non sovvenzionati, sono espressamente autorizzati dalla direttiva a partecipare a procedure per l'aggiudicazione di appalti pubblici (sentenza 7 dicembre 2000, causa C-94/99, ARGE).

In proposito, va ricordato che la Commissione europea, con la nota C (2008) 0108 del 30 gennaio 2008, ha aperto una procedura di infrazione nei confronti dello Stato italiano in relazione agli articoli 34, 90 e 101 del codice dei contratti, rilevando che la nozione di operatore economico contenuta nell'art. 1, par 8 della direttiva 2004/18/CE e nell' analogo art. 1, par 8 della direttiva 2004/17/CE non permette di restringere la possibilità di partecipare alle gare di appalto e ai concorsi di progettazione ad alcune categorie di operatori escludendone altre, che abbiano una forma giuridica diversa da quelle indicate dai citati articoli.

Come di recente osservato dal Consiglio di Stato (sez. V, 12 novembre 2009, n. 7054), la procedura di infrazione ha portato alla pubblicazione del terzo decreto correttivo (D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152) del Codice dei contratti pubblici che risulta modificato, tra l'altro, proprio agli articoli 34, 90 e 101. In particolare, per quanto qui interessa, all'art. 34, comma 1, è stata aggiunta la lettera f bis), in base alla quale sono ammessi a partecipare alle gare "operatori economici ai sensi dell'art. 2, comma 22, stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi".

In tale decisione, il Consiglio di Stato ha rilevato che una lettura formalistica e restrittiva del Codice dei contratti pubblici finirebbe per rilevarsi contraria alla normativa comunitaria, caratterizzata da aspetti di particolare flessibilità e particolarmente preoccupata di non limitare in alcun modo la concorrenza, estendendo al massimo il concetto di operatore economico.

Ciò è dimostrato dal tenore dell'art. 4, par. 1 della direttiva 2004/18/CE, in base al quale "i candidati o gli offerenti che, in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, sono autorizzati a fornire la prestazione di cui trattasi non possono essere respinti soltanto per il fatto che, secondo la normativa dello Stato membro nel quale è aggiudicato l'appalto, essi avrebbero dovuto essere persone fisiche o persone giuridiche".

In altri termini, si stabilisce il principio della libertà delle forme per la partecipazione alle gare, ribadito anche dal par. 2 del citato art. 4, particolarmente rilevante per la soluzione al quesito oggetto del presente parere, secondo il quale "ai fini della presentazione di un'offerta o di una domanda di partecipazione, le amministrazioni aggiudicatrici non possono esigere che i raggruppamenti di operatori economici abbiano una forma giuridica specifica".

Alla luce di quanto sopra, assume carattere particolarmente rilevante la recente sentenza della Corte di Giustizia, Sez. IV, del 23 dicembre 2009, causa C-305/08, pronunciata in relazione a due rinvii pregiudiziali sollevati da giudici italiani, rispettivamente, con parere della seconda sezione consultiva del Consiglio di Stato del 23 aprile 2008, n. 167 (causa C-305/08) e con ordinanza della sez. I del TAR Sardegna del 10 luglio 2009, n. 66 (causa C-290/09), con i quali si chiedeva nella sostanza alla Corte di chiarire se le disposizioni di cui all'art. 3, commi 19 e 22 e all'art. 34 del Codice dei contratti pubblici si pongano in contrasto con la direttiva 2004/18/CE se interpretati nel

sensu di precludere la partecipazione ad un appalto di servizi ad un raggruppamento temporaneo di imprese fra i cui componenti figurano anche un'amministrazione statale.

Ciò in quanto, come si è detto, la soluzione positiva alla partecipazione alle procedure di affidamento di un R.T.I. composto anche da enti pubblici e amministrazioni statali non può che comportare, *a fortiori*, l'ammissibilità della partecipazione alle gare di un R.T.I. composto da un consorzio ordinario di concorrenti e da una società commerciale, posto che, per quest'ultimo, non è configurabile l'ipotetico argomento ostativo del finanziamento pubblico, che potrebbe in astratto comportare effetti distorsivi della concorrenza.

Ebbene, la richiamata sentenza della Corte di Giustizia ha stabilito che le disposizioni della direttiva 2004/18/CE contenute nell'art. 1, nn. 2, lett. a) e 8, primo e secondo comma, che si riferiscono alla nozione di "operatore economico", devono essere interpretate nel senso che consentono a soggetti che non perseguono un preminente scopo di lucro, non dispongono della struttura organizzativa di un'impresa e non assicurano una presenza regolare sul mercato, quali le università e gli istituti di ricerca nonché i raggruppamenti costituiti da università e amministrazioni pubbliche, di partecipare ad un appalto pubblico di servizi.

Al riguardo, peraltro la Corte di Giustizia ha precisato che "il legislatore comunitario non ha inteso restringere la nozione di <> unicamente agli operatori che siano dotati di un'organizzazione d'impresa né introdurre condizioni particolari atte a porre una limitazione a monte dell'accesso alle procedure di gara in base alla forma giuridica e all'organizzazione interna degli operatori economici", fornendo pertanto un'interpretazione molto ampia di tale nozione in linea con la precedente consolidata giurisprudenza comunitaria secondo la quale è nell'interesse del diritto comunitario che venga garantita la più ampia partecipazione possibile di offerenti ad una gara d'appalto (cfr. sentenza 16 dicembre 2008, causa C-213/07, Michaniki e sentenza 19 maggio 2009, causa C-538/07, Assitur).

Alla luce di quanto sopra, si ritiene che l'art. 34 del Codice dei contratti pubblici vada interpretato nel senso che l'elenco ivi contenuto non abbia carattere tassativo e che pertanto non sia preclusa la partecipazione ad una gara di un R.T.I. composto da un consorzio ordinario e da una società.

Né a tale soluzione sembra ostare l'art. 37, comma 7 del Codice dei contratti pubblici, richiamato dalla Commissione di gara, che si limita a vietare ai concorrenti "di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti ovvero di partecipare alla gara anche in forma individuale qualora abbia partecipato alla gara medesima in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti". Infatti, tale divieto, volto nella sostanza ad evitare una duplice partecipazione alla gara in due diverse vesti, non pare essere stato in alcun modo violato nella fattispecie in esame.

Deve pertanto concludersi per la non conformità del provvedimento di esclusione disposto dalla Commissione di gara alla normativa e alla giurisprudenza nazionale e comunitaria di settore.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'art. 34 del D.Lgs. n. 163/2006 debba essere interpretato nel senso che l'elenco ivi contenuto non abbia carattere tassativo e che non sia preclusa la partecipazione ad una gara d'appalto di un Raggruppamento Temporaneo di Imprese composto

da un consorzio ordinario e da una società, con conseguente non conformità del provvedimento di esclusione disposto dalla Commissione di gara alla normativa e alla giurisprudenza nazionale e comunitaria di settore.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 18 Marzo 2010