

La portata innovativa (effettiva) del c.d. decreto legge sblocca-cantieri sul sistema di qualificazione dei consorzi stabili nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici

di Francesco Rossetti

Data di pubblicazione: 16-7-2021

Non è poi vero quanto sostiene l'originaria ricorrente, ovvero che ai sensi dell'art. 47 del Codice dei contratti pubblici, come modificato dal c.d. decreto sblocca-cantieri (decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 55) si sarebbe innovato il sistema di qualificazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici dei consorzi stabili. Ciò in particolare attraverso l'aggiunta alla citata disposizione del Codice di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, del comma 2-bis, che così dispone «(l)a sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara per l'affidamento di servizi e forniture è valutata, a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati». La disposizione, letta in combinato con la regola del c.d. cumulo alla rinfusa dei requisiti del consorzio stabile prevista dal medesimo art. 47, comma 1, deve ragionevolmente essere intesa nel senso che essa abbia inteso introdurre un onere di verifica dei requisiti di qualificazione da svolgere presso gli operatori economici partecipanti al consorzio stabile e che a quest'ultimo hanno apportato le loro rispettive capacità tecnico-professionali o economico-finanziarie. Dalla medesima disposizione non può invece desumersi che il singolo consorziato, indicato in gara come esecutore dell'appalto, debba essere a sua volta in possesso dei requisiti di partecipazione. Come sottolineano le parti appellanti ad opinare in questo senso verrebbero svuotate la finalità *pro* concorrenziali dell'istituto del consorzio stabile, oltre che il suo stesso fondamento causale, enunciato dall'art. 45, comma 2, lett. c), del Codice dei contratti pubblici, ed incentrato sullo stabile apporto di capacità e mezzi aziendali in una «*comune struttura di impresa*» deputata ad operare nel settore dei contratti pubblici ed unica controparte delle stazioni appaltanti, secondo quanto previsto dall'art. 47, comma 2, del Codice (cfr. in questo senso, da ultimo: Cons. Stato, V, 2 febbraio 2021, n. 964; 11 dicembre 2020, n. 7943).

1. La sentenza in commento costituisce un importante intervento interpretativo dei giudici di Palazzo Spada nella materia dei requisiti per la partecipazione dei consorzi stabili alle gare pubbliche. Essa illumina l'effettiva portata innovativa del c.d. decreto legge sblocca-cantieri (decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 55) sul sistema di qualificazione nelle procedure di affidamento di contratti pubblici dei consorzi stabili, affermando con precisione che l'introdotta comma 2 bis all'art. 47 del Codice, in combinato disposto con la regola del cumulo alla rinfusa dei requisiti del consorzio stabile di cui all'art. 47, comma 1, deve essere inteso come strumento per introdurre nel procedimento di gara un onere di verifica dei requisiti di qualificazione presso gli operatori economici partecipanti al consorzio stabile e che a quest'ultimo hanno apportato le loro rispettive capacità, ma non può essere inteso nel senso che il singolo consorziato indicato come esecutore dell'appalto debba

essere a sua volta in possesso dei requisiti di partecipazione.

Coerentemente con le finalità concorrenziali dell'istituto del consorzio stabile, il quale, ai sensi dell'art. 45, comma 2, lett. c), rileva come una "comune struttura di impresa" determinata dagli imprenditori individuali consorziati i quali abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici, l'interpretazione affermata dal Consiglio di Stato impedisce la paralisi del meccanismo del cumulo alla rinfusa dei requisiti del consorzio stabile, nonché, opina per un onere di verifica dei requisiti di qualificazione in capo ai singoli consorziati che non pregiudichi tuttavia la posizione del consorziato esecutore sprovvisto dei requisiti di partecipazione.

2. In particolare, la controversia oggetto della pronuncia qui in commento verte sull'annullamento degli atti di una procedura negoziata per l'affidamento del servizio di gestione di un asilo nido comunale operato dal Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio su ricorso di una cooperativa terza classificata in gara.

Il Tribunale di prime cure, in accoglimento del ricorso della cooperativa, accertava l'illegittimità della partecipazione alla gara delle concorrenti prime due classificate e in particolar modo del consorzio primo classificato considerato come la consorziata indicata quale esecutrice del servizio fosse sprovvista del requisito di idoneità professionale e qualificazione richiesti dal bando di gara; ciò poiché risultava iscritta alla camera di Commercio per le attività "altre attività di assistenza sociale; servizi sociali ausiliari alle famiglie, altre attività di assistenza sociale non residenziale NCA", e non anche per la specifica attività di "gestione del servizio di asilo nido". A tale conclusione giungeva il Tribunale sulla scorta della considerazione per cui, nell'appalto di servizi, la qualificazione del consorzio stabile si ottiene sommando i requisiti posseduti soltanto dalle imprese designate come esecutrici in sede di gara proprio in quanto in questo senso deporrebbe l'art. 47, comma 2, del d.lgs 50/2016 a seguito del correttivo che era stato introdotto all'articolo stesso dal d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, con il quale il legislatore aveva escluso la possibilità per i consorzi stabili di qualificarsi con i requisiti delle proprie consorziate non indicate come esecutrici delle prestazioni.

Si evidenzia come, in seguito alla novella di cui al d.lgs 19 aprile 2017, n. 56, con il c.d. decreto legge sblocca-cantieri (decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 55) il legislatore fosse nuovamente intervenuto sull'art. 47 del Codice degli appalti, modificando il comma 2 con il recepimento dell'orientamento della giurisprudenza per cui la possibile assegnazione a imprese del consorzio non configura subappalto, e introducendo il comma 2 bis di previsione di un onere di verifica dei requisiti richiesti dal bando in capo ai singoli consorziati.

Gravata la sentenza in appello, essa veniva riformulata e il ricorso della cooperativa respinto. Il giudice dell'appello, in primo luogo, ha ritenuto la consorziata esecutrice in possesso del requisito di idoneità professionale richiesto dal disciplinare di gara ancorché l'attività per la quale essa è iscritta alla Camera di commercio può dirsi, *ictu oculi*, coerente con il servizio di gestione di un asilo nido.

In secondo luogo, anche con riguardo al requisito di capacità tecnico-professionale consistente

nell'aver gestito servizi di asilo nido, esso risulta pacificamente posseduto dal consorzio, senza che, ai fini della legittimità della partecipazione dello stesso ai sensi del disciplinare di gara, i requisiti di qualificazione dovessero essere riferiti ai singoli componenti concorrenti in forma plurisoggettiva.

3. In ultima analisi, i giudici di Palazzo Spada giungono ad affermare, contrariamente a quanto sostenuto dall'originario ricorrente, che l'intervento modificativo sull'art. 47 avvenuto ad opera del c.d. decreto sblocca-cantieri non avrebbe innovato il sistema di qualificazione dei consorzi stabili ai fini delle procedure di affidamento dei contratti pubblici. Partendo dal dato letterale del comma 2-bis dell'art. 47 del Codice dei contratti pubblici, considerato in una prospettiva organica con tutto l'articolo e in particolare con il principio del cumulo alla rinfusa, il Collegio è giunto ad individuare una corretta interpretazione della disposizione nel senso che sia stato introdotto un onere di verifica dei requisiti di qualificazione da svolgere nei confronti dei consorziati i quali hanno apportato le rispettive capacità tecnico-professionali o economico-finanziarie; ma che da tale onere di verifica non possa desumersi che il singolo consorziato esecutore dell'appalto debba essere a sua volta in possesso dei requisiti di partecipazione. Dunque, ben ha potuto l'impresa consorziata esecutrice partecipare alla gara sprovvista di un requisito tecnico-professionale il quale risultava pacificamente in capo al consorzio.

Avendo riguardo all'art 83, comma 2 del d.lgs 50/2016 e ai rinvii operati alla previgente disciplina secondo quanto previsto dall'art. 216 del Codice, l'approccio ermeneutico sembra condivisibile. Oltre a ribadire l'interesse pubblico ad una concorrenza più ampia possibile, l'art. 83, comma 2, con rinvio alle disposizioni dell'art. 216, comma 14 prevede che, fino all'adozione del regolamento di cui all'art. 216, comma 27-octies, continuano ad applicarsi, in quanto compatibili, le disposizioni di cui alla Parte II, Titolo III, nonché gli allegati e le parti di allegati ivi richiamate, del d.P.R. del 5 ottobre 2010, n. 207. A sua volta l'art. 81 del d.P.R. 207/2010, rinvia per la qualificazione dei consorzi stabili all'art. 36, comma 7 del d.lgs. 163/2006, il quale disponeva che "il consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate. Per i lavori la qualificazione è acquisita con riferimento ad una determinata categoria di opere generali o specialistiche per la classifica corrispondente alla somma di quelle possedute dalle imprese consorziate [...]". In linea di continuità con il codice previgente, secondo un'interpretazione storica e teleologica dell'art 47 del d.lgs n. 50 del 2016, per come riformulato dal d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 55, appare possibile che un'impresa consorziata esecutrice di un appalto sia sprovvista di un requisito di qualificazione utile alla partecipazione laddove questo sia utilmente posseduto dal consorzio e, che per il principio del c.d. cumulo alla rinfusa, ad oggi pacificamente esteso agli appalti di servizi e forniture ad opera del art. 47, comma 2-bis, i consorzi stabili possano scegliere di provare il possesso dei requisiti di ordine speciale richiesti per la partecipazione alle gare con attribuzioni proprie e dirette oppure con quelle dei consorziati.

4. Ciò considerato, una stringente interpretazione dell'onere di verifica di cui all'art. 47, comma 2 bis del d.lgs n. 50 del 2016 porterebbe a pregiudicare le ragioni di incentivazione della concorrenza tipiche dello strumento del consorzio stabile e poste a fondamento del nuovo Codice dei contratti pubblici. Si aggiunga che, il consorzio, in qualità di soggetto

giuridico autonomo, costituito in forma collettiva e con causa mutualistica, che opera in base a uno stabile rapporto organico con le imprese associate, si può giovare, senza necessità di ricorrere all'avvalimento, dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse, secondo il criterio del "cumulo alla rinfusa" (Cons. Stato, V, 11 dicembre 2020, n. 7943) e specularmente consente all'impresa consorziata esecutrice di giovare di requisiti di partecipazione alla gara pubblica di cui è sprovvista. Tale peculiarità avvalorava quindi la sua finalità di incentivo della concorrenza nella misura in cui, una consorziata esecutrice può, in un rapporto organico con il consorzio stesso, procedere all'erogazione di un servizio alla stazione appaltante senza dover a sua volta essere in possesso dei requisiti di partecipazione di cui già si giova il consorzio. Questa impostazione ben si sposa con un'applicazione analogica della prevalente giurisprudenza in materia di consorzi cooperativi laddove afferma: "In particolare, per i consorzi cooperativi, la regola (conforme a quella già scolpita all'art.11 l. 11 febbraio 1994, n. 109) impone il possesso (e la dimostrazione) in proprio dei requisiti, essendo consentito solo il cumulativo computo dei requisiti delle imprese consorziate attinenti alla "disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera" ovvero relativi "all'organico medio annuo" (e ciò a differenza dei consorzi propriamente stabili, cui è data la facoltà di dimostrare il possesso dei requisiti di qualificazione richiesti dalla lex specialis di procedura con attribuzioni proprie e dirette del consorzio o tramite il cumulo, c.d. alla rinfusa, dei requisiti delle singole imprese designate per l'esecuzione delle prestazioni): onde - per coerente corollario - la eventuale mancanza dei requisiti in testa alla consorziata designata per l'esecuzione, non incide sull'utile accesso alla procedura, sempreché gli stessi sussistano, in proprio, per il consorzio, al quale è, in effetti, imputata giuridicamente la prestazione, anche laddove intenda provvedervi indirettamente per il tramite di una impresa consorziata (Si vd. Consiglio di Stato sez. V, 22/07/2019, n.5124; cfr. Cons. Stato, sez. VI, 13 ottobre 2015, n. 4703).

LEGGI LA SENTENZA

Pubblicato il 29/03/2021

N. 02588/2021REG.PROV.COLL.

N. 05467/2020 REG.RIC.

N. 06552/2020 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 5467 del 2020,
proposto da

Comune di Formia, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e



difeso dall'avvocato Domenico Di Russo, con domicilio digitale p.e.c. tratto

da registri di giustizia;

contro

Cooperativa sociale Gialla, in persona del presidente e legale

rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Barbara

Frateiacci, Graziano Pungì e Francesco Antonio Romito, con domicilio

digitale p.e.c. tratto da registri di giustizia;

nei confronti

Consorzio Intesa società cooperativa sociale onlus consortile a r.l, in

persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso

dall'avvocato Alfredo Zaza D'Aulizio, con domicilio eletto presso lo studio

dell'avvocato Francesco Cardarelli, in Roma, viale Da Palestrina 47;

Consorzio Sostegno cooperativa sociale a r.l., Nasce un Sorriso società

cooperativa sociale onlus, non costituiti in giudizio;

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 6552 del 2020,
proposto da



Consorzio Intesa società cooperativa sociale onlus consortile a r.l., in

persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso

dall'avvocato Alfredo Zaza D'Aulizio, con domicilio eletto presso lo studio

dell'avvocato Francesco Cardarelli in Roma, viale Da Palestrina 47;

contro

Cooperativa Sociale Gialla, in persona del presidente e legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Barbara Frateiacchi, Graziano Pungì e Francesco Antonio Romito, con domicilio digitale p.e.c. tratto da registri di giustizia;

nei confronti

Comune di Formia, Nasce un Sorriso società cooperativa sociale onlus, non costituiti in giudizio;

per la riforma

quanto ad entrambi gli appelli

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio - Sezione staccata di Latina, Sezione Prima, n. 193/2020, resa tra le parti, concernente la procedura negoziata per l'affidamento del servizio di gestione dell'asilo nido comunale di Formia per un triennio;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Cooperativa sociale Gialla e del Consorzio Intesa società cooperativa sociale onlus consortile a r.l.;

Vista l'ordinanza cautelare della Sezione dell'11 settembre 2020, n. 5203, nel giudizio d'appello iscritto al n. di r.g. 5467/2020, promosso dal Comune di Formia;

Viste le memorie e tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, Cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 marzo 2021 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati collegatissimi da remoto, come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Comune di Formia e il Consorzio Intesa società cooperativa sociale onlus consortile a r.l. appellano la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio - Sezione staccata di Latina in epigrafe, con cui su

ricorso della Cooperativa sociale Gialla sono stati annullati gli atti della procedura negoziata per l'affidamento del servizio di gestione dell'asilo nido comunale di Formia per un triennio, di cui alla richiesta di offerta del Comune pubblicata sul Mercato della Pubblica Amministrazione (MEPA) il 1° agosto 2019.

2. In accoglimento del ricorso della Cooperativa Sociale Gialla, terza classificata, la sentenza ha accertato l'illegittimità della partecipazione alla gara delle concorrenti prime due classificate e cioè:

- del primo classificato ed aggiudicatario Consorzio Intesa (tale dichiarato con determinazione del Comune di Formia n. 2430 del 5 dicembre 2019), a causa del fatto che la consorziata Sostegno Cooperativa Sociale a r.l., indicata quale esecutrice del servizio al 100%, è priva dell'iscrizione alla Camera di Commercio per attività di gestione del servizio di asilo nido e non ha svolto in precedenza tale attività;

- del secondo classificato Nasce un Sorriso società cooperativa sociale onlus, per i due diversi contratti collettivi nazionali applicati al proprio personale indicati nell'offerta tecnica e nell'offerta economica.

3. Negli appelli si contestano entrambe le statuizioni e sono riproposte le eccezioni preliminari di irricevibilità ed inammissibilità del ricorso di primo grado respinte dalla sentenza.

4. Si è costituita per resistere ad entrambi gli appelli l'originaria ricorrente Cooperativa sociale Gialla, la quale ha anche riproposto ex art. 101, comma 2, Cod. proc. amm. i motivi di impugnazione non esaminati dalla sentenza di primo grado.

5. Nell'appello proposto dal Comune di Formia si è inoltre costituito in adesione il Consorzio Intesa.

DIRITTO

1. Va disposta la riunione ex art. 96 Cod. proc. amm. degli appelli perché proposti contro la stessa sentenza.

2. Gli stessi sono fondati con assorbente riguardo alle censure che contestano l'accoglimento nel merito del ricorso della Cooperativa sociale Gialla, nella parte relativa alla partecipazione alla gara dell'aggiudicatario Consorzio Intesa.

3. La sentenza ha basato la propria pronuncia sul fatto che la consorziata Sostegno cooperativa sociale, indicata dal Consorzio Intesa come esecutrice dell'intero servizio, sarebbe priva dei requisiti di idoneità professionale e qualificazione richiesti dal Comune di Formia.

4. Deve al riguardo premettersi che per quanto concerne i requisiti d'idoneità professionale, l'art. 13.1.1 del disciplinare di gara richiedeva che gli operatori economici partecipanti fossero iscritti nel registro delle imprese

della C.C.I.A.A. *«per tipologia di attività pari a quella che costituisce oggetto*

del presente affidamento (gestione asilo nido)», o in alternativa («oppure»),

nel caso di «*Cooperative Sociali o loro consorzi*», «*all'albo istituito presso*

la D.G. del ministero delle Attività Produttive ex D.M. 23/06/2004 e

dell'iscrizione all'Albo Regionale delle cooperative sociali o al

corrispondente Albo della regione di appartenenza o stato DE...». Nella

propria domanda di partecipazione alla gara la consorziata, che risulta

iscritta alla Camera di commercio per le attività di «*assistenza sociale non*

residenziale: servizi sociali ausiliari alle famiglie», ha dichiarato di essere

iscritta in entrambi gli albi previsti dalla citata disposizione del disciplinare di

gara e la circostanza non è contestata.

Ciò è sufficiente a ritenere la consorziata esecutrice in possesso del requisito di idoneità professionale richiesto dal Comune di Formia, anche rispetto all'ulteriore contestazione dell'originaria ricorrente Cooperativa sociale Gialla secondo cui in contrario rileverebbe la previsione del disciplinare di gara contenuta nel punto 13.2, per il quale ciascuna impresa facente del consorzio «

deve essere iscritta alla Camera di Commercio,

Industria, Agricoltura e Artigianato della provincia in cui l'impresa ha sede,

dichiarando l'iscrizione per la tipologia di attività in coerenza con la parte di

servizio che eseguirà direttamente». La coerenza rispetto al servizio di

gestione di un asilo nido è in questo caso ravvisabile *ictu oculi* nell'attività

per la quale la consorziata Sostegno cooperativa sociale è iscritta alla

Camera di commercio, sopra menzionata, di «*assistenza sociale non*

residenziale: servizi sociali ausiliari alle famiglie», contraddistinta dalla cura

di persone non autosufficienti, in cui sono compresi anche minori in età da

asilo nido.

5. Con riguardo al requisito di capacità tecnico-professionale consistente

nell'aver gestito «*servizi di Asilo Nido, direttamente o per committenti*»

pubblici e/o privati negli ultimi tre anni antecedenti la data di pubblicazione

del bando di gara», ai sensi dell'art. 13.1.5 del disciplinare di gara, questo

risulta pacificamente posseduto dal Consorzio Intesa. Contrariamente a

quanto deduce l'originaria ricorrente, nessuna delle «*indicazioni per i*

concorrenti con idoneità plurisoggettiva e per i consorzi», di cui ai punti da

13.2 a 13.5 del disciplinare di gara, attraverso le quali i requisiti di

qualificazione sono stati riferiti ai singoli componenti di concorrenti in forma

plurisoggettiva, si riferisce invece al requisito di capacità

tecnico-professionale in esame.

6. Non è poi vero quanto sostiene l'originaria ricorrente, ovvero che ai sensi dell'art. 47 del Codice dei contratti pubblici, come modificato dal c.d. decreto sblocca-cantieri (decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 55) si sarebbe innovato il sistema di qualificazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici dei consorzi stabili. Ciò in particolare attraverso l'aggiunta alla citata disposizione del Codice di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, del comma 2-

bis,

che così dispone «(l)a sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti

richiesti nel bando di gara per l'affidamento di servizi e forniture è valutata,

a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo

ai singoli consorziati». La disposizione, letta in combinato con la regola del

c.d. cumulo alla rinfusa dei requisiti del consorzio stabile prevista dal

medesimo art. 47, comma 1, deve ragionevolmente essere intesa nel senso

che essa abbia inteso introdurre un onere di verifica dei requisiti di

qualificazione da svolgere presso gli operatori economici partecipanti al

consorzio stabile e che a quest'ultimo hanno apportato le loro rispettive

capacità tecnico-professionali o economico-finanziarie. Dalla medesima

disposizione non può invece desumersi che il singolo consorziato, indicato

in gara come esecutore dell'appalto, debba essere a sua volta in possesso

dei requisiti di partecipazione. Come sottolineano le parti appellanti ad

opinare in questo senso verrebbero svuotate la finalità *pro* concorrenziali

dell'istituto del consorzio stabile, oltre che il suo stesso fondamento

causale, enunciato dall'art. 45, comma 2, lett. c), del Codice dei contratti

pubblici, ed incentrato sullo stabile apporto di capacità e mezzi aziendali in

una «*comune struttura di impresa*» deputata ad operare nel settore dei

contratti pubblici ed unica controparte delle stazioni appaltanti, secondo

quanto previsto dall'art. 47, comma 2, del Codice (cfr. in questo senso, da

ultimo: Cons. Stato, V, 2 febbraio 2021, n. 964; 11 dicembre 2020, n. 7943).

7. Accolti quindi gli appelli nei termini finora esposti, devono essere esaminati i motivi di ricorso riproposti in secondo grado ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm. dall'originaria ricorrente Cooperativa sociale Gialla. Per economia processuale possono essere esaminati solo quelli rivolti nei confronti dell'aggiudicatario Consorzio Intesa, con esclusione di quelli invece proposti nei confronti del concorrente secondo classificato Nasce un Sorriso società cooperativa sociale onlus. Dall'infondatezza dei motivi che si andranno ad esaminare deriva infatti il consolidamento della posizione in gara della prima classificata, da cui consegue l'assenza di utilità per l'originaria ricorrente di contestare la partecipazione della concorrente collocatasi al secondo posto della graduatoria.

8. Tutto ciò precisato, con un primo ordine di censure si deduce che l'offerta tecnica del Consorzio Intesa sarebbe carente di indicazioni relative

alla dotazione del personale impiegato nel servizio, alla articolazione dei turni di lavoro ed al monte ore complessivo, da considerarsi essenziale ai sensi dell'art. 14 del capitolato speciale d'appalto, che a questo scopo richiedeva che nell'asilo nido fosse garantita la presenza minima di 3 operatori (di cui due educatori) ed una copertura complessiva giornaliera di almeno 50 ore di servizio dal lunedì al venerdì e di 25 ore il sabato.

9. Il motivo è da respingere poiché nella formulazione della propria offerta tecnica il Consorzio Intesa si è attenuto ai profili in valutazione in gara, secondo la griglia di criteri e sub-criteri predisposta dal Comune di Formia e prevista al punto 18.4 del disciplinare. Infatti, con specifico riguardo all'organizzazione del servizio di gestione dell'asilo nido, il sub-criterio

2.1.a) «*Progetto Operativo Gestione Personale*», richiedeva di valutare «in

particolare l'organizzazione complessiva del personale; la puntuale

definizione dei compiti delle figure professionali impiegate in relazione al

servizio da svolgere; le procedure da utilizzare per la selezione,

sostituzione e coordinamento del personale; le metodologie e risorse da

attivare per contenere il turn-over degli operatori impiegati nel servizio»

(così il criterio motivazionale previsto per l'elemento valutativo in esame).

In coerenza con il criterio ora richiamato, il Consorzio aggiudicatario ha

quindi diffusamente esposto nella propria offerta le figure professionali

destinate allo svolgimento del servizio, per il quale lo stesso ha dichiarato di

«assorbire prioritariamente il personale operante nel precedente

affidamento», ed inoltre ha fornito una descrizione delle modalità di

turnazione dello stesso. Per contro, diversamente da quanto sostiene

l'originaria ricorrente il disciplinare di gara non richiedeva sul piano formale

di fornire i dati di carattere quantitativo previsti nel sopra citato art. 14 del

capitolato speciale d'appalto, mentre dal punto di vista sostanziale deve

presumersi che l'assorbimento del personale già impiegato nel servizio, a

cui il Consorzio Intesa si è espressamente impegnato, ponga quest'ultimo

nelle condizioni di rispettare gli standard minimi previsti nella disposizione

capitolare da ultimo richiamata.

10. Con un ulteriore motivo la Cooperativa sociale Gialla sostiene che l'aggiudicatario avrebbe violato la clausola sociale prevista dal disciplinare di gara (punto 1.4), per non avere previsto nella propria offerta un impegno conforme alla richiesta così formulata dal Comune di Formia e per non avere allegato alcun progetto di riassorbimento del personale.

11. Anche questa censura va respinta: con riguardo all'impegno ad assorbire il personale già impiegato nel servizio è sufficiente richiamare quanto osservato in precedenza, mentre in relazione al progetto di riassorbimento deve rilevarsi come il citato punto 1.3 del disciplinare di gara - che per quanto di interesse è così formulato «

l'aggiudicatario è tenuto,

nei termini di legge e nel rispetto del CCNL ad assorbire il personale già

impiegato nel servizio, salvo che lo stesso dimostri che ciò non sia coerente

con la propria organizzazione d'impresa. (Si allega prospetto relativo ai dati

del personale attualmente impegnato nel servizio)» - non richiedeva la

predisposizione di un progetto di riassorbimento a cura del concorrente.

12. Con l'ultima censura riproposta dalla Cooperativa sociale Gialla nei confronti del Consorzio Intesa la prima deduce che la verifica di anomalia nei confronti dell'offerta di quest'ultima sarebbe stata carente, con particolare riguardo alla congruità del costo della manodopera. Per l'originaria ricorrente la stazione appaltante non avrebbe svolto alcun approfondimento malgrado per il contratto collettivo applicato dall'aggiudicatario ai propri dipendenti (ANISEI) non sia stata predisposta alcuna tabella ministeriale ai sensi dell'art. 23, comma 16, del Codice dei contratti pubblici; inoltre non avrebbe tenuto conto della modifica postuma dell'offerta, conseguente al fatto che in sede di offerta era stato indicato il diverso contratto collettivo delle cooperative sociali

13. Sennonché ogni contestazione al riguardo si infrange sull'esiguo ribasso offerto dal Consorzio Intesa, pari al 2,22% sulla base d'asta, tale per cui ogni profilo di incongruità del costo della manodopera è assorbito da

un offerta di poco discosta dal valore dell'appalto stimato dalla stazione appaltante, e che colloca la pretesa soglia di anomalia ad un valore così prossimo da quest'ultimo da giungere all'aporia di negare in radice ogni competizione. L'assenza di tabelle ministeriali relative al contratto collettivo ANISEI non è poi determinante, avuto riguardo alla loro funzione di parametro non vincolante di verifica della congruità del costo della manodopera (secondo la giurisprudenza amministrativa consolidata, da ultimo riaffermata da: Cons. Stato, V, 7 gennaio 2021, n. 224; 16 novembre 2020, n. 7037; 19 ottobre 2020, n. 6307; 21 settembre 2020, n. 5483; VI, 4 novembre 2020, n. 6791). Non trova infine conferma dall'esame del modulo recante l'offerta economica dell'aggiudicatario l'ipotesi prospettata dall'originaria ricorrente di modifica dell'offerta sotto il profilo del diverso contratto collettivo dichiarato in sede di giustificazioni del ribasso.

14. Gli appelli devono pertanto essere accolti, per cui in riforma della sentenza di primo grado il ricorso della Cooperativa Gialla va respinto. Le spese del doppio grado di giudizio possono essere compensate tra tutte le parti, per la natura delle questioni controverse.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, previa loro riunione, li accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, respinge il ricorso della Cooperativa sociale Gialla;

compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 11 marzo 2021, tenuta con le modalità previste dagli artt. 4 del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28, convertito dalla legge 25 giugno 2020, n. 70, e 25 del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, come modificato dall'art. 1, comma 17, del decreto-legge 31 dicembre 2020, n. 183, convertito dalla legge 26 febbraio 2021, n. 21, con l'intervento dei

magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere