

## **Parere n.71 del 28/10/2014**

### **PREC 120/14/S**

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del d.lgs.163/2006 presentata dalla R.I.Dal. S.r.l. - “Servizio mensa scolastica per gli alunni delle scuole d’infanzia e per gli alunni delle scuole primarie di Lucera” – Importo a base di gara euro 1.496.880,00 - S.A.: Comune di Lucera (FG).

**Servizio di mensa scolastica – requisito di partecipazione del possesso di un centro di cottura– restrizione della partecipazione – tempo di consegna dei pasti quale criterio di valutazione dell’offerta - consorzio di cooperative – servizi Allegato II B - richiesta dei requisiti di capacità tecnico-economica in capo al consorzio e alla consorziata esecutrice.**

In un bando di gara per l’affidamento del servizio di mensa scolastica è illegittimo richiedere, ai fini della partecipazione, il possesso di un centro di cottura per tutta la durata dell’appalto. La considerazione del tempo di consegna dei pasti può trovare spazio nell’attribuzione del punteggio relativo all’offerta qualitativa.

L’affidamento dei servizi di cui all’Allegato II B deve rispettare i principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. La stazione appaltante può fissare, nell’ambito della propria discrezionalità, requisiti di partecipazione più rigorosi e restrittivi di quelli minimi stabiliti dalla legge, purché tali prescrizioni siano rispettose dei principi di proporzionalità e ragionevolezza.

**Art. 20, art. 27 e art. 35 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.**

### **Il Consiglio**

#### **Considerato in fatto**

In data 7 maggio 2014 è pervenuta l’istanza indicata in epigrafe con la quale la R.I.Dal. S.r.l., associata al Consorzio Nazionale Servizi, consorzio di cooperative di cui all’art. 34 lett. b) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, chiede parere all’Autorità in ordine a due punti del bando di gara indicato in oggetto.

In primo luogo l’istante contesta il bando di gara nella parte in cui richiede il possesso di una cucina nel raggio di 50 km quale requisito di partecipazione invece che di esecuzione. Con successiva memoria del 20 maggio 2014, l’istante riporta il testo del bando, a tenore del quale occorre in realtà il possesso, per tutta la durata dell’appalto, di un centro di cottura «posto a una distanza tale da garantire, con l’impiego di un numero adeguato di mezzi idonei e di personale, l’arrivo dei pasti a tutti i refettori, presso le sedi scolastiche indicate nel Capitolato speciale, entro 50 minuti dal confezionamento degli stessi».

In secondo luogo l’istante lamenta la violazione dell’art. 35 del d.lgs. 163/2006, recante i requisiti per la partecipazione dei consorzi alle gare, in quanto il bando richiede che i requisiti speciali di partecipazione siano dimostrati nella misura del 60 per cento dal consorzio e nella misura del 40 per cento dalle consorziate indicate come esecutrici.

In definitiva la R.I.Dal. S.r.l., che non ha partecipato alla gara, sostiene che le suddette clausole del bando siano tali da restringere indebitamente la possibilità di partecipazione.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall’Autorità nell’istruttoria procedimentale, la stazione appaltante, nella memoria trasmessa, ha innanzitutto precisato che il criterio del tempo di consegna dei pasti incide in modo preponderante sulla qualità degli stessi, ed è pertanto un’indispensabile misura di salvaguardia a garanzia della salute degli utenti.

La stessa, inoltre, dopo aver rappresentato che l’appalto in questione rientra fra i servizi di cui all’allegato II B del d.lgs. 163/2006 e non è pertanto soggetto all’intera disciplina recata dal codice dei contratti, ha precisato che i requisiti richiesti devono essere posseduti dal consorzio e dall’impresa per la quale il consorzio partecipa, nella misura rispettivamente del 60 per cento e del

40 per cento, al fine di richiedere una qualificazione professionale e un'esperienza specifica anche all'impresa esecutrice, e non anche alle altre singole imprese consorziate.

Ha infine segnalato che la società istante non ha partecipato alla gara, né ha impugnato il bando.

Il comune di Lucera conclude facendo presente di avere aggiudicato la gara in via definitiva in data 24 giugno 2014.

### **Ritenuto in diritto**

La richiesta di parere in oggetto riguarda la legittimità dei requisiti di partecipazione previsti dal bando per l'affidamento del servizio di mensa scolastica in oggetto.

In primo luogo, l'istante contesta il requisito di partecipazione del «possesso di una cucina nel raggio di 50 km». Sul punto occorre precisare che il bando richiede in realtà, fra i requisiti di partecipazione, al punto III.4 lett. k), «il possesso pieno ed incondizionato, almeno fino al mese di maggio 2017, di un centro di cottura, in virtù di un titolo di proprietà o di locazione o di comodato o di altro titolo o contratto [...] posto a una distanza da Lucera tale da garantire, con l'impiego di un numero adeguato di mezzi idonei e di personale, l'arrivo dei pasti a tutti i refettori, presso le sedi scolastiche indicate nel Capitolato speciale, entro 50 minuti dal confezionamento degli stessi». Si richiama in proposito la deliberazione Avcp n. 22 dell'8 maggio 2013, dove è espressamente chiarito che «riguardo alla previsione tra i requisiti di partecipazione, a pena di esclusione, della disponibilità di un centro di cottura per tutta la durata dell'appalto, si osserva che il requisito medesimo deve sempre essere previsto solo nella forma di "impegno" per l'aggiudicatario, affinché risulti in linea con i principi di libera concorrenza, di libertà di stabilimento, di libera prestazione dei servizi e di parità di trattamento (par. 2.2.1 della Comunicazione Interpretativa 2006/C 179/02 della Commissione UE sul diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici; deliberazione Avcp n. 45 del 13 luglio 2010)».

Con parere di precontenzioso n. 18 del 20 febbraio 2013 e deliberazione n. 47 del 4 maggio 2011 è stato evidenziato infatti che, *a causa della richiesta capacità organizzativa aggiuntiva per l'impresa, si determinerebbe un elemento di distorsione dei costi del partecipante alla procedura di gara (Cons. St., Sez. V, n. 3887/2010)*.

Di converso, poiché sulla qualità dei pasti influisce comunque in modo preponderante il tempo di consegna, tale criterio può essere utilizzato ai fini dell'attribuzione del punteggio all'offerta qualitativa, non assurgendo in tal caso al rango di requisito di partecipazione alla gara, ma riflettendo esclusivamente l'esigenza di assicurare la migliore qualità del servizio di refezione scolastica in appalto (Deliberazione Avcp n. 47/2011).

Sulla base dei suesposti principi, si ritiene illegittimo richiedere il «possesso pieno e incondizionato, almeno fino al mese di maggio 2017» di un centro di cottura, ai fini della partecipazione. La considerazione del tempo di consegna può invece trovare spazio nell'attribuzione del punteggio relativo all'offerta qualitativa.

L'istante lamenta altresì la violazione dell'art. 35 del d.lgs. 163/2006 in quanto il bando richiede, nel caso dei consorzi, che i requisiti speciali di partecipazione siano dimostrati nella misura del 60 per cento dal consorzio e nella misura del 40 per cento dalle consorziate indicate come esecutrici. Sul punto il comune di Lucera ha precisato che l'appalto in questione rientra fra i servizi di cui all'allegato II B del d.lgs. 163/2006 e non è pertanto soggetto all'intera disciplina recata dal codice dei contratti. Ha inoltre specificato che i requisiti richiesti devono essere posseduti dal consorzio e dall'impresa per la quale il consorzio partecipa, e non anche dalle altre singole imprese consorziate. L'art. 35 del d.lgs. 163/2006, di cui si lamenta la violazione, disciplina la partecipazione dei consorzi alle gare nei seguenti termini: «I requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all'articolo 34, comma 1, lettere b) e c), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi, secondo quanto previsto dal regolamento, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole

imprese consorziate». Il d.P.R. 207/2010, nello specificare il dettato del citato art. 35, prevede, all'art. 277, comma 3, che «per la partecipazione del consorzio alle gare, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi posseduti dai singoli consorziati relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo sono sommati; i restanti requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi sono sommati con riferimento ai soli consorziati esecutori».

La norma è stata interpretata nel senso che il possesso del requisito in capo al consorzio deve ritenersi soddisfatto con il possesso dello stesso da parte delle imprese esecutrici del servizio (cfr. T.A.R. Lombardia, Sez. III, sent. n. 2236/2013). Tale orientamento risulta in linea con la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 10 maggio 2013, n. 2563, a tenore della quale la locuzione «posseduti e comprovati dagli stessi» è meramente ricognitiva della facoltà, in capo al consorzio stabile, di decidere come provare il possesso dei requisiti, se, cioè, con attribuzioni proprie e dirette del consorzio, oppure con quelle dei consorziati (Parere di precontenzioso n.17 del 5 agosto 2014). Premesso ciò, si evidenzia che la gara in esame ha tuttavia ad oggetto un servizio di cui all'allegato II B, e come tale essa non è soggetta alle disposizioni del d.lgs. 163/2006 se non nei limiti di cui all'art. 20 («*I. L'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dall'articolo 68 (specifiche tecniche), dall'articolo 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento), dall'articolo 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati)*). *Ai sensi del successivo art. 27, «L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità [...]».*

Conseguentemente assume valore dirimente l'analisi della disciplina di gara.

Il bando in questione non menziona l'art. 35 e disciplina autonomamente i requisiti di partecipazione dei consorzi alla gara. In particolare, la stazione appaltante ha chiarito che i requisiti di cui al punto III.4 lett. g) del bando («Aver realizzato, nell'ultimo triennio 2011-2013, un fatturato globale d'impresa ed un fatturato complessivo per gli stessi servizi oggetto della presente gara (mensa o refezione scolastica) di importo almeno pari all'importo del presente appalto (euro 1.496.880,00 escluso Iva)») e alla successiva lett. n) («aver prodotto negli ultimi tre anni almeno 356.400 pasti per mense scolastiche, gestite regolarmente e con buon esito») sono richiesti in capo al consorzio e in capo alla singola consorziata esecutrice, nella misura rispettivamente del 60 per cento e del 40 per cento.

Per costante orientamento della giurisprudenza amministrativa e dell'Avcp, la stazione appaltante può fissare, nell'ambito della propria discrezionalità, requisiti di partecipazione ad una gara di appalto più rigorosi e restrittivi di quelli minimi stabiliti dalla legge, purché, tuttavia, tali prescrizioni si rivelino rispettose dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, non limitino indebitamente l'accesso alla procedura di gara e siano giustificate da specifiche esigenze imposte dal peculiare oggetto dell'appalto (Cons. Stato, Sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2304). L'adeguatezza e la proporzionalità dei requisiti richiesti dalla documentazione di gara vanno, dunque, valutate con riguardo all'oggetto dell'appalto e al concreto interesse dell'amministrazione a una certa affidabilità del proprio interlocutore contrattuale, avuto riguardo alle prestazioni oggetto di affidamento (Pareri Avcp n. 46 del 10 marzo 2011 e n. 76 del 15 aprile 2010).

Detto questo, si evidenzia che nel caso di specie il fatturato globale nell'ultimo triennio pari all'importo a base d'asta può giudicarsi congruo e proporzionato. In generale, infatti, è stata ritenuta non incongrua o sproporzionata, né limitativa dell'accesso alla gara la richiesta di un fatturato globale, nel triennio pregresso, sino al doppio dell'importo posto a base della stessa (pareri Avcp n. 95 del 13 maggio 2010 e n. 19 del 28 gennaio 2010). La clausola del bando che introduce il fatturato aziendale/globale come requisito di partecipazione deve tuttavia essere motivata in relazione, ad esempio, alla entità, alla complessità oppure alla specificità dell'appalto, nel rispetto del principio di proporzionalità, in quanto l'art. 41 del Codice reca la previsione esplicita secondo la quale sono illegittimi i criteri di qualificazione che fissano, senza congrua motivazione, limiti di

accesso connessi al fatturato (Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012).

Nel caso in esame, la stazione appaltante ha ritenuto di introdurre lo specifico requisito contestato quale «garanzia imprescindibile per una maggiore tutela dei fruitori del servizio, ossia che anche la ditta che deve preparare di fatto e fornire i pasti agli alunni delle scuole, debba avere un'esperienza diretta nell'attività di cui trattasi, sebbene minima (40%), a prescindere dalle garanzie che un consorzio può fornire a distanza».

La predetta richiesta risulta, pertanto, esente da vizi apparenti di illogicità ed irragionevolezza, così da configurarsi non arbitrariamente restrittiva della concorrenza, ma unicamente ispirata a far valere legittime istanze precauzionali a tutela dell'interesse pubblico e a garanzia del miglior svolgimento del servizio di mensa scolastica.

Per le ragioni sopra esposte si ritiene, quindi, legittima la previsione del bando relativa al possesso dei requisiti speciali sia in capo al consorzio sia in capo alla consorziata designata quale esecutrice.

In base a quanto sopra considerato,

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione,

- illegittima la previsione, tra i requisiti di partecipazione, del possesso di un centro di cottura per tutta la durata dell'appalto;
- legittima la previsione del bando relativa al possesso dei requisiti speciali sia in capo al consorzio sia in capo alla consorziata designata quale esecutrice.

*Raffaele Cantone*

Depositato presso la segreteria del consiglio in data 5 novembre 2014

Il Segretario Maria Esposito