

Pubblicato il 28/05/2024

**N. 04761/2024REG.PROV.COLL.
N. 00501/2024 REG.RIC.**



R E P U B B L I C A I T A L I A N A
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 501 del 2024, proposto da

CSEL - Consorzio-Società Cooperativa Sociale in proprio e quale capogruppo mandataria di costituendo RTI con Demetra Società Cooperativa Sociale Onlus e Demetra Specialist s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 926515796C, rappresentata e difesa dagli avvocati Guido Greco, Manuela Muscardini e Paolo Provenzano, con domicilio digitale come da PEC Registri di giustizia;

contro

Consorzio Stabile ALPI s.c.a.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Luciano Salomoni ed

Andrea Santoro, con domicilio digitale come da PEC Registri di giustizia;

RTI Consorzio Comunità Brianza - Cooperative Sociali, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituito in giudizio;

nei confronti

Comune di Monza, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Maria Assunta Banza, Giancosimo Maludrott, Stefano Boeche e Paola Giovanna Brambilla, con domicilio digitale come da PEC Registri di giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Sezione Quarta) n. 2967/2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Consorzio Stabile ALPI s.c.a.r.l. e del Comune di Monza;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 marzo 2024 il Cons. Valerio Perotti ed uditi per le parti gli avvocati Greco, Santoro, Banza e Provenzano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato il 29 luglio 2022, il Comune di Monza indiceva una procedura aperta per l'affidamento del servizio di manutenzione e gestione del verde comunale per un periodo di quarantotto mesi, con opzione di rinnovo per ulteriori quattro anni, da aggiudicare sulla base

del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Con determinazione n. 900 del 14 giugno 2023 il servizio veniva aggiudicato al costituendo RTI composto dalla mandataria CSEL - Consorzio Società Cooperativa Sociale e dalle mandanti Demetra Società Cooperativa Sociale Onlus e Demetra Specialist s.r.l., con il punteggio di 88,32 punti.

Avverso tale aggiudicazione il secondo classificato Consorzio Stabile Alpi s.c.a.r.l., mandatario di costituendo RTI con il Consorzio Comunità Brianza, proponeva ricorso al Tribunale amministrativo della Lombardia, censurando in particolare l'art. 6.4 del disciplinare di gara nella parte in cui non prevedeva come obbligatoria la corrispondenza tra la quota di prestazioni che un'impresa facente parte di un RTI orizzontale si impegnava ad eseguire ed il possesso, da parte della medesima impresa, dei requisiti di capacità professionale per lo svolgimento di detta prestazione.

Il gravame era affidato ai seguenti motivi di impugnazione:

- 1) *violazione e falsa applicazione degli artt. 6.3 lett. a) e 7 del disciplinare di gara, nonché degli artt. 83, comma 4, e 89, comma 1, del D.Lgs. 50/2016, eccesso di potere per difetto di istruttoria e difetto di motivazione, violazione dell'art. 3 l. 241/90, illogicità e contraddittorietà manifeste;*
- 2) *in via gradata. Violazione e falsa applicazione degli artt. 6.3 lett. a) e 7 del Disciplinare di gara, nonché degli artt. 83, comma 4, e 89, comma 1, del D.Lgs. n. 50/2016, sotto diverso profilo;*
- 3) *in via subordinata. Violazione e falsa applicazione degli artt. 17.3 e 17.4 del Disciplinare di gara, eccesso di potere per carenza di istruttoria e difetto di motivazione, violazione dell'art. 3 della legge 241/90 per*

carenza assoluta di motivazione.

Costituitosi in giudizio, il Comune di Monza concludeva per l'infondatezza del gravame, chiedendo che fosse respinto.

Anche la controinteressata CSEL si costituiva, analogamente insistendo per il rigetto del ricorso. La stessa proponeva altresì ricorso incidentale, con cui chiedeva l'annullamento del punto 6.3 del Disciplinare di gara nella parte in cui includeva il requisito del fatturato specifico di cui alla lettera a) tra quelli di “*capacità tecnica e professionale*”, nonché del chiarimento n. 12 e del punto 6.5 del

disciplinare, ove si fosse dovuto ritenere che gli stessi avessero imposto di ricorrere ad avvalimento anche in caso di utilizzo, da parte di un consorzio di cooperative, dei requisiti delle consorziate designate quali esecutrici.

Con sentenza 9 dicembre 2023, n. 2967, il giudice adito, previa reiezione del ricorso incidentale, accoglieva quello principale, per l'effetto annullando la determinazione n. 900 del 14 giugno 2023, “*con gli effetti di cui in motivazione*”.

Avverso tale decisione il Consorzio CSEL interponeva appello, articolato nei seguenti motivi di impugnazione:

- 1) *In via principale. Erroneità dell'appellata sentenza per aver giudicato nulli i contratti di avvalimento prodotti in sede di gara.*
- 2) *In via subordinata. Erroneità del decisum del TAR per violazione dell'art. 83, co. 4 del d.lgs. n. 50/2016. – Violazione dell'allegato XVII al d.lgs. 50/2016 – Eccesso di potere per irragionevolezza e travisamento dei fatti.*

Il Comune di Monza si costituiva in giudizio, concludendo per l'accoglimento dell'appello.

Anche il Consorzio Stabile ALPI s.c.a.r.l. si costituiva, insistendo invece per la reiezione del gravame, siccome infondato.

Successivamente le parti ulteriormente precisavano, con apposite memorie, le le rispettive tesi difensive ed all'udienza del 13 marzo 2024 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con il primo, articolato motivo di appello vengono dedotte, nell'ordine, le seguenti censure:

a1) *in primis*, erroneamente il TAR avrebbe ritenuto “*nulli per indeterminatezza dell'oggetto*” i due contratti di avvalimento “gemelli” “stipulati tra il CSEL con le consorziate Solaris lavoro e ambiente soc. coop. sociale onlus e Cascina Biblioteca s.c.s.s., trattandosi di contratti di avvalimento parziali, che il Consorzio capogruppo aveva (solo) prudenzialmente stipulato con due delle proprie consorziate designate per l'esecuzione dell'appalto.

Invero, valendo per i consorzi di cooperative (come nel caso in esame) il principio secondo cui deve operarsi una sostanziale equiparazione, del patto consortile all'avvalimento di consorziate che vengono designate per l'esecuzione del servizio, non sarebbe a rigore necessario dar vita ad un aggravio del procedimento attraverso la stipula di formali contratti di avvalimento.

Al riguardo, sempre in via prudenziale l'odierno appellante aveva proposto, nel precedente grado di giudizio, un ricorso incidentale per impugnare il chiarimento n. 12 (ed il punto 6.5 del Disciplinare, cui lo stesso si riferiva), deducendo che gli stessi dovevano considerarsi illegittimi laddove interpretati nel senso che gli stessi imponessero ai

Consorzi di cooperative di ricorrere all’istituto dell’avalimento anche nel caso in cui i requisiti fossero portati in dote agli stessi, non già dalle consorziate rimaste “estranee” alla gara (secondo lo schema del c.d. “cumulo alla rinfusa”), bensì – come nel caso di specie – da quelle “intranee” alla medesima gara, essendo state in essa indicate quali esecutrici.

Nel respingere le difese dell’odierno appellante, il primo giudice rilevava che *“in forza di quanto previsto dall’art. 47, d.lgs. 50/2016 e del punto 6.5 del disciplinare di gara, i consorzi di cui all’articolo 45, comma 2, lettera b), d.lgs. n. 50/2016 devono possedere i requisiti in proprio ad eccezione di quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d’opera, nonché all’organico medio annuo che sono computati cumulativamente in capo al consorzio pur se posseduti dalle singole imprese consorziate”*; per l’effetto, *“i due contratti di avvalimento stipulati con le consorziate e, dunque, anche il contratto stipulato tra la Demetra Specialist e la Demetra Onlus non sono, pertanto, irrilevanti”*.

Tale conclusione muoveva dal presupposto secondo cui il raggruppamento odierno appellante avrebbe in tale sede *“invocato previsioni normative e pronunce giurisprudenziali che, nel ritenere ammissibile il meccanismo del c.d. cumulo alla rinfusa dei requisiti [...] senza necessità di ricorrere all’avalimento, si riferiscono specificatamente ai consorzi stabili [...] e non ai consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro”*; in quanto non inquadrabile come consorzio stabile, a CSEL sarebbe preclusa la possibilità di ricorrere al meccanismo del cd. “cumulo alla rinfusa”.

A ciò aggiungasi che i contratti stipulati tra il Consorzio CSEL e le

consorziate indicate quali esecutrici comunque possedevano i requisiti di validità dei contratti di avvalimento, poiché vi si precisava che il Consorzio “*sebbene tecnicamente ed economicamente organizzato*” è “*parzialmente carente del requisito [...] previsto dall’art. 6.3, lett. a)*” e che in ordine a detto requisito le consorziate si impegnavano a mettere a disposizione “*la [...] capacità tecnica e professionale connessa all’esecuzione con buon esito [...] di servizi analoghi di manutenzione del verde sopra elencati, di cui parzialmente difetta l’ausiliata*”.

Quanto all’oggetto della prestazione, “*in particolare saranno messe a disposizione per l’esecuzione delle prestazioni le risorse umane, congruenti a quanto previsto e dettagliato nell’offerta tecnica, dipendenti dall’ausiliaria, che verrà direttamente incaricata dell’esecuzione delle prestazioni quale consorziata esecutrice*”, nonché “*la propria struttura organizzativa, la propria esperienza pluriennale nell’esecuzione di servizi di manutenzione del verde e le proprie attrezzature e mezzi*”, “*i propri protocolli, prassi e piani di formazione e addestramento*” e “*in generale il proprio know-how maturato nella gestione dei servizi sopra descritti*”.

La specificità di tali indicazioni varrebbe pertanto a confutare quanto ritenuto dal TAR circa la nullità dei contratti in questione per indeterminatezza dell’oggetto; né potrebbe parlarsi di “*clausole generiche che non consentono di individuare personale, risorse e mezzi concretamente messi a disposizione*”, atteso che le imprese “ausiliarie”, lunghi dall’essere dei semplici soggetti “terzi” limitatisi a “prestare” dei requisiti, erano al contempo, come riportato espressamente in entrambi i contratti, “*direttamente incaricat(e) dell’esecuzione delle prestazioni qual(i) consorziat(e) esecutric(i)*”; esecuzione che non avrebbe potuto

che avvenire mediante le stesse risorse di personale e gli stessi macchinari già contemplati in sede di offerta (al punto 6.5 del disciplinare si legge che “*i requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera [...] sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate*”).

Il motivo è fondato.

Va in primo luogo riconosciuta, alla luce delle risultanze di causa, la pratica inutilità dei contratti di avvalimento (parziali) stipulati tra il Consorzio odierno appellante e due società consorziate già designate per l'esecuzione dell'appalto, in ragione del fatto che, trattandosi di consorzio tra cooperative di produzione e lavoro, doveva comunque operarsi una “*sostanziale equiparazione del patto consortile all'avvalimento di consorziate che vengono designate per l'esecuzione del servizio*” (*ex multis*, Cons. Stato, III, 13 dicembre 2021, n. 8316).

Risulta dagli atti che i contratti di cui trattasi erano intercorsi tra la mandataria (Consorzio CSEL) e le consorziate “Solaris Lavoro e Ambiente” e “Cascina Biblioteca”, laddove queste ultime già erano state designate per l'esecuzione dell'appalto: deve quindi riconoscersi che il chiarimento n. 12 della stazione appaltante ed il punto 6.5 del Disciplinare andavano intesi nel senso di non imporre ai Consorzi di cooperative il ricorso all'istituto dell'avvalimento nel caso in cui i requisiti di partecipazione fossero posseduti non già da consorziate rimaste “estranee” alla gara (secondo lo schema del c.d. “cumulo alla rinfusa”), bensì – proprio come verificatosi nel caso in esame – da quelle sin dall'inizio indicate quali esecutrici ai fini della gara di cui trattasi.

Invero, una volta riconosciuto che le consorziate di un consorzio di

cooperative (tanto più quelle indicate in sede di gara quali esecutrici) “*costituiscono [...] articolazioni organiche del soggetto collettivo, ossia suoi interna corporis*” (Cons. Stato, V, 17 luglio 2017, n. 3505), non può che concludersi per l’inutilità (e, comunque, la giuridica irrilevanza) di un eventuale contratto di avvalimento tra consorzio e consorziate indicate quali esecutrici.

Del resto, non avrebbe alcun senso pratico pretendere il ricorso all’istituto dell’avvalimento tra soggetti operanti nell’ambito di un medesimo rapporto consortile, non operando in tale contesto il presupposto di cui all’art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016, ossia l’*alterità* (o terzietà) dell’impresa ausiliaria rispetto all’ausiliata, dovendosi qualificare le ditte consorziate quali semplici “articolazioni organiche” del Consorzio (di cui facciano parte) partecipante alla gara.

E’ dunque corretta l’obiezione dell’appellante secondo cui nel caso di specie non vi era alcuna ragione giuridica (o logica) che le imponesse la stipula del contratto di avvalimento con uno o più soggetti che – lunghi dal costituire tecnicamente un “*altr(o) soggetto*” rispetto all’ausiliato, come previsto dall’art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016 nel definire l’ausiliaria, ne costituissero invece una mera “articolazione organica”.

In questi termini neppure rileva (*ex multis*, Cons Stato, III, 9 ottobre 2023, n. 8767; V, 11 luglio 2023, n. 6777) il richiamo operato in sentenza all’istituto del cd. “cumulo alla rinfusa”, destinato ad operare nella sola ipotesi – che qui non rileva – in cui un Consorzio abbia speso in sede di gara i requisiti di consorziate non incaricate quali esecutrici: nel caso in esame, invece, è pacifico che il Consorzio CSEL avesse fatto ricorso (in parte) a requisiti posseduti da due consorziate indicate quali esecutrici.

Del resto, il richiamato punto 6.5 del Disciplinare era chiaro nel prevedere che i “*i requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera [...] sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate*”.

D'altra parte, va rilevato per mera completezza, le considerazioni svolte dal primo giudice in merito alla inoperatività, nel caso in esame, del cd. “cumulo alla rinfusa” dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate (senza necessità di ricorrere all'avvalimento) non risultano comunque pertinenti.

Rileva il primo giudice come tale fattispecie si riferisca specificamente ai consorzi stabili di cui all'art. 45, comma 2, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016 ma non anche a quelli di cui alla precedente lettera b), ossia i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro (quali il Consorzio CSEL), i quali sono invece tenuti a dimostrare il possesso (in capo al consorzio) dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria, essendo consentito il cumulo di quelli posseduti dalle singole imprese consorziate solo per le attrezzature, i mezzi d'opera e l'organico medio annuo.

Per “consorzi stabili” si intendono, ai sensi dell'art. 45, comma 2, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016, quelli “[...] formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa”.

Peraltro, la “*mancata indicazione formale di consorzio stabile non impedisce al soggetto di possedere sostanzialmente quest'ultima*

qualità" (Cons. Stato, III, 16 aprile 2019, n. 2493), atteso che tale natura "deve essere accertata sulla scorta di una ricostruzione sostanzialistica dei suoi tratti identificativi, così come delineati dall'art. 45, comma 2, lettera c), D.Lgs. n. 50/2016".

Natura che potrebbe a rigore riconoscersi all'odierno appellante, ove si consideri che lo stesso ne rispetterebbe tutti i requisiti: i) quello numerico (ossia che ad esso partecipino almeno tre consorziati, partecipando al Consorzio CSEL venticinque soci); ii) quello temporale (durata non inferire a cinque anni, laddove quella del Consorzio è fissata fino al 31 dicembre 2070); iii) quello teleologico, dato dall'espressa volontà delle consorziate di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici (ai sensi dell'art. 4 dello Statuto, "il Consorzio" risulta istituito, tra l'altro, per "partecipare a gare d'appalto e bandi in proprio ed in nome e per conto delle consorziate"); iv) quello strutturale, dato da una comune struttura di impresa (il Consorzio ha una propria sede legale e dispone di propri organi sociali, nonché di un proprio patrimonio sociale e di un proprio bilancio).

Alla luce dei rilievi che precedono, le considerazioni svolte dal primo giudice in ordine alla presunta indeterminatezza dell'oggetto dei contratti di avvalimento perdono quindi di rilevanza.

Altresì deve ritenersi irrilevante – contrariamente a quanto riportato in sentenza – il contratto (interno) di avvalimento stipulato tra Demetra Onlus e Demetra Specialist, utilizzato da quest'ultima per soddisfare il requisito del 3% del fatturato specifico.

Ai sensi dell'art. 6.5 del Disciplinare, il requisito del fatturato specifico (consistente nell'aver "svolto con buon esito, nel quadriennio 2018-2019-2020-2021 servizi analoghi [...] per un importo complessivo pari

o superiore ad € 10.000.000,00 I.V.A. esclusa") "deve essere soddisfatto dal raggruppamento temporaneo nel complesso", requisito che risulta assolto dal Consorzio CSEL anche a prescindere dal contratto di avvalimento "interno" di cui si tratta (dunque tenendo conto del solo fatturato di Demetra Onlus in aggiunta a quello di CSEL e delle due consorziate esecutrici): "eventuali imperfezioni o non conformità del contratto di avvalimento al modello legale del rapporto di avvalimento tecnico come interpretato dalla giurisprudenza, non ridondano in illegittimità della partecipazione e, conseguentemente dell'aggiudicazione, tutte le volte in cui si acclari l'irrilevanza o la superfluità dell'avvalimento in ragione del raggiungimento dei requisiti di ammissione alla gara mediante il raggruppamento temporaneo" (Cons. Stato, V, 26 maggio 2023, n. 5205).

In breve, "l'eventuale inadeguatezza o invalidità dell'avvalimento – dichiarato in sede di gara – non configura un mutamento della domanda di partecipazione, né una inammissibile contraddizione con quanto dichiarato nell'istanza, nel momento in cui il concorrente prova di essere comunque in possesso dei requisiti in relazione ai quali aveva dichiarato di far ricorso all'avvalimento" (Cons. Stato, V, 4 novembre 2019, n. 7498; in termini V, 12 settembre 2017, n. 4301).

L'accoglimento del primo motivo di appello, in ragione del suo carattere generale circa il possesso, da parte del Consorzio CSEL, dei requisiti richiesti per la partecipazione alla gara è assorbente anche delle censure proposte con il secondo profilo di gravame.

Alla luce dei rilevi che precedono, l'appello va dunque accolto. Le spese del doppio grado di giudizio possono essere integralmente compensate tra le parti, stante la relativa novità delle questioni esaminate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, per l'effetto respingendo, in riforma della sentenza impugnata, il ricorso originariamente proposto dal Consorzio Stabile A.L.P.I. s.c.a.r.l. Spese del doppio grado compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 marzo 2024 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere

L'ESTENSORE
Valerio Perotti

IL PRESIDENTE
Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL SEGRETARIO