

Inammissibilità del “cumulo alla rinfusa” ai fini della qualificazione in gara dei consorzi di società cooperative

di Maria Riggio

Data di pubblicazione: 19-2-2024

Con sentenza n. 2967 del 9 dicembre 2023 il TAR Milano si è pronunciato sulla questione dell'applicabilità del criterio del cd. “cumulo alla rinfusa” ai fini della dimostrazione da parte di un consorzio di società cooperative di produzione e lavoro del possesso dei requisiti richiesti per l'affidamento di appalti di servizi e forniture, ovvero della possibilità per tale tipo di consorzio di far valere i requisiti maturati dalle imprese consorziate a prescindere dal tipo di requisito richiesto.

Si tratta di una questione a lungo dibattuta in dottrina e in giurisprudenza, ma più prettamente con riferimento ai consorzi stabili e alle modifiche nel tempo intervenute sull'art. 47 del D.Lgs. n. 50/2016, applicabile *ratione temporis* anche al caso di specie. Nondimeno, interessanti spunti si colgono, nella sentenza in rassegna, anche con riferimento all'innovativa disciplina contenuta nel nuovo codice.

La vicenda trae origine da una procedura aperta indetta dal Comune di Monza per l'affidamento del servizio di manutenzione e gestione del verde comunale, all'esito della quale il RTI secondo classificato ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione disposto in favore di un consorzio di società cooperative di produzione e lavoro, primo in graduatoria. Segnatamente, il RTI ricorrente ha rilevato in giudizio la nullità dei contratti di avvalimento stipulati dalla mandataria ai fini dell'integrazione del requisito di fatturato specifico richiesto per la partecipazione alla gara, lamentando l'indeterminatezza dell'oggetto dei contratti stessi.

Il controinteressato, costituitosi in giudizio, ha proposto ricorso incidentale impugnando il disciplinare di gara e il chiarimento su di esso reso dalla stazione appaltante, con particolare riguardo alla disciplina della partecipazione dei consorzi di società cooperative, che a suo dire sarebbe stata illegittima, per contrasto con l'art. 47 del d.lgs. n. 50/2016, ove intesa nel senso di non consentire l'applicabilità del cd. “cumulo alla rinfusa” ai requisiti (anche) di fatturato, con conseguente obbligo di ricorrere all'istituto dell'avvalimento in caso di utilizzo, da parte di un consorzio di società cooperative, dei requisiti delle consorziate designate quali esecutrici. In particolare, nelle prospettazioni del consorzio controinteressato, i contratti di avvalimento nel caso di specie stipulati – e, così, la questione sollevata con il ricorso principale, relativa alla loro efficacia – sarebbero risultati superflui in quanto i requisiti sarebbero stati comunque posseduti dalle consorziate esecutrici, le quali, per metterli a disposizione del consorzio, non avrebbero avuto necessità di ricorrere all'avvalimento.

Il TAR adito, con la sentenza in commento, ha tuttavia dichiarato infondato il ricorso incidentale proposto dall'aggiudicataria, in base alla ritenuta inapplicabilità del criterio del “cumulo alla rinfusa” ai consorzi di società cooperative, annullando, infine, l'aggiudicazione per carenza

del requisito in capo al consorzio.

La sentenza suscita interesse in quanto offre un'approfondita esegesi dell'istituto del cd. "cumulo alla rinfusa", analizzando *funditus* il tema di una sua possibile estensione applicativa ai consorzi di società cooperative di produzione e lavoro (art. 45, co. 2, lett. b), i quali, secondo il TAR, costituiscono soggetti di diritto strutturalmente e sostanzialmente diversi dai consorzi stabili, per i quali il cumulo è invece ad oggi – come si avrà modo di vedere *infra* – espressamente previsto.

Prima di analizzare il precedente nei suoi passaggi essenziali, è opportuna una breve premessa di carattere normativo e giurisprudenziale circa l'ammissibilità del sistema cd. del "cumulo alla rinfusa" come criterio di qualificazione dei "consorzi non necessari" (cfr. l'art. 67 del nuovo codice).

A tal proposito, l'art. 45, comma 2 del previgente Codice (oggi riprodotto all'art. 65 del D.Lgs. 36/2023, "Operatori economici") prevede che siano ammessi a partecipare alle gare, tra gli altri:

- i **consorzi tra società cooperative di produzione e lavoro** costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422, e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, e successive modificazioni, e i consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443 (lett. b);
- i **consorzi stabili**, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro (lett. c).

La disciplina codicistica per la qualificazione di tali operatori economici nelle gare era trattata unitariamente dal vecchio codice (cfr. l'art. 47 del D.Lgs. 50/2016, come modificato dal D.L. 32/2019, cd. "Decreto Sblocca cantieri", convertito in L. 14 giugno 2019, n. 55) per entrambi di tipi di consorzio "non necessario".

In particolare – con formulazione tutt'altro che chiara – il primo comma dell'art. 47 del vecchio codice prevedeva che *"i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi con le modalità previste dal presente codice, 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 successivo comma 2-bis (introdotto dall'art. 1, comma 20, lett. I, D.L. 18 aprile 2019, n. 32, proprio al fine di risolvere i dubbi interpretativi insorti) stabiliva poi che *"la 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"*.

Come pure ricordato dal TAR Milano, la giurisprudenza si è divisa sia prima che dopo l'intervento normativo da ultimo citato, che, nelle intenzioni del legislatore, avrebbe invece

dovuto avere una portata chiarificatrice.

Prendendo le mosse dalla più frequente fattispecie del consorzio stabile, è stato così affermato che esso costituisce un soggetto giuridico autonomo, distinto dalle singole consorziate, costituito in forma collettiva e con causa mutualistica, che opera in base ad uno stabile rapporto organico con le imprese associate. Nel panorama delle gare pubbliche, il consorzio stabile ha peraltro rappresentato il superamento dello schema tipico del consorzio ordinario di cui agli artt. 2602 e ss. c.c., il quale, pur essendo centro autonomo di rapporti giuridici, si limita a disciplinare e coordinare le azioni degli imprenditori riuniti, senza la concreta costituzione di un organismo unitario in grado di esercitare autonomamente e direttamente l'attività imprenditoriale; al contrario, l'elemento qualificante dei consorzi stabili è proprio la "comune struttura di impresa", da intendersi quale *"azienda consortile utile ad eseguire in proprio, ossia senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate, le prestazioni affidate a mezzo del contratto"* (cfr. Ad. Plen., sent. n. 5 del 18.03.2021). In altre parole, tale "comune struttura di impresa" si sostanzia in un'autonoma forma collettiva e organizzativa dell'attività, con caratteristiche di stabilità, e presenta una propria soggettività giuridica dotata di autonomia, anche patrimoniale, potendo per ciò stesso eseguire in proprio le prestazioni, allo stesso tempo garantendo l'indipendenza delle singole realtà imprenditoriali coinvolte, le quali ben possono esercitare autonomamente l'attività di impresa loro propria.

Se è vero che (anche) per questa figura di aggregazione l'ammissibilità del "cumulo alla rinfusa" non è mai stata pacifica (in particolare, nel senso dell'ammissibilità cfr. Cons. Stato, sez. V, sent. n. 964 del 02.02.2021 e, in senso opposto, cfr. Cons. Stato, sez. V, sent. n. 7360 del 22.08.2022), in tempi più recenti la questione interpretativa del combinato disposto dei commi 1 e 2 bis dell'art. 47 è stata positivamente e normativamente risolta con una disposizione d'interpretazione autentica contenuta nel nuovo codice (art. 225, comma 13, del D.Lgs. n. 36 del 2023), ma applicabile, alla luce del carattere dichiaratamente interpretativo della disposizione, anche agli appalti retti dal vecchio codice (Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 6533 del 04.07.2023 e Sez. III, sent. n. 8767 del 09.10.2023).

La rilevanza della pronuncia in rassegna è pertanto ancor più evidente, laddove il TAR sottolinea che è proprio in ragione delle caratteristiche proprie dei consorzi stabili, in cui prevale l'elemento cd. teleologico dell'esercizio dell'impresa in comune, che il legislatore ha previsto per quest'ultimo tipo di consorzi non necessari, e solo per questi ultimi, la possibilità di fare ricorso al criterio del "cumulo alla rinfusa" per colmare la carenza di qualsiasi requisito in capo al consorzio. Infatti, in tal caso *"il consorzio è il solo soggetto che domanda di essere ammesso alla procedura e va a stipulare il contratto con l'amministrazione in nome proprio, anche se per conto delle consorziate cui affida i lavori; è il consorzio ad essere responsabile dell'esecuzione delle prestazioni anche quando per la loro esecuzione si avvale delle imprese consorziate, le quali comunque rispondono solidalmente al consorzio per l'esecuzione ai sensi dell'art. 94, comma 1, D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 e art. 48, comma 2, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50"* (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, sent. N. 8331 del 14.12.2021).

Del tutto diversa, invece, secondo il TAR meneghino, è la natura del consorzio fra società cooperative di produzione e di lavoro, e conseguentemente diversa è la disciplina che il legislatore avrebbe inteso riservare a questa specifica figura di operatore economico, che

pure, come il consorzio stabile partecipa alle gare collettivamente, ma in forma monosoggettiva.

La figura dei consorzi di cooperative di cui all'art. 45, co. 2, lett. b) del D.Lgs. 50/2016, ha invero, nell'ambito della disciplina dei contratti pubblici, origini ben più risalenti rispetto a quella dei consorzi stabili, da retrodatarsi sino all'inizio del secolo scorso (il dato normativo di riferimento è il r.d. n. 844/1907, poi abrogato dall'ancora vigente Legge n. 422/1909), mentre nel corso del secondo dopoguerra, con la cd. 'Legge Basevi' (D.Lgs. c.p.s. n. 1577/1947) veniva introdotta la nuova forma di consorzio di cooperative, che nel tempo andò poi ad accostarsi sempre di più a quella di cui alla L. n. 422/1909, con interventi giurisprudenziali e legislativi che ne estesero l'operatività all'ambito degli appalti pubblici.

Con specifico riferimento alla natura giuridica di tale tipo di operatore economico, un consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa – richiamato anche dalla sentenza in esame – ritiene che anche il consorzio fra società cooperative si caratterizzi per avere una comune struttura d'impresa e una personalità giuridica autonoma, come centro d'imputazione d'interessi distinto da quello delle singole cooperative associate che costituiscono il consorzio, cosicché *“può partecipare alla procedura di gara utilizzando i requisiti suoi propri e, nel novero di questi, facendo valere i mezzi nella disponibilità delle cooperative che costituiscono, ai fini che qui rilevano, articolazioni organiche del soggetto collettivo, ossia suoi interna corporis. Il rapporto organico che lega le cooperative consorziate, ivi compresa quella incaricata dell'esecuzione dei lavori, infatti, è tale che l'attività compiuta dalle consorziate è imputata organicamente al consorzio, come unico ed autonomo centro di imputazione e di riferimento di interessi, per cui, diversamente da quanto accade in tema di associazioni temporanee e di consorzi stabili, la responsabilità per inadempimento degli obblighi contrattuali nei confronti della p.a. si appunta esclusivamente in capo al consorzio senza estendersi, in via solidale, alla cooperativa incaricata dell'esecuzione”* (cfr. Ad. Plen, sent. n. 14 del 20.05.2013).

Allo stesso tempo, è proprio la peculiare natura giuridica del consorzio di società cooperative, diversa rispetto a quella del consorzio stabile quanto alle espresse finalità mutualistiche che lo contraddistinguono, a giustificare la differente disciplina in tema di “cumulo dei requisiti”.

In base a tali considerazioni, il TAR Lombardia, nella fattispecie sottoposta al suo vaglio, ha quindi ritenuto che quanto affermato dalla ricorrente incidentale circa la possibilità per il consorzio di cooperative di spendere i requisiti delle consorziate senza necessità di stipulare contratti di avvalimento contrasti con il dettato dell'art. 47, D.Lgs. 50/2016, in quanto per i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro sussisterebbe l'obbligo di dimostrare sempre il possesso in capo al consorzio dei requisiti d'idoneità tecnica e finanziaria, trovando applicazione il primo comma dell'art. 47 D.Lgs. n. 50/2016, il quale, espressamente, limita la possibilità di ricorrere al sistema del cumulo dei requisiti posseduti dalle singole imprese consorziate non indicate quali esecutrici ad attrezzature, mezzi d'opera e organico medio annuo.

Sempre ad avviso dello stesso TAR, il “cumulo alla rinfusa” di tutti i requisiti è ammissibile solo nei consorzi stabili, in ragione della specifica disciplina contenuta nel comma 2-bis

dell'art. 47, vecchio codice, da leggersi alla luce della norma d'interpretazione autentica contenuta nell'art. 225, comma 13, del d.lgs. n. 36 del 2023. Il TAR Milano ha dunque colto nel nuovo codice uno spunto chiarificatore anche in relazione al regime previgente, tale da ammettere l'operatività del cumulo alla rinfusa dei requisiti tecnici e organizzativi diversi da quelli relativi a mezzi d'opera, macchinari e personale soltanto con riferimento ai consorzi stabili, e non anche ai consorzi di società cooperative, i quali dovranno dimostrare di possedere tali diversi requisiti in proprio.

A ben vedere, seguendo il solco tracciato dalla pronuncia in commento, l'art. 67 del D.Lgs. n. 36/2023 sembrerebbe in effetti operare una vera e propria innovazione del sistema delineato dal codice del 2016, prevedendo un regime differenziato ai fini della qualifica dei consorzi stabili nei contratti di servizi e forniture (art. 67, comma 2) rispetto a quelli di società cooperative (art. 67, comma 5). In particolare, l'art. 67 prevede (ora espressamente) che la qualificazione dei consorzi stabili avvenga attraverso il sistema del cd. "cumulo alla rinfusa" anche per gli appalti di servizi e forniture e anche per i requisiti diversi da mezzi d'opera, macchinari e attrezzature, chiarendosi così al contempo la portata interpretativa da attribuire al comma 2-*bis* dell'art. 47, che era stato, come detto, introdotto nel vano tentativo di risolvere precedenti dubbi interpretativi. E tanto si afferma anche in virtù del riferimento espresso ed esclusivo, nel secondo comma dell'art. 67, ai consorzi stabili di cui all'art. 45, comma 2, lett. c) (ora art. 65, co. 2, lett. d) e non a quelli fra società cooperative di cui alla precedente lett. b).

Il nuovo codice non appare invece estendere il sistema del cumulo alla rinfusa ai consorzi di società cooperative di produzione e lavoro, i quali si qualificano, "*utilizzando requisiti propri e, nel novero di questi, facendo valere i mezzi nella disponibilità delle cooperative che li costituiscono*" (art. 67, comma 5, D.Lgs. 36 del 2023).

In conclusione, dando applicazione al principio *quod lex voluit, dixit*, il Collegio ha offerto un'interpretazione dell'art. 47 del previgente codice orientata al recepimento della nuova disciplina - ai sensi della quale, per l'appunto, il sistema del "cumulo alla rinfusa" non sembra trovare applicazione nei consorzi di società cooperative di produzione e lavoro - facendo leva, come si ha avuto modo di leggere, su una distinzione che ha ritenuto ontologica tra le due tipologie di consorzio e che sarebbe tale da rispecchiarsi nell'espressamente differente trattamento riservato all'una e all'altra in sede di dimostrazione dei requisiti necessari ai fini della partecipazione alla gara.

La pronuncia è stata impugnata al Consiglio di Stato, motivo per cui le conclusioni cui si perviene potrebbero essere messe in discussione, anche alla luce del diverso indirizzo giurisprudenziale assunto dal TAR Lazio, il quale, partendo dalle medesime premesse (e in particolare, dalla definizione sostanziale di "consorzio di società cooperative" considerata da Ad. Pl. n.14/2008 e Ad. Pl. 5/2021), è tuttavia approdato a conclusioni opposte, consentendo l'applicazione del criterio del cd. "cumulo alla rinfusa" anche ai consorzi di società cooperative (cfr. TAR Lazio – Roma, sez. II, sent. n. 13441 del 25.08.2023).

LEGGI LA SENTENZA

Publicato il 09/12/2023

N. 02967/2023 REG.PROV.COLL.

N. 01517/2023 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1517 del 2023, proposto da Consorzio Stabile A.L.P.I. S.C.A.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG 926515796C, rappresentato e difeso dagli avvocati Luciano Salomoni, Lorenzo Bolognini e Andrea Santoro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Milano, via Caradosso 8;

contro

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

nei confronti

Csel Consorzio-Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Guido Greco, Manuela Muscardini e Paolo Provenzano, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Milano, P.Le Lavater, 5;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della Determinazione Dirigenziale n. 900 del 14 giugno 2023, esecutiva dal 15 giugno 2023, con la quale il Dirigente del Settore Lavori Pubblici del Comune di Monza ha adottato il provvedimento conclusivo di aggiudicazione dell'appalto, con ridotto impatto ambientale, del servizio globale di manutenzione e gestione del verde pubblico per un periodo di 48 mesi, con opzione di rinnovo per ulteriori 4 anni, CIG 926515796C in favore del costituendo RTI composto dalla mandataria Csel Consorzio Società Cooperativa Sociale e dalle mandanti Demetra Società Cooperativa Sociale ONLUS e Demetra Specialista s.r.l.;

- della nota del 15 giugno 2023 con cui il responsabile del Servizio Centrale Unica Acquisti ha comunicato agli altri partecipanti alla gara, inclusa l'odierna ricorrente, l'avvenuta aggiudicazione della stessa in favore del RTI CSeL;

- dell'avviso prot. n. 0116751 del 22 giugno 2023 di aggiudicazione dell'appalto in esame al RTI CSeL;

di ogni altro provvedimento presupposto, connesso o conseguente ed in particolare, per quanto occorrer possa:

- dell'art. 6.4 del Disciplinare di gara, nella parte in cui ha ommesso di prescrivere l'obbligatoria corrispondenza tra la quota di prestazioni che un'impresa facente parte di un RTI orizzontale si impegna ad eseguire ed il possesso, da parte della medesima impresa, dei requisiti di capacità professionale per lo svolgimento di detta prestazione;

- di tutti i verbali delle sedute di gara e della proposta di aggiudicazione;

nonché, per quanto occorrer possa, per la condanna, previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, al cui subentro il ricorrente si rende sin d'ora disponibile, per la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento del danno in forma specifica mediante conseguimento dell'aggiudicazione e del contratto al ricorrente, ovvero al risarcimento del danno per equivalente nella misura che verrà accertata, anche in via equitativa, nel corso del giudizio

ovvero, in via subordinata,

per l'annullamento - previa sospensione dell'intera procedura di gara e per la conseguente condanna al risarcimento del danno nella misura che verrà accertata, anche in via equitativa e/o presuntiva, nel corso del presente giudizio

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da Csel Consorzio-Società Cooperativa Sociale il 6/9/2023:

per l'annullamento previa sospensione dell'efficacia

- del Disciplinare di gara nella parte in cui include, al punto 6.3 il requisito del fatturato specifico di cui al punto 6.3 lett. a) tra quelli di "capacità tecnica e professionale";

- del chiarimento n. 12 e del punto 6.5 del Disciplinare là dove si ritenesse che gli stessi imponessero, anche in caso di utilizzo da parte di un consorzio di cooperative dei requisiti delle consorziate designate quali esecutrici, di ricorrere all'istituto dell'avvalimento.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Monza e del Csel Consorzio-Società Cooperativa Sociale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 novembre 2023 la dott.ssa Silvia Cattaneo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando pubblicato il 29 luglio 2022 il Comune di Monza ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio di manutenzione e gestione del verde comunale per un periodo di 48 mesi, con opzione di rinnovo per ulteriori 4 anni, da aggiudicare sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2. Con determinazione n. 900 del 14 giugno 2023 il servizio è stato 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.

3. La Consorzio Stabile Alpi s.c.a.r.l. - mandataria del costituendo RTI con la mandante Consorzio Comunità Brianza, raggruppamento secondo classificato con il punteggio di 87,58 – ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione, unitamente agli altri atti indicati in epigrafe, tra cui, in particolare, l'art. 6.4 del disciplinare di gara, nella parte in cui ha omesso di prescrivere l'obbligatoria corrispondenza tra la quota di prestazioni che un'impresa facente parte di un RTI orizzontale si impegna ad eseguire ed il possesso, da parte della medesima impresa, dei requisiti di capacità professionale per lo svolgimento di detta prestazione.

4. Questi i motivi di ricorso:

I. 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: il RTI CSeL sarebbe privo del requisito di capacità tecnica e professionale di cui all'art. 6.3 del disciplinare di gara per nullità del contratto di avvalimento stipulato dal Consorzio CSeL con Solaris Lavoro e Ambiente Soc. Coop. Sociale Onlus, per la messa a disposizione di un fatturato specifico di € 2.500.189,21, del contratto tra il medesimo Consorzio e Cascina Biblioteca Società Cooperativa Sociale di Solidarietà a r.l., per la messa a disposizione di un fatturato specifico pari ad € 763.954,00 e del contratto di avvalimento stipulato tra la Demetra Onlus e la Demetra Specialist, per la messa a disposizione di un fatturato specifico pari a € 300.000,00.

Inoltre, il RTI CSeL avrebbe dovuto essere escluso dalla gara anche in quanto privo dei requisiti per la realizzazione delle prestazioni che la Demetra Specialist si era impegnata a far eseguire sulla base della dichiarazione prodotta in sede di soccorso istruttorio: l'art. 6.4 del disciplinare di gara nella parte in cui si limita a prevedere che il requisito del fatturato specifico di cui all'art. 6.3 lett. a) "deve essere posseduto dal raggruppamento nel complesso", omettendo di prescrivere che ciascuna impresa debba possedere il requisito in misura pari alla quota di prestazioni che si impegna ad eseguire, sarebbe manifestamente illogico;

II. 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. 50/2016, sotto diverso profilo: ove i contratti non siano considerati nulli, il consorzio avrebbe comunque dovuto essere escluso per carenza del requisito di capacità tecnica previsto all'art. 6.3 del disciplinare da parte della Demetra Onlus la quale, avendo messo a disposizione della Demetra Specialist tutta la propria struttura organizzativa, si priverebbe dei requisiti previsti dall'art. 6.3;

III. 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: l'intera procedura di gara sarebbe illegittima poiché la commissione giudicatrice avrebbe attribuito i punteggi relativi alle offerte economiche senza esplicitare il metodo seguito per tale assegnazione, che non risulterebbe in ogni caso conforme alla formula matematica prevista dall'art. 17.3 del disciplinare di gara.

5. La ricorrente ha, inoltre, domandato il risarcimento del danno mediante aggiudicazione dell'appalto, previa, se del caso, la declaratoria di inefficacia del contratto e si è dichiarata disponibile al subentro; in subordine ha domandato il risarcimento del danno per equivalente, quantificato in € 586.595,31.

6. La ricorrente ha, infine, formulato un'istanza istruttoria chiedendo l'esibizione in giudizio dei files prodotti dal RTI CSeL in sede di soccorso istruttorio, ossia la polizza fideiussoria e il modello RTI.

7. Si è costituito in giudizio il Comune di Monza, deducendo, oltre all'infondatezza nel merito del ricorso, l'inammissibilità dell'impugnazione della nota del 15 giugno 2023, con cui il responsabile del Servizio Centrale Unica Acquisti ha comunicato agli altri partecipanti alla gara l'avvenuta aggiudicazione, e dell'avviso prot. 0116751 del 22 giugno 2023 di aggiudicazione dell'appalto in esame, non trattandosi di atti aventi natura provvedimentoale.

8. Si è costituita in giudizio anche la controinteressata CSeL consorzio società cooperativa sociale, in proprio e in qualità di mandataria del R.T.I. con le mandanti Demetra Società Cooperativa Sociale Onlus e Demetra Specialist s.r.l., chiedendo il rigetto nel merito del ricorso.

9. Il CSeL Consorzio-Società Cooperativa Sociale ha proposto ricorso incidentale, domandando l'annullamento del disciplinare di gara nella parte in cui include, al punto 6.3, il requisito del fatturato specifico di cui alla lettera a) tra quelli di "capacità tecnica e professionale", del chiarimento n. 12 e del punto 6.5 del disciplinare, ove si ritenesse che gli

stessi impongano di ricorrere all'istituto dell'avvalimento anche in caso di utilizzo, da parte di un consorzio di cooperative, dei requisiti delle consorziate designate quali esecutrici.

10. Queste le censure dedotte:

I. 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 requisito del fatturato specifico di cui al punto 6.3 lett. a) del disciplinare integrerebbe sempre e comunque un requisito di “capacità economico finanziaria” e non di capacità tecnica e professionale, come qualificato dalla legge di gara, con la conseguenza che il relativo avvalimento sarebbe un avvalimento di garanzia e non operativo;

II. violazione degli artt. 45 e 47 d.lgs. n. 50/2016 – violazione dell'art. 3 Cost. – violazione dei principi di massima partecipazione, ragionevolezza e parità di trattamento: i contratti di avvalimento sarebbero superflui poiché il c.d. cumulo alla rinfusa, ammesso per i consorzi stabili, dovrebbe valere anche per i consorzi di cooperative di cui all'art. 45, co. 2, lett. b), d.lgs. n. 50/2016 tutte le volte in cui, come nella specie, i requisiti vengano portati in dote al consorzio dalle consorziate designate dallo stesso quali esecutrici.

11. Il Comune di Monza e la Consorzio Stabile Alpi s.c.a.r.l. hanno eccepito l'inammissibilità del ricorso incidentale per mancata impugnazione immediata del bando e per acquiescenza alla lex specialis e al chiarimento n. 12, reso dalla stazione appaltante.

12. La ricorrente principale ha altresì eccepito l'inammissibilità del ricorso incidentale per carenza di interesse stante la mancata impugnazione del punto 7 del disciplinare (il quale prevede che nel contratto di avvalimento vadano indicati “i requisiti economico finanziari”, oppure quelli “tecnico organizzativi” insieme alla “correlate ricorse strumentali e umane”, pena la nullità del contratto e l'esclusione dalla gara per inammissibilità del soccorso per tale tipo di violazione).

13. All'udienza del 23 novembre 2023 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

14. Il Collegio ritiene prioritario l'esame del ricorso incidentale.

15. Si può tralasciare l'esame delle questioni di rito sollevate dalle parti resistenti stante l'infondatezza nel merito del ricorso incidentale, che va dunque respinto.

16. Con il primo motivo viene contestata la legittimità della legge di gara nella parte in cui riconduce il requisito del fatturato specifico, di cui al punto 6.3 lett. a) del disciplinare tra i requisiti di “capacità tecnica e professionale” e non tra quelli di “capacità economico e finanziaria” per violazione dell'art. 83, co. 4, del d.lgs. n. 50/2016 – ai sensi del quale “*per gli appalti di servizi e forniture, ai fini della verifica del possesso dei requisiti di cui al comma 1, lettera b) [vale a dire la “capacità economica finanziaria”], le stazioni appaltanti, nel bando di gara, possono richiedere: a) che gli operatori economici abbiano un fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto*” – e dell'allegato XVII al D.Lgs. 50/2016 (“Mezzi di prova dei criteri di selezione”) - che, nella parte

I, ("Capacità economica e finanziaria") dispone che *"di regola, la capacità economica e finanziaria dell'operatore economico può essere provata mediante una o più delle seguenti referenze: (...) una dichiarazione concernente (...) il fatturato del settore di attività oggetto dell'appalto"*.

Ad avviso della ricorrente incidentale, la qualificazione del requisito quale requisito di capacità tecnico professionale sarebbe inoltre irragionevole rispetto ai documenti richiesti a comprova dello stesso, e cioè "certificati rilasciati dall'amministrazione/ente contraente [o "dal committente privato"], con l'indicazione dell'oggetto, dell'importo e del periodo di esecuzione"; - o "contratti stipulati con le amministrazioni pubbliche [o "con privati"] completi di copia delle fatture quietanzate ovvero dei documenti bancari attestanti il pagamento delle stesse". Il disciplinare non prescriverebbe, invece, la dimostrazione delle caratteristiche tecniche ed operative delle prestazioni da cui è scaturito il fatturato specifico, né tanto meno l'allegazione delle risorse umane e aziendali impiegate nell'esecuzione delle commesse in cui esso è stato generato.

Di conseguenza, ha concluso la controinteressata, l'avvalimento del requisito in questione integrerebbe un avvalimento di garanzia e non operativo, con conseguente irrilevanza della specificità dei relativi contratti di avvalimento.

17. Il motivo è infondato.

Il punto 6.3 del disciplinare prevede tra i *"requisiti di capacità tecnico professionale"*, alla lettera a), *"aver svolto con buon esito, nel quadriennio 2018 - 2019 – 2020 - 2021 servizi analoghi a quelli oggetto del presente affidamento per enti pubblici o soggetti privati, per un importo complessivo pari o superiore ad € 10.000.000,00 I.V.A. esclusa"*.

Si tratta di un requisito che ha lo scopo di attestare l'esperienza specifica del concorrente e quindi la sua idoneità a svolgere l'appalto sotto il profilo tecnico. Non ha, invece, lo scopo di fornire alla stazione appaltante garanzie circa la solidità finanziaria dell'impresa concorrente, che è oggetto della previsione del disciplinare di gara dettata al punto 6.2, la quale prevede tra i *"requisiti di capacità economica e finanziaria"*, il *"fatturato globale riferito agli ultimi 4 esercizi finanziari disponibili (2018-2019-2020 – 2021) di € 11.000.000,00 IVA esclusa"*.

Nessuna delle norme invocate dalla ricorrente incidentale vieta di ricomprendere il requisito dello svolgimento con buon esito di servizi analoghi, per un determinato fatturato, tra i requisiti di capacità tecnica. Si tratta di una scelta che rientra nell'ambito dell'ampia discrezionalità di cui dispone l'amministrazione; né essa può ritenersi illogica, ben potendo trarsi dall'esperienza specifica maturata in servizi analoghi indicazioni relative alle capacità tecniche del concorrente a svolgere l'appalto.

In più occasioni la giurisprudenza ha rilevato come un simile modo di atteggiarsi della disciplina di gara "non è affatto infrequente nella pratica" ed ha tratto la conclusione – che questo collegio condivide – che "qualora la lex specialis di gara intenda il fatturato specifico quale espressione della capacità tecnica e non già di solidità economico-finanziaria, e per la dimostrazione di tale requisito si faccia ricorso all'avvalimento, si è in presenza di un

avvalimento non di garanzia, ma operativo, il che comporta la necessità da parte dell'ausiliaria di una concreta ed adeguata messa a disposizione di risorse determinate, affinché il suo impegno possa dirsi effettivo” (cfr. Cons. Stato, III, n. 68/2021; 25 luglio 2023, n. 7293; n. 1704/2020; V, n. 4396/2018).

18. Il secondo motivo del ricorso incidentale ha ad oggetto il punto 6.5 del disciplinare di gara – ai sensi del quale *“i requisiti di capacità economica e finanziaria nonché tecnica e professionale, devono essere posseduti: 1. per i consorzi di cui all’articolo 45, comma 2 lettera b) del Codice, direttamente dal consorzio medesimo, salvo che 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;”* - e il chiarimento richiesto dal CSeL Consorzio Società Cooperativa Sociale in merito al criterio del cumulo alla rinfusa e alla possibilità di cumulare in capo al consorzio cooperativo i requisiti delle cooperative sociali consorziate indicate come esecutrici dell'appalto, a cui la stazione appaltante ha dato risposta negativa, affermando l’obbligo in capo all’ausiliaria - in forza di quanto previsto all’art. 47, d.lgs. n. 50/2016 e al punto 6.5 del disciplinare di gara – di *“indicare la denominazione dell’ausiliata e il requisito prestato, oltre al rispetto di quanto prescritto nell’art. 89 del d.lgs. n. 50/2016”*.

La ricorrente incidentale ha sostenuto che la legge di gara e il chiarimento sarebbero illegittimi ove interpretati nel senso di ritenere necessario il ricorso all’avvalimento nei casi in cui un consorzio di cooperative utilizzi parte dei requisiti delle consorziate designate quali esecutrici: sarebbero violati gli artt. 45 e 47, d.lgs. n. 50/2016, poiché sarebbe reso inutile l’istituto dei consorzi di cooperative e sarebbe introdotta un’irragionevole disparità di trattamento tra i consorzi di cui all’art. 45, c. 2, lett. b) e i consorzi stabili: di conseguenza, i contratti di avvalimento stipulati tra il Consorzio CSeL - capogruppo del R.T.I. aggiudicatario, che rientra tra i consorzi di cui all’art. 45, comma 2, lett. b) del d.lgs. n. 50/2016 - e due consorziate indicate quali esecutrici (la Solaris Lavoro e Ambiente -doc. 7- e la Cascina Biblioteca) sarebbero irrilevanti.

19. Il motivo è infondato.

La censura ha invocato previsioni normative e pronunce giurisprudenziali che, nel ritenere ammissibile il meccanismo del c.d. cumulo alla rinfusa dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate, senza necessità di ricorrere all’avvalimento, si riferiscono specificamente ai consorzi stabili di cui all’art. 45, c. 2, lett. c), d.lgs. n. 50/2016 e non ai consorzi di cui all’art. 45, co. 2, lett. b), d.lgs. n. 50/2016, cioè consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro, quale è il consorzio CSeL.

Per questi ultimi sussiste l’obbligo di 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: trova invero applicazione l’art. 47, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 il quale prevede che *“i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l’ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all’articolo 45, comma 2, lettere b) e c), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi con le modalità previste dal presente codice, 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".

Solo per i consorzi stabili è ammesso il cumulo alla rinfusa di tutti i requisiti, in forza di quanto disposto al comma 2 bis dell'art. 47, d.lgs. n. 50/2016 (ai sensi del quale *"la 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. Le quote di assegnazione sono proporzionali all'apporto reso dai singoli consorziati nell'esecuzione delle prestazioni nel quinquennio antecedente"*, da ultimo, interpretato autenticamente dall'art. 225, comma 13, del d.lgs. n. 36 del 2023 secondo cui *"l'art. 47, comma 2-bis, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, si interpreta nel senso che, negli appalti di servizi e forniture, la 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, anche se diversi da quelli designati in gara"*).

La differente disciplina è voluta dal legislatore ed è coerente con le caratteristiche proprie del consorzio stabile, disciplinato dall'art. 45, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, in cui prevale l'elemento c.d. teleologico, costituito dalla sua astratta idoneità come autonoma struttura di impresa, capace di eseguire, anche in proprio, e cioè senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate, le prestazioni previste nel contratto, ferma restando la facoltà per il consorzio di eseguire le prestazioni, nei limiti consentiti, attraverso le consorziate (Cons. Stato, Ad. plen., 18 marzo 2021, n. 5; III, 26 aprile 2021, n. 3358; V, 28 marzo 2023, n. 3148).

Il consorzio stabile è, dunque, un soggetto giuridico autonomo, costituito in forma collettiva e con causa mutualistica, che opera in base a uno stabile rapporto organico con le imprese associate, il quale 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; il consorzio è il solo soggetto che domanda di essere ammesso alla procedura e va a stipulare il contratto con l'amministrazione in nome proprio, anche se per conto delle consorziate cui affida i lavori; è il consorzio ad essere responsabile dell'esecuzione delle prestazioni anche quando per la loro esecuzione si avvale delle imprese consorziate, le quali comunque rispondono solidalmente al consorzio per l'esecuzione ai sensi dell'art. 94, comma 1, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 e art. 48, comma 2, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

Diversa è la natura del consorzio fra società di cooperative di produzione e di lavoro il quale, come affermato dall'Adunanza plenaria (con sentenza n. 14 del 20.5.2013) «... può partecipare alla procedura di gara utilizzando i requisiti suoi propri e, nel novero di questi, facendo valere i mezzi nella disponibilità delle cooperative che costituiscono, ai fini che qui rilevano, articolazioni organiche del soggetto collettivo, ossia suoi interna corporis. Il rapporto organico che lega le cooperative consorziate, ivi compresa quella incaricata dell'esecuzione dei lavori, infatti, è tale che l'attività compiuta dalle consorziate è imputata organicamente al consorzio, come unico ed autonomo centro di imputazione e di riferimento di interessi, per cui, diversamente da quanto accade in tema di associazioni temporanee e di consorzi stabili, la responsabilità per inadempimento degli obblighi contrattuali nei confronti della p.a. si appunta

esclusivamente in capo al consorzio senza estendersi, in via solidale, alla cooperativa incaricata dell'esecuzione. ...». (cfr. anche, Cons. Stato, sez. V, 17 luglio 2017, n. 3505).

Quanto affermato dalla ricorrente incidentale circa la possibilità per il consorzio di cooperative di spendere i requisiti delle consorziate esecutrici senza necessità di stipulare contratti di avalimento si pone, dunque, in contrasto con la previsione dettata all'art. 47, d.lgs. n. 50/2016 la quale richiede che i requisiti, tecnici e professionali, di partecipazione debbano essere posseduti direttamente dal consorzio, salvo il cumulo consentito per i requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature dei mezzi d'opera nonché all'organico medio annuo di cui dispongono le consorziate, siano esse o meno indicate come esecutrici.

La previsione dettata al punto 6.3 del disciplinare di gara – la quale dispone che “*i requisiti di capacità economica e finanziaria nonché tecnica e professionale, devono essere posseduti: 1. per i consorzi di cui all'articolo 45, comma 2 lettera b) del Codice, direttamente dal consorzio medesimo, salvo che 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; 2. per i consorzi di cui all'art. 45, comma 2, lett. c) del Codice, dal consorzio, che può spendere, oltre ai propri requisiti, anche quelli delle consorziate i quali vengono computati cumulativamente in capo al consorzio. [...]*” – è, pertanto, pienamente conformemente al quadro normativo sopra delineato.

Parimenti legittimo è il chiarimento con cui la stazione appaltante ha rigettato la richiesta del consorzio CSeL di cumulare, per raggiungere il requisito previsto al punto 6.3 lettera a) del disciplinare, i requisiti posseduti dalle cooperative sociali consorziate esecutrici e ha affermato la necessità per il consorzio di cooperative di ricorrere all'avalimento.

20. Per le ragioni esposte il ricorso incidentale è, dunque, infondato.

21. Si procede con l'esame del ricorso introduttivo.

22. L'eccezione con cui viene contestata l'inammissibilità del ricorso nella parte in cui vengono impugnate la nota del 15 giugno 2023, con cui il responsabile del Servizio Centrale Unica Acquisti ha comunicato agli altri partecipanti alla gara l'avvenuta aggiudicazione e l'avviso prot. 0116751 del 22 giugno 2023 di aggiudicazione dell'appalto in esame, non trattandosi di atti aventi natura provvedimento è priva di rilievo a fronte di atti che non sono oggetto di specifiche censure e, che verrebbero, in ogni caso, travolti in caso di annullamento dell'aggiudicazione: è comunque infondata, ben potendo gli atti endoprocedimentali essere impugnati unitamente al provvedimento lesivo.

21. Con il primo motivo viene contestata la carenza, in capo al RTI CSeL del requisito di capacità tecnica e professionale di cui al punto 6.3 del disciplinare di gara: il contratto di avalimento stipulato tra la Demetra Onlus e la Demetra Specialist, utilizzato da quest'ultima per soddisfare il requisito del 3% del fatturato specifico, sarebbe nullo per assoluta genericità delle risorse messe a disposizione dell'ausiliata.

Anche il contratto di avalimento stipulato dal Consorzio CSeL con la Solaris Lavoro e

Ambiente Soc. Coop. Sociale Onlus, per la messa a disposizione di un fatturato specifico di € 2.500.189,21 e il contratto tra il medesimo Consorzio e la Cascina Biblioteca Società Cooperativa Sociale di Solidarietà a r.l., per la messa a disposizione di un fatturato specifico pari ad € 763.954,00, sarebbero nulli in quanto conterrebbero indicazioni generiche delle risorse messe a disposizione, specie con riferimento ai mezzi e alle attrezzature, e non prevedrebbero neppure un criterio che consenta di individuare e quantificare i mezzi operativi oggetto di avvalimento.

22. La censura è fondata.

22.1 Il punto 6.3 del disciplinare prevede, tra i requisiti di capacità tecnico professionale, alla lettera a) *“aver svolto con buon esito, nel quadriennio 2018 - 2019 – 2020 - 2021 servizi analoghi a quelli oggetto del presente affidamento per enti pubblici o soggetti privati, per un importo complessivo pari o superiore ad € 10.000.000,00 I.V.A. esclusa”*.

Per i raggruppamenti temporanei, al punto 6.4 del disciplinare, viene specificato che il requisito di cui al precedente punto 6.3 lett. a) *“deve essere soddisfatto dal raggruppamento temporaneo nel complesso”*.

Il punto 6.5 detta indicazioni per i consorzi di cooperative e di imprese artigiane e i consorzi stabili prevedendo, come si è già visto, che *“i requisiti di capacità economica e finanziaria nonché tecnica e professionale, devono essere posseduti: 1. per i consorzi di cui all’articolo 45, comma 2 lettera b) del Codice, direttamente dal consorzio medesimo, salvo che 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;”*

Infine, il punto 7 del disciplinare dispone che *“il concorrente può soddisfare la richiesta dei requisiti di carattere economico-finanziario e tecnico professionale di cui ai punti 6.2 e 6.3 anche mediante ricorso all’avvalimento”*.

22.2 I componenti del RTI CSeL hanno dichiarato di possedere il requisito nella percentuale di partecipazione al raggruppamento, cioè 70% CSeL, 27% Demetra Onlus e 3% Demetra Specialist e di soddisfarlo facendo ricorso a contratti di avvalimento.

In particolare, il CSeL ha dichiarato di volersi avvalere dell’esperienza pregressa maturata in servizi analoghi dalla Solaris Lavoro e Ambiente Soc. Coop Sociale Onlus e dalla Cascina Biblioteca Società Cooperativa Sociale di Solidarietà, allegando i relativi contratti di avvalimento; la Demetra Specialist ha dichiarato di volersi avvalere dell’esperienza maturata dalla Demetra Onlus (doc. 17 e 18 della ricorrente).

22.3 La controinteressata ha sostenuto che i due contratti di avvalimento stipulati dal consorzio mandatario con la Solaris Lavoro e Ambiente Soc. Coop. Sociale Onlus e con la Cascina Biblioteca Società Cooperativa Sociale di Solidarietà a r.l. sarebbero superflui in quanto stipulati con due consorziate designate per l’esecuzione dell’appalto.

A suo avviso, il consorzio potrebbe addivenire alla soglia di euro 10.000.000 di fatturato specifico sommando al fatturato specifico posseduto autonomamente dal Consorzio CSeL, quello ad esso portato in dote dalle consorziate esecutrici e quello indicato in sede di gara dalla Demetra Onlus.

Sarebbe quindi superfluo anche il contratto di avvalimento stipulato tra la Demetra Onlus e la Demetra Specialist.

22.4 Queste argomentazioni non possono essere condivise, così come si è affermato al paragrafo 19: in forza di quanto previsto all'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 di capacità tecnica ed economica 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.

22.5 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.

Per tale ragione si può prescindere dall'esaminare la questione relativa alla legittimità o meno della pretesa della controinteressata di raggiungere il requisito mutando la dichiarazione resa in sede di gara, con riferimento al possesso del requisito in questione, in capo alla Demetra Specialist, nella misura del 3%.

22.6 Come si è affermato, qualora – come accade nel caso di specie - la lex specialis di gara intenda il fatturato specifico quale espressione della capacità tecnica e non già di solidità economico-finanziaria, e per la dimostrazione di tale requisito si faccia ricorso all'avvalimento, si è in presenza di un avvalimento non di garanzia, ma operativo, il che comporta la necessità da parte dell'ausiliaria di una concreta ed adeguata messa a disposizione di risorse determinate, affinché il suo impegno possa dirsi effettivo (cfr. Cons. Stato, III, n. 68/2021 e n. 1704/2020; V, n. 4396/2018).

22.7 Secondo orientamento ormai consolidato in giurisprudenza, in caso di avvalimento c.d. tecnico operativo sussiste sempre l'esigenza della concreta messa a disposizione di mezzi e risorse specifiche, e specificamente indicate nel contratto, indispensabili per l'esecuzione dell'appalto che l'ausiliaria ponga a disposizione del concorrente (cfr. Cons. Stato, sez. V, 4 ottobre 2021, n. 6619; V, 21 luglio 2021, n. 5485; V, 12 febbraio 2020, n. 1120; Cons. giust. amm. Sicilia, 19 luglio 2021, n. 722); solo così può dirsi rispettata la regola posta dall'art. 89, comma 1, secondo periodo, d.lgs. n. 50 del 2016 nella parte in cui commina la nullità all'omessa specificazione dei requisiti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria.

Se il contratto di avvalimento non deve necessariamente spingersi sino alla rigida quantificazione dei mezzi d'opera, all'esatta indicazione delle qualifiche del personale messo a disposizione ovvero alla indicazione numerica dello stesso personale, tuttavia, l'assetto negoziale deve consentire quantomeno "l'individuazione delle esatte funzioni che l'impresa

ausiliaria andrà a svolgere, direttamente o in ausilio all'impresa ausiliata, e i parametri cui rapportare le risorse messe a disposizione" (Cons. Stato, sez. IV, 26 luglio 2017, n. 3682); deve cioè prevedere, da un lato, la messa a disposizione di personale qualificato, specificando se per la diretta esecuzione del servizio o per la formazione del personale dipendente dell'impresa ausiliata, dall'altro i criteri per la quantificazione delle risorse e/o dei mezzi forniti (cfr. Cons. Stato, sez. III, 30 giugno 2021, n. 4935; Cons. Stato Sez. V, Sent., 10 gennaio 2022, n. 169).

22.8 Nel caso di specie, anche la *lex specialis*, al punto 7 del disciplinare di gara, ha previsto che non è sanabile - e quindi è causa di esclusione dalla gara - la mancata indicazione dei *"requisiti e delle risorse messi a disposizione dall'ausiliaria in quanto causa di nullità del contratto di avvalimento"*.

22.9 I contratti stipulati tra il CSeL con le consorziate Solaris Lavoro e ambiente soc.coop. sociale onlus e Cascina Biblioteca società cooperativa sociale di solidarietà prevedono, entrambi, la messa a disposizione per l'esecuzione delle prestazioni delle seguenti risorse: *"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"*, *"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 del personale impiegati presso il servizio e il proprio know-how maturato nella gestione dei servizi"*.

22.10 Si tratta di clausole generiche che non consentono di individuare personale, risorse e mezzi concretamente messi a disposizione; i contratti sono, pertanto, nulli per indeterminatezza dell'oggetto.

22.11 Non può condividersi quanto sostenuto dalla controinteressata circa la non necessità di una tale specificazione poiché attrezzature e mezzi d'opera delle due imprese consorziate sarebbero, comunque, nella disponibilità del consorzio in forza della previsione di cui al punto 6.5 del disciplinare (secondo cui *"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"*).

Non si è, invero, al cospetto di un requisito afferente la disponibilità di attrezzature e mezzi d'opera richiesto dalla legge di gara e dimostrato dal consorzio invocando il cumulo con i requisiti posseduti dalle consorziate. Si è di fronte al diverso impegno delle ausiliarie a mettere concretamente a disposizione determinate risorse, affinché il consorzio dimostri il possesso, in proprio, del requisito di fatturato specifico di cui al punto 6.3, lettera a) del disciplinare.

22.11 Ancor più generico è il contratto stipulato tra Demetra Onlus e Demetra Specialist, con cui viene messa a disposizione *"la propria struttura organizzativa, la propria esperienza pluriennale nella gestione delle commesse di manutenzione del verde e le attrezzature necessarie e i macchinari necessari, a supporto della Demetra Specialist srl per far fronte agli impegni conseguenti al contratto di appalto in oggetto e per la corretta esecuzione dei servizi"*.

Anche questo contratto è dunque nullo per indeterminatezza dell'oggetto, come disposto all'art. 89, c. 1, d.lgs. n. 50/2016.

23. La nullità dei tre contratti esclude il possesso del requisito di partecipazione di cui al punto 6.3, lettera a) del disciplinare in capo al raggruppamento CSeL, che avrebbe pertanto dovuto essere escluso dalla gara.

24. Il provvedimento di aggiudicazione deve essere conseguentemente annullato. Le ulteriori censure dedotte con la seconda parte del primo motivo e con il secondo e il terzo motivo possono essere assorbite.

25. Va altresì accolta la domanda di risarcimento in forma specifica, con condanna dell'amministrazione a provvedere all'aggiudicazione in favore della ricorrente principale, salvo l'esito delle verifiche di legge.

26. Non si provvede, invece, sulla domanda con la quale la ricorrente principale ha chiesto di dichiarare inefficace il contratto medio tempore stipulato poiché, dalla documentazione in atti, lo stesso non risulta sottoscritto.

27. Per le ragioni esposte il ricorso principale è fondato e va pertanto accolto, con conseguente annullamento del provvedimento di aggiudicazione. Il ricorso incidentale è invece infondato e va respinto.

28. La complessità della controversia giustifica l'integrale compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

accoglie il ricorso principale e annulla la determinazione n. 900 del 14.6.2023, con gli effetti di cui in motivazione;

respinge il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 23 novembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Silvia Cattaneo, Consigliere, Estensore



Valentina Caccamo, Referendario