

Parere n.104 del 9/12/2014

PREC 229/14/S

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. 163/2006 presentata da Consorzio Terzo Settore Società di Servizi Sociali soc. coop. sociale – Procedura di gara aperta per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare sociale e integrata a favore di cittadini con disabilità – Importo a base di gara: euro 162.000,00 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – S.A.: Comune di Marcianise (CE)
Consorzi di cooperative ex art. 34, comma 1, lett. b), d.lgs. 163/2006 – Appalti di servizi – Requisiti speciali di partecipazione – Criterio del cumulo alla rinfusa

In una procedura di gara per l'affidamento di servizi, i requisiti economico-finanziari diversi da quelli concernenti le risorse materiali e di organico di cui all'art. 35, d.lgs. 163/2006 possono essere sommati soltanto con riferimento a quelli posseduti dalle consorziate indicate come esecutrici del contratto.

Artt. 34, comma 1, lett. b), 35, 37, comma 7, del d.lgs. 163/2006

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza del 2.7.2014, integrata in data 7.7.2014, nell'ambito della procedura di gara aperta indetta dal Comune di Marcianise per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare sociale e integrata a favore di cittadini con disabilità, il Consorzio Terzo Settore Società di Servizi Sociali soc. coop. sociale ha domandato un parere sulla contestata illegittimità dell'esclusione disposta nei suoi confronti per carenza dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale richiesti dall'art. 4.3 del bando di gara.

L'art. 4.3 del bando di gara prescrive: «Ai sensi dell'art. 41 e 42 del D.Lgs. 163/06, i soggetti, per poter partecipare alla gara, dovranno possedere i seguenti requisiti di capacità economica finanziaria e di capacità tecnica professionale: a) aver realizzato negli ultimi tre esercizi finanziari documentabili (anni 2010, 2011, 2012), un fatturato globale pari ad almeno il doppio del valore complessivo dell'appalto; - b) aver realizzato un fatturato specifico, per servizi identici e/o analoghi (servizi a favore di persone con disabilità e/o bisognevoli di assistenza di tipo socio sanitaria), negli ultimi tre anni scolastici (2010, 2011 e 2012) pari almeno all'importo dell'appalto. Il presente requisito viene richiesto al fine di assicurare che il concorrente sia in possesso di un'esperienza specifica nel campo dei servizi di assistenza domiciliare per cittadini con disabilità e di una organizzazione aziendale, nel settore del presente appalto, tale da garantire il corretto espletamento dello stesso».

Al fine di soddisfare il possesso dei requisiti richiesti, il Consorzio indicava l'esperienza di una delle cooperative consorziate, non esecutrice dell'appalto, mentre la stazione appaltante ha ritenuto che i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale dovessero essere sommati con riferimento alle sole consorziate indicate come esecutrici.

Con l'istanza di parere presentata, il consorzio chiede un parere in ordine alla possibilità che i requisiti speciali di partecipazione previsti dal bando di gara siano soddisfatti anche esclusivamente in ragione dell'esperienza della consorziata non indicata come esecutrice del servizio.

La comunicazione di avvio dell'istruttoria è stata notificata alle parti con nota del 16.9.2014. In data 26.9.2014 perveniva memoria dell'operatore economico controinteressato Consorzio Icaro. In data 29.9.2014 la stazione appaltante ha trasmesso il provvedimento di esclusione del 25.6.2014 insieme alla sentenza del Consiglio di Stato n. 2563/2013.

Ritenuto in diritto

La questione che è sottoposta all'attenzione dell'Autorità con la richiesta di parere attiene alla

legittimità del provvedimento di esclusione adottato dal Comune di Marcianise nei confronti del Consorzio Terzo Settore Società di Servizi Sociali soc. coop. sociale per aver quest'ultimo partecipato alla procedura di gara indicando il possesso del requisito di capacità tecnica posseduto in capo a una delle cooperative consorziate non risultante esecutrice dell'appalto. Quindi né il consorzio in proprio né la consorziata indicata come esecutrice dell'appalto risulterebbero in possesso del requisito di capacità tecnica (fatturato specifico) richiesto dal bando di gara. Il consorzio istante sostiene l'illegittimità del provvedimento di esclusione dalla procedura di gara sulla base dei principi espressi dal Consiglio di Stato nella sentenza 10.5.2013, n. 2563 in tema di cumulo alla rinfusa dei requisiti speciali di partecipazione. Invece, la stazione appaltante e la società cooperativa controinteressata, intervenute nel procedimento, si oppongono alla tesi dell'istante rilevando che il principio del cumulo alla rinfusa si applica limitatamente alle imprese consorziate indicate come esecutrici del contratto come anche dimostrerebbe la stessa sentenza del Consiglio di Stato citata dall'istante.

Al fine di rispondere al quesito, occorre preliminarmente chiarire quale sia la natura giuridica del consorzio istante e quale il quadro di regole giuridiche di riferimento dettato dal d.lgs. 163 del 2006 per tali tipologie di concorrenti.

Come dichiarato nella memoria trasmessa in atti dall'operatore economico istante, il Consorzio Terzo Settore Società di Servizi Sociali soc. coop. sociale è un consorzio (di secondo grado) di cooperative, di cui all'art. 27, d.lgs. C.P.S. 14.12.1947, n. 1577, ammesso a partecipare alle gare d'appalto ai sensi dell'art. 34, lett. b), d.lgs. 163/2006.

Per tali tipologie di consorzio, la giurisprudenza ha osservato che trattasi di «concorrente alla gara che partecipa e stipula in nome proprio, ancorché nell'interesse dei consorziati, che vanno specificamente indicati» (cfr. Cons. St., sez. VI, n. 8720/2009). Le cooperative consorziate si pongono rispetto alla struttura consortile in un rapporto di carattere organico, il consorzio essendo «l'unico soggetto interlocutore dell'amministrazione appaltante, che in quanto tale partecipa alla procedura non come mandatario ma *ex se* come portatore di un interesse proprio, anche se finalisticamente collegato allo scopo mutualistico delle consorziate, destinato ad assumere la veste di parte del contratto, con relativa assunzione in proprio di tutti gli obblighi, gli oneri e le responsabilità» (cfr. Cons. St., Sez. VI, sent. n. 2183/2003). Per quanto il consorzio costituisca «di per sé un soggetto autonomo, disciplinato da una normativa speciale di favore (in considerazione dello scopo mutualistico), sono sempre le singole società consorziate, non prive di autonoma personalità e soprattutto di distinta organizzazione d'impresa, ad assumere concretamente le opere (ed i servizi) in appalto attraverso il consorzio appositamente costituito» (cfr. Cons. St., sez. V, 5.9.2005, n. 4477).

Ai sensi dell'art. 37, comma 7, d.lgs. 163/2006 i consorzi di cui all'art. 34, comma 1, lett. b) del d.lgs. 163/2006 «*sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara*». Quindi, il consorzio interviene in gara partecipando per le imprese indicate come esecutrici del contratto e l'indicazione di tali imprese condiziona la partecipazione in via autonoma delle stesse alla procedura nel senso che è ad essere vietata ogni forma di partecipazione, divieto non previsto per le altre imprese consorziate che non compaiono come esecutrici del contratto. La disciplina dettata all'art. 37 del Codice sopra citato è analoga alla disciplina dettata per i consorzi stabili all'art. 36, comma 5, d.lgs. 163/2006 con i quali il consorzio di cooperative come quello in esame condivide la natura mutualistica ed il rapporto organico con le imprese consorziate. Con il consorzio stabile il consorzio di cooperative condivide anche la previsione generale di cui all'art. 35, d.lgs. 163/2006 in tema di requisiti di partecipazione alle gare e che prescrive: «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». La disamina della norma fa

emergere che, con riferimento al possesso di risorse materiali qualificanti il consorzio quali attrezzature, mezzi d'opera e organico, è consentita certamente una qualificazione in gara sulla base del cumulo delle risorse predette possedute da tutte le imprese consorziate a prescindere che siano o meno indicate come soggetti esecutori del contratto; la norma non chiarisce, però, come debba avvenire la qualificazione rispetto ai restanti requisiti di natura tecnica e finanziaria che venissero richiesti ai fini della partecipazione ad una procedura di gara di appalto, rinviando sul punto al regolamento.

Con riferimento ai consorzi stabili, il Consiglio di Stato (sez. VI), nella sentenza n. 2563/2013 tratta in realtà la questione del possesso dei requisiti speciali di partecipazione in capo alle consorziate indicate come esecutrici dell'appalto. Nella sentenza citata dalle parti il Collegio ha osservato che «la disposizione sulle attrezzature, mezzi d'opera e organico contenuta nell'art. 35 d.lgs. n. 263/2006 (...) non può essere interpretata restrittivamente argomentando *a contrariis*, ma deve essere interpretata in modo estensivo, nel senso che essa sancisce l'applicazione, in ogni caso e in qualsiasi periodo di vita del consorzio stabile, del criterio del cumulo alla rinfusa per i requisiti da essa specificamente menzionati (...). Inoltre, sul piano dell'interpretazione letterale, la locuzione "posseduti e comprovati dagli stessi" è suscettibile di essere interpretata come 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. Tale approccio interpretativo s'impone sulla base del rilievo, di natura sistematica, che il modulo del consorzio stabile, quale delineato dagli artt. 34 e 36 d.lgs. n. 163 del 2006, concretizza un'impresa operativa che fa leva sulla causa mutualistica e realizza, nella sostanza, una particolare forma di avvalimento che poggia direttamente sul patto consortile e sulla causa mutualistica. Tali connotati del modulo organizzativo e gestionale in esame consentono al consorzio di avvalersi di qualsiasi contributo (in termini di requisito) dei consorziati, senza dover ricorrere allo strumento dell'avvalimento ex art. 49, d.lgs. n. 163/2006, fermo restando che, in alternativa, il consorzio può qualificarsi con requisiti posseduti in proprio e direttamente». Per i consorzi stabili e nell'ambito degli appalti di servizi e forniture, l'art. 35 del Codice ha trovato attuazione all'art. 277, d.p.r. 207/2010 che, al comma 3, ha dettato la seguente disciplina sulla qualificazione in gara di tali operatori economici: «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». L'interpretazione e l'attuazione dell'art. 35 del Codice anche alla luce della citata sentenza del Consiglio di Stato è stata, quindi, nel senso di consentire che i requisiti economico-finanziari - diversi da quelli concernenti la disponibilità di attrezzature e mezzi d'opera e organico medio annuo - ove non posseduti dal consorzio in proprio, possano essere sommati in capo alle imprese consorziate indicate come esecutrici del contratto.

Anche se la previsione regolamentare così come la sentenza del Consiglio di Stato richiamata dalle parti sono attinenti alla categoria del consorzio stabile ex art. 34, comma 1, lett. c) del d.lgs. 163/2006, è avviso di questa Autorità che i medesimi principi debbano trovare applicazione anche ai consorzi ex art. 34, comma 1, lett. b) del d.lgs. 163/2006 in ragione delle analogie riscontrate in ordine alla natura giuridica ed alla disciplina degli stessi.

Si richiama, quindi, riguardo quanto osservato dalla soppressa AVCP nel parere AG 49/2013 ove è stato rilevato: «L'art. 37, che detta la disciplina per i raggruppamenti temporanei di imprese e consorzi ordinari di concorrenti, riserva ai soggetti di cui all'art. 34, comma 1, lett. b) una disciplina specifica, affermando che tali consorzi "sono tenuti a indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara; in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio, sia il consorziato; in caso di inosservanza di tale divieto, si applica l'art. 353 del codice penale". Ne deriva una disciplina complessa la quale, pur essendo collocata - sotto il profilo sistematico - nell'articolo dedicato ai Raggruppamenti temporanei di imprese e ai consorzi ordinari di

concorrenti, appare più simile a quella che invece il Codice dedica ai consorzi stabili, di cui all'art. 36. La simmetria è evidente laddove si ponga mente alla norma che presiede alla partecipazione dei consorzi stabili alle gare, che prevede che questi "sono tenuti a indicare in sede di offerta per quali consorziati il consorzio concorre; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara; in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio, sia il consorziato; in caso di inosservanza di tale divieto si applica l'articolo 353 del codice penale" (art. 36, comma 5). Peraltro, tale analogia appare confermata anche dalla norma di cui all'art. 35 ove – con riguardo ai requisiti di idoneità tecnica e finanziaria - i consorzi di cooperative e i consorzi stabili sono destinatari della medesima disciplina per la comprova finalizzata all'ammissione alle procedure di gara "secondo quando 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" (art. 35). Sul punto, dunque, la giurisprudenza non ha tratto conclusioni diverse». Nel parere citato si legge altresì: «I consorzi di cooperative sono, in altri termini, equiparati *quoad naturam* ai consorzi stabili e non ai consorzi ordinari. (...) Sotto il profilo sostanziale, l'analogia di disciplina tra i consorzi stabili e i consorzi di cooperative appare peraltro costituzionalmente conforme, in quanto realizza – per la partecipazione agli appalti pubblici – una di quelle forme di incentivazione alla mutualità che la Costituzione assegna alla legge per promuovere e favorire l'incremento della funzione sociale che la cooperazione rappresenta».

Si condivide, quindi, la tesi espressa dalla stazione appaltante e dal consorzio controinteressato secondo cui i restanti requisiti di partecipazione, diversi da quelli espressamente indicati all'art. 35, d.lgs. 163/2006, possono essere cumulati solo con riferimento alle consorziate indicate come esecutrici del contratto. D'altro canto, come anche osservato dal consorzio controinteressato nella memoria trasmessa in atti, una tale applicazione dell'art. 35, d.lgs. 163/2006 garantisce che si eviti che la cooperativa indicata come unica esecutrice non abbia alcuna esperienza specifica nel settore oggetto dell'appalto (come avverrebbe nel caso concreto in cui il fatturato della consorziata esecutrice dell'appalto è specifico pari a 0).

Pertanto, sulla base delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il provvedimento di esclusione adottato dal Comune di Marcianise (CE) nei confronti del Consorzio Terzo Settore Società di Servizi Sociali soc. coop. sociale sia legittimo.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 13 gennaio 2015

Il Segretario Rosetta Greco