

N. 03152/2013REG.PROV.COLL.

N. 01036/2013 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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.
sul ricorso numero di registro generale 1036 del 2013, proposto da:
Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop., in persona del suo legale
rappresentante *pro tempore*, in proprio nonché quale capogruppo e mandataria del
raggruppamento temporaneo di imprese da esso costituito con Cocktail Service
S.r.l., rappresentata e difesa dall'Avv. Massimiliano Brugnoletti, con domicilio
eletto presso il suo studio in Roma, via Antonio Bertoloni, 26/B;

contro

Ministero della Difesa e Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri, in persona
dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, costituitisi in giudizio, rappresentati e
difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei
Portoghesi, 12;

nei confronti di

Facility Management Services Italia S.p.a., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, in proprio nonché quale mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese da essa costituito con Ladisa S.p.a. e Alimentazione Mediterranea S.r.l., rappresentata e difesa dall'Avv. Michele Castellano e dall'Avv. Francesco Paolo Bello, con elezione di domicilio presso lo studio dell'Avv. Arnaldo Del Vecchio, viale Giuseppe Mazzini, 73; Elier Ristorazione S.r.l., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dall'Avv. Riccardo Anania ed elettivamente domiciliata in Roma presso lo studio dell'Avv. Gabriele Pafundi, viale Giulio Cesare, 14;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per il Lazio, Roma, Sez. I-bis n. 10442 dd. 14 dicembre 2012, resa tra le parti e concernente affidamento del servizio di vettovagliamento mediante fornitura di *catering* completo per i reparti dell'Arma dei Carabinieri.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa e del Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri, l'atto di costituzione in giudizio di Facility Management Services Italia S.p.a., in proprio e quale capogruppo e mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese da essa costituito con Ladisa S.p.a. e Alimentazione Mediterranea S.r.l., e l'atto di costituzione in giudizio di Elier Ristorazione S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 16 aprile 2013 il Cons. Fulvio Rocco e uditi l'Avv. Massimiliano Brugnoletti per l'appellante Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop. in proprio e quale capogruppo e mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese da esso costituito con Cocktail Service

S.r.l., l'Avvocato dello Stato Fabrizio Fedeli per gli appellati Ministero della Difesa e Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri, l'Avv. Alberto Linguiti su delega dell'Avv. Michele Castellano per l'appellata Facility Management Services Italia S.p.a., in proprio nonché quale mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese da essa costituito con Ladisa S.p.a. e Alimentazione Mediterranea S.r.l.; e – ancora - l'Avv. Riccardo Anania per la parimenti appellata Elior Ristorazione S.p.a. Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO E DIRITTO

1.1. Il Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri ha indetto una procedura ristretta accelerata per l'affidamento del servizio di ristorazione collettiva a ridotto impatto ambientale per il periodo 1 gennaio – 31 dicembre 2013.

Più in dettaglio, il relativo bando descrive l'oggetto della gara quale *“fornitura del servizio di ristorazione collettiva, a ridotto impatto ambientale, con l'acquisto delle derrate e/o delle materie prime/semilavorati e dei prodotti non alimentari necessari, rifornendone le mense interessate, nonché la progettazione dei menù, la produzione (e, ove necessario, il perfezionamento e la veicolazione) e la distribuzione dei pasti nei locali e con le attrezzature della committente, la rilevazione ed il perseguimento della soddisfazione dell'utente, il riassetto e la pulizia/sanificazione delle stoviglie, attrezzature e dei locali utilizzati (cucina, refettorio, bagni, spogliatoi e magazzini), la disinfezione e derattizzazione dei locali utilizzati e la manutenzione delle attrezzature, macchinari e impianti utilizzati e ricevuti dalla committente, il tutto a cura e con oneri a carico dell'appaltatrice”*.

Va da subito rimarcato che il bando prevede anche quanto segue.

- § 111.1.3), lett. a): *“possono partecipare gli operatori economici di cui all'art. 34 del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 - sia in forma singola (e/o ausiliari) oppure già riuniti o consorziati o che dichiarino di impegnarsi, ex art. 37, comma. 8, del D.L.vo 163 del 2006, a riunirsi o*

consorzarsi in caso di aggiudicazione, conformandosi alle disposizioni del citato art. 37 - che abbiano la capacità di svolgere e svolgano le attività ... e siano comunque specificate le parti e/o fasi e/o le quote del servizio che saranno eseguite da Ciascuno operatore economico, anche se riunito, consorziato o ausiliario”;

- § 111.1.3), lett. b): “... i Consorzi ex art. 34, co. I, lettere b) e c), del D.L.vo 163 del 2006 devono indicare in domanda partecipazione per quali consorziati intendono concorrere ...”;

-§ VI.3), lett. b), quarto alinea: “la domanda di partecipazione ... dovrà specificare, pena nullità/irricevibilità, le parti e/o fasi e/o quote del servizio che saranno eseguite dai singoli operatori economici, anche se riuniti, consorziati o ausiliari”.

Da tali disposizioni discende, quindi, che la *lex specialis* di gara, nel disciplinare al § III.1.3. le modalità di partecipazione alla stessa dei consorzi di cooperative e dei consorzi stabili, ha onerato i consorzi di cui all’art. 34, comma 1, lett. b) e c), del D.L.vo 163 del 2006 di indicare nella domanda di invito alla partecipazione per quali consorziati essi avrebbero inteso concorrere, posto che questi ultimi non avrebbero potuto partecipare in altra forma alla medesima gara.

A’ sensi del § VI.3, lett. b) della medesima *lex specialis* di gara, inoltre, l’omessa specificazione delle parti di servizio delle singole imprese raggruppate o consorziate è stata *expressis verbis* sanzionata dalla stazione appaltante con la nullità, ovvero con l’irricevibilità della domanda di partecipazione

1.2. Il Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop. (d’ora in poi C.N.S.), in qualità di mandatario di un costituendo raggruppamento con Cocktail Service S.r.l., ha presentato domanda di partecipazione/invito alla gara sopradescritta.

Nella circostanza, C.N.S. ha specificato la ripartizione delle quote di servizio all’interno del costituendo raggruppamento da esso rappresentato; e in tale contesto C.N.S., essendo un consorzio di cooperative, ottemperando alla lettera b) del § III.1.3 del bando, ha indicato le cooperative ad esso consorziate che avrebbe utilizzato per l’esecuzione della quota di servizio di propria spettanza.

Più in particolare, C.N.S. ha precisato che, in caso di aggiudicazione, il servizio in appalto sarebbe stato suddiviso fra la propria impresa e Cocktail Service nelle percentuali di seguito indicate: lotti 1, 2, 4, 5 e 6: C.N.S. 98%, Cocktail Service 2%; lotto 3: C.N.S. 84%, Cocktail Service 16%.

C.N.S. ha poi indicato le consorziate che avrebbero eseguito la quota parte di propria pertinenza delle prestazioni, astenendosi peraltro dallo specificare *“le parti e/o fasi e/o quote del servizio”* che sarebbero state eseguite dai soggetti singoli consorziati.

1.3. La stazione appaltante, all’esito della c.d. *“fase di prequalifica”*, non ha utilmente selezionato il candidato Consorzio per l’invito a presentare offerta muovendo dall’assunto per cui *“l’associando C.N.S. -Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop., quale società cooperativa di secondo grado ai sensi dell’art. 34, comma 1, lett. b), del D.L.vo 163 del 2006, pur avendo indicato nella domanda di partecipazione alla gara i consorziati per i quali il consorzio concorre, ha però omissso di specificare le parti e/o fasi e/o quote del servizio che saranno eseguite dai singoli operatori economici consorziati come sopra previamente indicati”*.

In sostanza, quindi, secondo la stazione appaltante medesima, C.N.S. avrebbe violato i surriportati §111.1.3), lett. a), e § VI.3), lett. b), quarto alinea, del bando di gara, posto che - sempre secondo la medesima stazione appaltante - la sua domanda di partecipazione reca la *“seguente (ed indeterminata e contraddittoria) dichiarazione che in caso di aggiudicazione dell’appalto ... C.N.S. provvederà ad affidare l’esecuzione della propria quota parte delle attività oggetto dell’appalto alle proprie associate”*.

1.4.1. Ciò posto, con ricorso proposto sub R.G. 4350 del 2012 innanzi al T.A.R. per il Lazio, Sede di Roma, C.N.S. ha chiesto l’annullamento della determinazione n. 1516/26 dd. 21 maggio 2012, con la quale il Comando Generale dell’Arma dei Carabinieri, Reparto autonomo - Servizio Amministrativo, ha deciso di non invitare il raggruppamento ricorrente a presentare offerta alla procedura ristretta accelerata di cui trattasi, nonché *in parte qua* del relativo bando.

C.N.S. ha chiesto pure il risarcimento del danno discendente dagli atti impugnati.

1.4.2. Con un primo ordine di motivi C.N.S. ha dedotto avverso il provvedimento di esclusione dalla gara l'avvenuta violazione dell'art. 34, comma 1 lett. b) e dell'art. 37 del D.L.vo 163 del 2006, nonché eccesso di potere per illogicità ed irragionevolezza, violazione del principio di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa e violazione dell'art. 97 della Cost..

In particolare, C.N.S. ha con ciò reputato che nessuna prescrizione del bando imponeva ai consorzi di cooperative, tanto meno nella fase di presentazione della domanda di partecipazione, di specificare le parti ovvero le quote di servizio che le consorziate avrebbero dovuto eseguire, sostenendo che la disposizione di cui al § III.1.3, lettera a) del bando di gara, segnatamente posta dalla stazione appaltante a fondamento della sua esclusione - e in forza della quale *“possono partecipare gli operatori economici di cui all'art. 34 del D.L.vo 163 del 2006 sia in forma singola (e/o ausiliari) oppure già riuniti o consorziati o che dichiarino di impegnarsi, ex art. 37, comma 8, del D.L.vo 163 del 2006 a riunirsi e consorziarsi in caso di aggiudicazione, conformandosi alle disposizioni del citato art. 37... e siano specificate le parti e/o fasi e/o quote del servizio che saranno eseguite da ciascun operatore economico anche se riunito, consorziato”* - non si riferirebbe al concorrente consorzio di cooperative, bensì, ai raggruppamenti e consorzi ordinari di concorrenti.

Sempre secondo C.N.S., ulteriore conferma che la lettera a) del § III.1.3 si riferisca ai soli consorzi ordinari di concorrenti e raggruppamenti si rinverrebbe nella successiva lettera b) dello stesso § III.1.3 del bando, laddove specificatamente è disciplinata proprio la partecipazione alla gara dei consorzi di cooperative e dei consorzi stabili, prevedendo quale unico onere a carico di questi ultimi l'indicazione dei consorziati per i quali i consorzi concorrono, ma senza - per l'appunto - chiedere anche l'indicazione delle parti di servizio ad essi assegnate.

C.N.S. ha pure evidenziato che l'art. 37, comma 4, del D.L.vo 163 del 2006 imporrebbe di per sé al solo Consorzio ordinario di concorrenti, oltreché *a fortiori* al raggruppamento temporaneo di imprese che lo comprende, di specificare le quote o parti di servizio che eseguiranno le imprese consorziate, nel mentre, per i consorzi di cooperative prevedrebbe unicamente che questi debbano indicare le “consorziate per le quali concorre”.

Da tutto ciò discenderebbe, secondo C.N.S., che la stazione appaltante, nell'affermare che *la lex specialis* di gara reca una norma che impone anche ai consorziati del consorzio di cooperative di indicare le parti di servizio, oltre a confondere le lettere a) e b) del § III.1.3 del bando, avrebbe anche confuso la figura del consorzio ordinario con quella del consorzio di cooperative.

C.N.S. ha pure invocato a favore della propria tesi il principio di tutela dell'affidamento, fondato su di un'interpretazione assolutamente plausibile degli atti di gara, e ciò per avere esso confidato in un'applicazione della clausola di bando a sé favorevole o per non aver “*intuito*” un inespresso significato della clausola medesima.

1.4.3. Con il secondo motivo di ricorso, C.N.S. ha dedotto invece la nullità della prescrizione del bando, a' sensi dell'art. 46, comma 1-bis del D.L.vo 163 del 2006, e - per l'effetto - anche del provvedimento con il quale è stata disposta la propria esclusione dalla gara, sostenendo che nella tassatività delle ipotesi previste dalla fonte legislativa come causa dell'esclusione medesima non risulterebbe contemplata l'ipotesi che la riguarda, stante il fatto che nessuna disposizione di legge o di regolamento imporrebbe ai consorzi di cooperative di indicare le parti di servizio che eseguiranno le cooperative consorziate menzionate quali esecutrici del servizio; e da ciò discenderebbe pertanto la nullità - comminata sempre dallo stesso art. 46-bis del D.L.vo 163 del 2006 - della relativa disposizione della *lex specialis*.

Ulteriore motivo di nullità è stato inoltre colto da C.N.S. nella circostanza per cui, ove pure si volesse ammettere che l'obbligo anzidetto sussista anche per i consorzi di cooperative (con conseguente estensione anche a tale soggetto imprenditoriale della prescrizione di cui all'art. 37, comma 4, del D.L.vo 163 del 2006), l'obbligo medesimo opererebbe al momento della presentazione dell'offerta (cfr. il bando di gara laddove, per l'appunto, afferma che *"nell'offerta devono essere specificate le parti di servizio"*) e non certo al momento della presentazione domanda di partecipazione della procedura ristretta finalizzata alla qualifica ed al successivo invito a presentare l'offerta, come viceversa è stato nella specie reputato dalla stazione appaltante.

1.5. Si sono costituiti in giudizio il Ministero della Difesa e il Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri, replicando puntualmente alle censure avversarie e concludendo per la reiezione del ricorso.

In particolare, secondo la tesi della stazione appaltante la prescrizione della *lex specialis* di gara con la quale si chiede che siano *"comunque specificate le parti e/o fasi e/o le quote del servizio che saranno eseguite da ciascun operatore economico, anche se riunito, consorziato o ausiliario"* si riferirebbe, in via del tutto inequivoca, *"(a) gli operatori economici di cui all'art. 34 D.L.vo 163 del 2006"* e, quindi, anche alle imprese singole ed ai raggruppamenti e a tutte le tipologie di consorzio ivi contemplate, ossia consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro, consorzi stabili, consorzi ordinari, etc.; e ciò in quanto proprio attraverso il puntuale richiamo al medesimo art. 34 del D.L.vo 163 del 2006 il bando prevedrebbe la possibilità di partecipazione di qualsiasi operatore economico indicato dalla fonte legislativa, intendendosi per *"operatore economico"*, a' sensi dell'art. 3, comma 22, del medesimo D.L.vo 163 del 2006, *"l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi o un raggruppamento o consorzio di essi"*.

Da ciò, pertanto, secondo la stazione appaltante discenderebbe che nel caso di specie si fa riferimento a qualsiasi tipologia di consorzio contemplata dall'anzidetto

art. 34 del D.L.vo 163 del 2006, ivi dunque compresa pure la tipologia dei consorzi fra società cooperative, come – per l'appunto – C.N.S., e che va pertanto ribadito che il bando inderogabilmente consente anche a tali soggetti imprenditoriali la partecipazione al procedimento di scelta del contraente soltanto a condizione che siano comunque specificate *“le parti e/o fasi e/o le quote del servizio”* che saranno eseguite da ciascun operatore economico, anche se riunito, consorziato o ausiliario, dovendo la stazione appaltante medesima rendere il più chiaro possibile l'obbligo a carico di qualsiasi consorzio - e non solo, dunque, di quelli ordinari - di indicare le singole imprese consorziate che avrebbero materialmente eseguito le singole fasi di cui è composto il servizio, nonché la misura dell'esecuzione a loro affidata.

1.6. Con ordinanza n. 2061 dd. 14 giugno 2012 la Sez. I-bis dell'adito T.A.R. ha respinto la domanda di sospensione cautelare degli atti impugnati, avanzata da C.N.S., *“ritenuto che il ricorso in esame non palesa sintomi di prossima fondatezza considerato il tenore testuale inequivoco della lex specialis (par. VI.3), ove interpretato anche alla luce dell'art. 46, c. 1 bis del D.Lvo n. 163 del 2006; Vista la sentenza Cons. Stato, Sez. IV, 27 giugno 2007 n. 3765”*.

1.7. C.N.S. ha proposto a' sensi dell'art. 62 cod. proc. amm. appello avverso tale ordinanza, peraltro respinto con ordinanza n. 3065 dd. 1 agosto 2012 resa da questa stessa Sezione, *“considerato che – impregiudicata ogni ulteriore valutazione nel merito del ricorso introduttivo del giudizio da parte del giudice di I grado – l'appello proposto avverso l'ordinanza di reiezione della misura cautelare non appare fondato. Ciò anche in considerazione del prevalente interesse pubblico al completamento della procedura di gara, già in stato avanzato, e dell'assenza di domanda di partecipazione da parte dell'appellante, il che comporterebbe la necessità di riapertura del termine con conseguente, possibile incisione sul principio di par condicio dei concorrenti”*.

1.8. *Medio tempore*, con decreto n. 11 del Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri la gara è stata aggiudicata, per quanto attiene ai lotti 1, 3, 4 e 5 al raggruppamento temporaneo di imprese

costituito da Facility Management Services Italia S.p.a., quale mandataria, con Ladisa S.p.a. e Alimentazione Mediterranea S.r.l. (d'ora in poi Facility) e per quanto attiene invece ai lotti 2 e 6 alla Elior Ristorazione S.r.l. (d'ora in poi Elior).

1.9. Tale provvedimento è stato impugnato da C.N.S. con motivi aggiunti di ricorso.

1.10. Con sentenza n. 10442 dd. 14 dicembre 2012 la medesima Sez. I-bis dell'adito T.A.R. ha respinto il ricorso di C.N.S., compensando integralmente tra le parti le spese e gli onorari di tale primo grado di giudizio.

2.1. Con l'appello in epigrafe C.N.S. chiede ora la riforma di tale sentenza, riproponendo in sostanza le medesime censure già da essa dedotte nel primo grado di giudizio, ma riferendole al contenuto della sentenza impugnata.

C.N.S. rileva – altresì – che il giudice di primo grado non si sarebbe espresso sulla censura con la quale era stata dedotta l'avvenuta violazione dell'art. 46, comma 1-bis, del D.L.vo 163 del 2006.e contesta l'assunto del medesimo T.A.R. secondo il quale il bando di gara non sarebbe stato ambiguo sul punto controverso circa la latitudine della tipologia dei consorzi assoggettati all'obbligo della specificazione *“delle parti e/o fasi e/o quote del servizio”* che sarebbero state eseguite dai soggetti singoli consorziati.

2.2. Si sono costituiti in giudizio il Ministero della Difesa e il Comando generale dell'Arma dei Carabinieri concludendo per la reiezione dell'appello.

2.3. Si è parimenti costituita nel presente grado di giudizio Facility, non costituitasi innanzi al T.A.R., rassegnando analoghe conclusioni.

2.4. Altrettanto ha fatto Elior, parimenti non costituitasi nel primo grado di giudizio.

3. Alla camera di consiglio del 16 aprile 2013 la causa è stata trattenuta per la decisione anche di merito, previo avviso alle parti presenti..

4.1. Tutto ciò premesso, l'appello in epigrafe va respinto.

4.2. Il primo motivo d'appello di C.N.S. è stato articolato riferendo al giudice di primo grado:

1) la condivisione di un'erronea interpretazione del bando di gara da parte della stazione appaltante, a fronte della tesi di C.N.S. secondo la quale l'obbligo di indicare *"le quote e/o fasi e/o parti del servizio"* graverebbe esclusivamente sui raggruppamenti temporanei e sui consorzi ordinari di concorrenti;

2) la non rilevata ambiguità della relativa clausola e - comunque - l'omessa considerazione della violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, posto che - sempre secondo la tesi di C.N.S. - nessuna disposizione di legge o di regolamento imporrebbe ai consorzi di cooperative, ovvero ai consorzi di cui all'art. 34, comma 1, lett. b) del D.L.vo 163 del 2006 di specificare la ripartizione del servizio tra le imprese ad essi consorziate.

Entrambi tali assunti della parte ricorrente non trovano l'adesione del Collegio.

Non vi è dubbio, infatti, che il § III.1.3, lett. a) del bando di gara reca la richiesta a tutti gli operatori economici di cui all'art. 34 del D.L.vo 163 del 2006, senza alcuna distinzione di sorta, di specificare sin dalla domanda di partecipazione alla gara riferita alla fase di prequalificazione *"le parti e/o le fasi e/o le quote del servizio che saranno eseguite da ciascun operatore economico anche se riunito, consorziato o ausiliario"*.

Va anche rimarcato che lo stesso bando impone di fornire tali dati a pena di irricevibilità della domanda, posto che la lettera b) del punto VI.3 - *"Domanda di partecipazione"*, nell'elencare gli elementi da riportare nella domanda di partecipazione al procedimento di scelta del contraente, inequivocabilmente dispone che ciascun concorrente: *"dovrà specificare, pena nullità irricevibilità, le parti e/o*

fasi e/o quote del servizio che saranno eseguite dai singoli operatori economici anche se riuniti, consorziati o ausiliari”.

A fronte di ciò è pertanto destituita di qualsivoglia fondamento la tesi secondo la quale il bando risultava al riguardo equivoco.

Si trae la definitiva riprova di ciò disaminando nel suo complesso anche la disciplina contenuta nel predetto § III.1.3., laddove testualmente dispone, e per quanto qui segnatamente interessa, che *“ai fini della presentazione della domanda di partecipazione, non è richiesta alcuna forma giuridica particolare: possono partecipare gli operatori economici di cui all’art. 34 del D.L.vo 34 del 2006 sia in forma singola (e/o ausiliari) oppure già riuniti o consorziati e che dichiarano di impegnarsi ex art. 37, comma 8, del D.L.vo 163 del 2006, a riunirsi o consorzarsi in caso di aggiudicazione, conformandosi alle disposizioni del citato art. 37 che abbiano la capacità di svolgere e svolgano le attività ... e siano comunque specificate le parti e/o le fasi e/o le quote del servizio che saranno eseguite da ciascun operatore economico anche se riunito, consorziato o ausiliario”.*

La presenza di margini di ambiguità nella clausola di bando tali da ingenerare il legittimo affidamento nell’ammissione del ricorrente alla gara va dunque recisamente esclusa, stante il surriferito tenore testuale quanto mai chiaro, univoco e concordante della disciplina in esame proprio laddove definisce il proprio ambito oggettivo di applicazione nel senso di imporre a carico dei singoli operatori economici consorziati - senza esclusione per talune tipologie di essi - *“a pena di nullità/irricevibilità”* della domanda di partecipazione alla gara, le quote del servizio che saranno eseguite dalle singole imprese consorziate.

Va anche evidenziata l’assoluta irrilevanza in contrario della circostanza per cui il bando di gara richiede ai consorzi di cui alla lettera b) dell’ art. 34 del D.L.vo 163 del 2006 di specificare anche le imprese ad essi consorziate: dalla lettura del bando sul punto, così come chiarito anche nel provvedimento di esclusione, per i consorzi fra società cooperative e di produzione e lavori è richiesta sin dalla

domanda di partecipazione, sia l'indicazione delle *"quote e/o fasi e/o parti del servizio"* che ciascun consorziato avrebbe eseguito (cfr. § 111.1.3 del bando di gara), sia l'indicazione dei consorziati per i quali il Consorzio intende concorrere (cfr. *ibidem*, § III.1.3, lett. b): e - per l'appunto - la mancata indicazione della ripartizione del servizio tra le imprese consorziate ha inevitabilmente indotto l'Amministrazione appellata all'esclusione di C.N.S. dal procedimento di scelta del contraente.

In termini generali, inoltre, a ragione il giudice di primo grado ha evidenziato che il soggetto che intenda partecipare alla gara per l'affidamento di un appalto pubblico deve comunque indicare la ripartizione dei servizi e delle attività oggetto di gara fra le singole imprese affidatarie per consentire all'Amministrazione di verificare se le imprese esecutrici finali delle lavorazioni siano in possesso dei requisiti necessari per lo svolgimento delle stesse, e che non può ragionevolmente pervenirsi ad una conclusione diversa in dipendenza della circostanza per cui l'offerta è stata presentata da un consorzio di cooperative.

Anche di recente è stato del resto affermato che l'obbligo di specificazione delle parti del servizio da eseguire dalle singole imprese raggruppate o consorziate, sancito dall'art. 37 comma 4, del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163, costituisce espressione di un principio generale che non consente distinzioni legate alla natura morfologica del raggruppamento (*"verticale"* o *"orizzontale"*), alla tipologia delle prestazioni (principali o secondarie, scorporabili o unitarie) o al dato cronologico del momento della costituzione del raggruppamento temporaneo di imprese (cfr. sul punto Cons. Stato, Sez. V, 18 dicembre 2012 n. 6513).

In tale contesto, pertanto, l'offerta formulata da un Consorzio di cooperative, stanti le sue particolari modalità di aggregazione delle imprese che lo compongono, non può risultare caratterizzata da sua assoluta indeterminatezza, risultando insita nel *"sistema"* la necessità per la stazione appaltante di avere adeguata contezza in

ordine ai soggetti che effettivamente eseguiranno le lavorazioni (ed alle relative ripartizioni di compiti), anche ai fini delle necessarie verifiche in ordine al possesso dei requisiti generali di partecipazione alla gara d'appalto, nonché in ordine alla regolarità della gestione delle singole imprese sotto i profili dell'ordine pubblico, di quello economico, nonché della moralità.

Va anche rimarcato che la possibilità - pur normativamente sancita - per cui un consorzio rappresenti un centro autonomo di responsabilità e di imputazioni delle attività svolte, non implica *ex se* che la stessa unitarietà debba valere nei casi in cui il consorzio non venga in rilievo, ai fini della singola gara, quale centro autonomo di imputazione e quale diretto esecutore delle lavorazioni, bensì - e come, per l'appunto, nel caso di specie - per la qualità dei soggetti che vi partecipano (cfr. sul punto, ad es., Cons. Stato, Sez. IV, sent. 27 giugno 2007 n. 3765, richiamata dal giudice di primo grado nella propria ordinanza cautelare n.2061 dd. 14 giugno 2012 emessa *inter partes*), posto che l'esigenza conoscitiva in questione non può in alcun modo ritenersi superabile in considerazione del carattere c.d. "*orizzontale*" del consorzio stesso, ovvero dell'identificabilità in ultima analisi di un soggetto responsabile "*a monte*" per ciascuna parte del servizio da gestire (cfr. *ibidem*).

L'oggettiva frammentazione degli affidamenti e sub-affidamenti disposti dal consorzio di cooperative in caso di aggiudicazione, renderebbero infatti sostanzialmente indeterminabili a priori per la stazione appaltante i soggetti cui sarebbe in concreto demandata ogni singola parte del servizio, con conseguente impossibilità - come si è detto innanzi - di verificare in via preliminare il possesso dei richiamati requisiti e senza che a tanto possa supplire l'individuabilità di un "*responsabile di ultima istanza*"; e il richiamato stato di indeterminatezza si presenta con tanta maggiore evidenza nel caso in cui il consorzio di cooperative intenda affidare in concreto le lavorazioni ad altri soggetti "*di secondo grado*" (sue consorziate), anche per tale via rendendo sostanzialmente impossibile per

l'Amministrazione aggiudicatrice l'individuazione *ex ante* del soggetto che avrebbe infine svolto nel concreto la singola lavorazione (cfr. *ibidem*).

Tale stato di cose è stato ben compreso dalla stazione appaltante non solo in sede di redazione del bando di gara, ma anche nella stessa formulazione del provvedimento di esclusione di C.N.S. dal procedimento di scelta del contraente, posto che in esso si legge che *“le consorziate indicate”* dal medesimo C.N.S. *“hanno oggetto sociale e specializzazione diversa (es. società di pulizie), per cui, ove nelle trattative precontrattuali costituite dalla procedura di scelta del contraente, l'Amministrazione accettasse la proposta (irrituale ed incompleta) del C.N.S., quest'ultimo, in caso di aggiudicazione ben potrebbe affidare fasi del servizio. ad es. di preparazione dei pasti, anche all'impresa di pulizie che nessuna specializzazione e competenza vanta in tale settore”*.

In sostanza, quindi, anche in ragione dell'inciso contenuto nella *“dichiarazione natura giuridica e scopo statutario di C.N.S.- Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa indicazione del socio esecutore”*, per il quale *“in caso di aggiudicazione dell'appalto secondo quanto indicato in premessa, C.N.S. - Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa provvederà ad affidare l'esecuzione della propria quota parte delle attività oggetto dell'appalto alle proprie associate”*, era evidente per la stazione appaltante che la successiva offerta sarebbe stata proposta con assoluta incertezza in ordine al suo contenuto e sulla provenienza: e ciò in ragione del fatto che lo stesso CNS subito specificava che l'affidamento dell'esecuzione della propria quota parte alle consorziate, sarebbe stato disposto solo in caso di aggiudicazione.

A fronte di tale indeterminatezza, correlata – oltre tutto – ad una procedura accelerata ristretta, del tutto correttamente la stazione appaltante ha proceduto all'esclusione di C.N.S.

Va anche rimarcato, in via sistematica, che la circostanza per cui l'art. 37, comma 7, del D.L.vo 163 del 2006 prescrive l'onere per i consorzi di cui alla lettera b) di indicare le consorziate per cui concorre non comporta *ex se* l'esenzione

dall'indicazione da parte degli stessi consorzi della ripartizione in quote ovvero fasi del servizio tra le consorziate: e ciò in dipendenza della stessa ratio della relativa norma, che è quella di vietare la partecipazione alla gara per ciascuna impresa consorziata in qualsiasi altra forma.

Si trae il convincimento di ciò dalla stessa lettura del comma 7 anzidetto: *“E’ fatto divieto ai concorrenti di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti, ovvero di partecipare alla gara anche in forma individuale qualora abbia partecipato alla gara medesima in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti. I consorzi di cui all’articolo 34, comma 1, lettera b), sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara; in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio sia il consorziato; in caso di inosservanza di tale divieto si applica l’articolo 353 del codice penale”*.

L’assunto di C.N.S., secondo il quale proprio la prescrizione di cui all’art. 37 comma 7 del Codice dei contratti imporrebbe ai Consorzi di cui all’art. 34 comma b) del D.L.vo 163 del 2006 la sola indicazione delle imprese consorziate e, nel contempo, vieterebbe alle stazioni appaltanti di richiedere la specificazione in ordine alla ripartizione del servizio tra le stesse, risulta *ex se* apodittico proprio in quanto ricava dalla testuale enunciazione di un obbligo da parte della disciplina da interpretare (*“sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre”*) un’implicita esclusività dell’obbligo medesimo, senza quindi farsi carico degli argomenti sistematici dianzi riferiti, che - per contro - riconoscono in via generale, quale *“clausola”* di funzionalità del *“sistema”*, anche l’obbligo di indicare comunque le quote-parti dei lavori, delle forniture o dei servizi resi da parte delle singole consorziate, e per di più ricavando addirittura un divieto per le stazioni appaltanti di chiedere tale indicazione.

Sul punto il Collegio non sottace che Cons. Stato, Sez. V, 13 ottobre 2010 n. 7470, citata dall’appellante a sostegno della propria tesi, in effetti afferma, con

riferimento all'omologa disciplina contenuta nell'art. 36, comma 5, del D.L.vo 163 del 2006, che nessuna norma imporrebbe alle società consortili permanenti, che hanno natura stabile ed obiettivi statutari travalanti la semplice partecipazione ad una gara, ma che sono soggetti giuridici differenti dalle associazioni temporanee di imprese, di specificare, nell'atto costitutivo; ma reputa che con la predetta sentenza n. 6513 dd. 18 dicembre 2012 la stessa Sezione V abbia condivisibilmente mutato avviso, riconoscendo, per l'appunto, all'art. 37 comma 4, del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 – laddove dispone che *“nel caso di forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati”*, senza distinzioni di sorta per quest'ultima evenienza – la valenza di inderogabile clausola generale del *“sistema”*.

4.3. Va anche respinta la prospettazione di C.N.S. secondo la quale le prescrizioni del bando di gara intese a chiedere a tutti gli operatori economici la specificazione in ordine alla ripartizione del servizio tra i consorziati sarebbero lesive dell'art. 46, comma l-bis, del D.L.vo 163 del 2006, come aggiunto dall'art. 4, comma 2, lett. d) n. 2), del D.L.13 maggio 2011, n. 70 convertito in L.12 luglio 2011 n. 106

Diversamente da quanto affermato dal medesimo C.N.S., il giudice di primo grado ha ampiamente motivato sul punto, rilevando che l'art. 46, comma l-bis del D.L.vo 163 del 2006 chiaramente ed inequivocabilmente contempla anche l'esclusione del concorrente dalla gara nell'ipotesi di *“incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta”*.

Correttamente sul punto il medesimo T.A.R. ha, infatti, affermato che l'indicazione delle quote di riparto del servizio attiene ad una modalità di presentazione dell'offerta, che l'Amministrazione ha anticipato nella sua descrizione alla fase procedimentale della presentazione della domanda per la fase di prequalifica - dovendosi per l'appunto riferire a quest'ultima nell'interpretazione sistematica della *lex specialis* la disposizione per cui *“nell'offerta devono essere specificate le parti di*

servizio” - e che in tale contesto la mancata indicazione delle quote di riparto all'interno del Consorzio si riflette negativamente sulla stessa prefigurazione del contenuto dell'offerta medesima che avrebbe dovuto essere successivamente presentata in modo unitario: offerta che, nondimeno, resta anche incerta circa la sua provenienza a carico dei soggetti esecutori delle rispettive quote.

L'Amministrazione, infatti, ha correttamente evidenziato che la mancanza nella domanda di partecipazione dell'appellante delle specificazioni richieste dal bando, ovvero la mera indicazione di un elevato numero di imprese consorziate (10) astrattamente destinate ad eseguire il servizio, rende indeterminata la domanda di partecipazione e la successiva offerta.

Risultano inoltre del tutto irrilevanti, in proposito, i rilievi formulati nell'atto introduttivo del presente giudizio d'appello sulla circostanza per cui, al momento della presentazione della domanda di partecipazione, il concorrente conoscesse unicamente l'oggetto del servizio, non avendo a disposizione il capitolato e le altre specifiche tecniche idonee a consentire la suddivisione delle parti del servizio medesimo.

Il bando di gara, infatti, al § III.1.3. lettera a) precisa, come già rilevato al § 1.1. della presente sentenza, le attività da svolgere, ossia *“attività di acquisto delle derrate e materie prime semi lavorati e dei prodotti non alimentari necessari, rifornendone le mense interessate, nonché la progettazione dei menù, la produzione (e ove necessario il confezionamento e la veicolazione) e la distribuzione dei pasti nei locali e con le attrezzature della committente, la rilevazione ed il perseguimento della soddisfazione dell'utente, il riassetto e la pulizia-sanificazione delle stoviglie, delle attrezzature e dei locali utilizzati (cucina, refettori, bagni, spogliatoi, magazzini, etc.), la disinfezione, disinfestazione e derattizzazione dei locali utilizzati e la manutenzione delle attrezzature, cucine, macchinari e impianti utilizzati”*, richiedendo – come più volte rimarcato – l'espressa specificazione delle *“parti e/o fasi e/o le quote*

del servizio che saranno eseguite da ciascun operatore economico, anche se riunito, consorziato o ausiliario”.

Deve dunque concludersi nel senso che, sulla scorta dell’elencazione delle attività, C.N.S. ben avrebbe ben potuto - come del resto fatto dalle altre partecipanti alla gara - specificare anche solo la ripartizione delle fasi delle attività surrichiamate tra le consorziate, con ciò sottraendosi alla sanzione dell’esclusione dal procedimento di scelta del contraente.

5. La particolarità della questione trattata induce il Collegio a compensare integralmente tra tutte le parti le spese e gli onorari del presente grado di giudizio. Va peraltro dichiarato irripetibile il contributo unificato di cui all’art. 9 e ss. del D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115 corrisposto per il presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge. Compensa integralmente tra tutte le parti le spese e gli onorari del presente grado di giudizio.

Dichiara - altresì - irripetibile il contributo unificato di cui all’art. 9 e ss. del D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115 corrisposto per il presente grado di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 aprile 2013 con l’intervento dei magistrati:

Paolo Numerico, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere

Raffaele Potenza, Consigliere

Fulvio Rocco, Consigliere, Estensore

Umberto Realfonzo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/06/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)