

N. 01364/2014REG.PROV.COLL.
N. 05561/2013 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5561 del 2013, proposto da:
Cooperativa Polis società cooperativa sociale, in proprio ed in qualità
di capogruppo-mandataria del costituendo r.t.i. con Filadelfia società
cooperativa sociale, rappresentata e difesa dall'avv. Eugenio Dalli
Cardillo, con domicilio eletto presso lo studio Grez e Associati in
Roma, corso Vittorio Emanuele II n. 18;

contro

Con.Sol. - Consorzio di Solidarietà società cooperativa sociale – a r.l.,
rappresentato e difeso dall'avv. Maria Pina Benedetti, con domicilio
eletto presso l'avv. Raffaella Antrilli in Roma, via G. Avezzana n.
2/B;

nei confronti di

IPAB Casa di Riposo "G. De Benedictis";
Organismo straordinario per la provvisoria gestione di tutte le

istituzioni ex II.PP.AA.BB. della Provincia di Teramo;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. ABRUZZO - L'AQUILA: SEZIONE I n. 00633/2013, resa tra le parti, concernente affidamento servizi sanitari sociali e complementari alberghieri presso l'IPAB Casa di riposo "G. De Benedictis"

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Con.Sol.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 febbraio 2014 il Cons. Angelica Dell'Utri e uditi per le parti gli avvocati Dalli Cardillo e Benedetti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con deliberazione 26 giugno 2012 n. 36 l'Organismo straordinario per la provvisoria gestione di tutte le istituzioni ex IPAB della provincia di Teramo indiceva una gara col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'affidamento dei servizi integrati sanitari, assistenziali e complementari dell'IPAB Casa di riposo "G. De Benedictis" per un anno. Al primo posto della graduatoria risultava l'a.t.i. Polis soc. coop. sociale-Filadelfia soc. coop. sociale. Con determinazione 29 gennaio 2013 n. 20 il responsabile del procedimento approvava i verbali di gara e dichiarava

P.a.t.i. aggiudicataria provvisoria.

La seconda graduata Con. Sol. – Consorzio di Solidarietà soc. coop. sociale a r.l. – impugnava tale determinazione e gli atti sottostanti davanti al TAR per l'Abruzzo, sede de L'Aquila. A sua volta, Polis proponeva ricorso incidentale.

Con sentenza 4 luglio 2013 n. 633 della sezione prima, respinto il gravame incidentale, il ricorso principale era accolto, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione, in relazione alla censura, ritenuta assorbente, secondo cui l'aggiudicataria a.t.i. avrebbe dovuto essere esclusa per mancato possesso dell'autorizzazione comunale all'esercizio dei servizi alla persona, costituente requisito di partecipazione e non di esecuzione dell'appalto.

Con atto notificato il giorni 18, 23, 25 e 29 luglio 2013, depositato il 19 luglio 2013, la Cooperativa Polis soc. coop. sociale, in proprio e quale mandataria del costituendo r.t.i., ha appellato detta sentenza, deducendo:

A.- Sulla fondatezza del ricorso incidentale e sull'improcedibilità del ricorso principale per carenza di interesse del Con.Sol. Consorzio di Solidarietà.

1.- Sul capo della sentenza relativo al rigetto del I motivo del ricorso incidentale: errata applicazione delle norme di diritto – carenza di motivazione – illogicità e travisamento dei fatti e degli atti di gara – erroneità in fatto della sentenza n. 633 depositata in data 04.07.2013 del TAR Abruzzo, sede di L'Aquila sotto il profilo dell'illegittimità dell'ammissione alla gara del Con.Sol. Consorzio di Solidarietà per

violazione e falsa applicazione dell'art. 124 del d.lgs. 152/2006 – violazione e falsa applicazione dell'art. 11 punto 3) del capitolato generale e speciale d'oneri – eccesso di potere per carenza di istruttoria – violazione dei principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa – violazione dell'art. 97 della Costituzione.

1.1.- Con.Sol. avrebbe dovuto essere escluso per aver presentato in gara, tramite la subappaltatrice, un'autorizzazione allo scarico delle acque reflue (richiesta a pena di esclusione) ormai scaduta; né la violazione può ritenersi sanata dalla produzione in giudizio dell'autorizzazione in corso di validità, oppure mediante ricorso al c.d. potere di soccorso istruttorio.

1.2.- Sotto altro profilo erroneità della sentenza per falsa applicazione delle norme di diritto, travisamento dei fatti e disparità di trattamento delle parti, avendo il TAR, di contro, ritenuto necessaria l'esclusione di Polis per omessa produzione in sede di gara di un'autorizzazione comunale all'esercizio di servizi alla persona non prevista a pena di esclusione dall'art. 11, punto 8, del capitolato.

2.- Sul capo della sentenza relativo al rigetto del II motivo del ricorso incidentale: errata applicazione delle norme di diritto – carenza di motivazione – illogicità e travisamento dei fatti e degli atti di gara – erroneità in fatto della sentenza n. 633 depositata in data 04.07.2013 del TAR Abruzzo, sede di L'Aquila sotto il profilo dell'illegittimità dell'ammissione alla gara del Con.Sol. Consorzio di Solidarietà per violazione e falsa applicazione dell'art. 11 punto 10 del capitolato generale e speciale d'oneri – violazione e falsa applicazione dell'art. 38

comma 1 lettera l) del codice dei contratti pubblici – violazione e falsa applicazione della legge 68/99 - eccesso di potere per carenza di istruttoria – violazione dei principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa – violazione dell'art. 97 della Costituzione.

Con.Sol. avrebbe dovuto essere escluso *ex cit.* art. 38, co. 1, lett. l), in quanto il Consorzio Futura, indicato quale esecutore, ha presentato dichiarazione non veritiera di non soggezione agli obblighi di cui alla legge n. 68 del 1999 in tema di diritto al lavoro dei disabili, mentre dal modulo C 17 (depositato presso la Camera di commercio) emerge che nel 2011 aveva avuto alle dipendenze un numero medio di lavoratori pari a 96. Erroneamente la censura è stata ritenuta meramente dubitativa e sfornita di prova, poiché la prova risiedeva nel detto modulo C 17, non smentito – diversamente da quanto afferma il primo giudice – dalle attestazioni del Settore lavoro e formazione della provincia di Teramo del 5 ed 8 aprile 2013 riferite all'attualità ed alla data del 30 settembre 2012. Il richiamo all'art. 3 della cit. l. n. 68/99 è irrilevante poiché Con.Sol. non ha provato in giudizio che tra i 96 dipendenti solo un numero inferiore a 15 svolge funzioni tecnico-esecutive o amministrative.

3.- Sul capo di sentenza relativo al rigetto del III motivo del ricorso incidentale: errata applicazione delle norme di diritto – carenza di motivazione – illogicità e travisamento dei fatti e degli atti di gara – erroneità in fatto della sentenza n. 633 depositata in data 04.07.2013 del TAR Abruzzo, sede di L'Aquila sotto il profilo dell'illegittimità dell'ammissione alla gara del Con.Sol. Consorzio di Solidarietà per

violazione e falsa applicazione dell'art. 11 punto 3 del capitolato generale e speciale d'oneri – violazione e falsa applicazione dell'art. 75 del t.u. 163/2006 - violazione e falsa applicazione degli artt. 34 e 37 del t.u. 163/2006 – eccesso di potere per carenza di istruttoria – violazione e falsa applicazione dell'art. 2 del codice dei contratti – violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della Costituzione.

Con.Sol. avrebbe dovuto essere escluso per aver prodotto cauzione provvisoria priva dell'intestazione anche all'impresa Consorzio Futura, pur essendo stati qualificati nella domanda di partecipazione i rapporti fra i due consorzi con richiamo agli artt. 34, co. 1, lett. b) e 37 del d.lgs. n. 163 del 2006. Il TAR ha respinto la censura basandosi sulla affermazione di Con.Sol. di essere consorzio stabile *ex* art. 34, co. 1, lett. c) ed assumendo l'irrilevanza della natura dichiarata in sede di gara, in tal modo travisando fatti rilevati in giudizio e la fornita prova documentale dell'assenza del requisito della stabilità, mediante quanto dichiarato nella domanda di partecipazione. Inoltre, consiste nell'illegittima inversione dell'onere della prova l'assunto secondo cui era obbligo di Polis dimostrare l'assenza del requisito di stabilità, peraltro provata proprio dalla stessa documentazione di gara di Con.Sol. che, del resto, nulla ha prodotto in giudizio per dimostrare, a sua volta, la non rispondenza alla realtà di quanto dichiarato in sede di gara.

4.- Sul capo di sentenza relativo al rigetto del IV e V motivo del ricorso incidentale: errata applicazione delle norme di diritto – carenza di motivazione – illogicità e travisamento dei fatti e degli atti

di gara – erroneità in fatto della sentenza n. 633 depositata in data 04.07.2013 del TAR Abruzzo, sede di L'Aquila sotto il profilo dell'illegittimità dell'ammissione alla gara del Con.Sol. Consorzio di Solidarietà per violazione e falsa applicazione dell'art. 9 del capitolato generale e speciale d'oneri – violazione e falsa applicazione dell'art. 83 del codice dei contratti pubblici - violazione e falsa applicazione degli artt. 86 ss. del codice dei contratti pubblici – eccesso di potere per carenza d'istruttoria – violazione e falsa applicazione dell'art. 2 del codice dei contratti pubblici – violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della Costituzione.

Con.Sol. avrebbe dovuto essere escluso per aver offerto un ribasso del 10,10%, superiore al limite del 10% stabilito dall'art. 9 del capitolato e, per l'effetto, aver presentato un'offerta probabilmente anomala. Il TAR ha rilevato al riguardo che l'anomalia deve essere sempre valutata a posteriori, con l'apposita procedura, e che l'invocata prescrizione di gara si intende come limite di punteggio. Detta prescrizione individua invece, sin dalla predisposizione della normativa di gara da parte dell'IPAB, il limite massimo entro il quale le concorrenti avrebbero dovuto formulare la propria offerta, onde il superiore ribasso offerto da Con.Sol. rivela di per sé l'anomalia.

B.- Sul capo di sentenza relativo all'accoglimento dell'unico motivo di ricorso della ricorrente principale accolto nel giudizio di primo grado.

5.- Errata e falsa applicazione ed interpretazione della *lex specialis* di gara e della normativa applicabile all'affidamento dei servizi socio assistenziali di cui alla legge n. 328/2000, alla legge regionale

dell'Abruzzo n. 2/2005, al decreto ministeriale n. 308/2001 e alla deliberazione della Giunta regionale della Regione Abruzzo n. 1230 del 12.12.2001 – falsa applicazione per travisamento dei fatti introdotti nel giudizio e attestati dagli atti di gara - vizio di *ultra petitum* – carenza istruttoria e illogicità della motivazione.

6.- Errata e falsa applicazione ed interpretazione della normativa di gara nella parte in cui all'art. 11 punto 8 del capitolato speciale d'appalto richiede una mera autorizzazione generica non prevista a pena di esclusione – falsa applicazione della normativa applicabile all'affidamento dei servizi socio assistenziali di cui alla legge n. 328/2000, alla legge regionale dell'Abruzzo n. 2/2005, al decreto ministeriale n. 308/2001 e alla deliberazione della Giunta regionale della Regione Abruzzo n. 1230 del 12.12.2001 – falsa applicazione per travisamento dei fatti introdotti nel giudizio e attestati dagli atti di gara - vizio di *ultra petitum* – illogicità della motivazione.

7.- Errata e falsa applicazione ed interpretazione da parte del TAR Abruzzo nella sentenza n. 633 depositata in data 04.07.2013 della clausola prevista dall'art. 11 punto 8 pagina 21 del capitolato di gara – violazione e falsa applicazione del principio del *favor participationis* - vizio di *ultra petitum* – violazione dell'art. 46 bis del t.u. 163/2006.

8.- Sul capo di sentenza relativo all'accoglimento del VI – Ab) motivo del ricorso introduttivo: errata applicazione delle norme di diritto – carenza di motivazione – illogicità e travisamento dei fatti e degli atti di gara – erroneità in fatto della sentenza n. 633 depositata in data 04.07.2013 del TAR Abruzzo, sede di L'Aquila, sotto il profilo della

violazione e falsa applicazione degli artt. 2 e 46 del d.lgs. 163/2006 e dei principi informanti le procedure ad evidenza pubblica, sub specie buona fede e tutela dell'affidamento – violazione e falsa applicazione dei principi in materia di interpretazione delle clausole ambigue con particolare riguardo ai principi di buona fede e massima partecipazione – eccesso di potere per sviamento della causa tipica, illogicità, difetto di istruttoria ed ingiustizia manifesta.

In data 2 agosto 2013 Con.Sol. si è costituito in giudizio ed ha svolto controdeduzioni, riproponendo altresì i propri motivi di primo grado dichiarati assorbiti.

Con memoria del 27 agosto 2013 Polis ha insistito per l'infondatezza del motivo del ricorso principale di primo grado accolto dal TAR, anche alla luce dell'ottenuta autorizzazione del Comune di Pescara per il settore socio-assistenziale rilasciata il 23 gennaio 2013, quindi anteriormente all'aggiudicazione; nel contempo ha confutato i riproposti motivi assorbiti dell'appellato, eccependo preliminarmente l'inammissibilità dello stesso ricorso in quanto privo di indicazione dei motivi specifici di violazione di legge su cui esso si fonda, come invece prescritto dall'art. 40 c.p.a..

Con memoria del 28 ottobre 2013 Con.Sol. ha eccepito l'improcedibilità dell'appello per difetto di interesse in relazione alla completa esecuzione dell'appalto.

Con memoria del 5 novembre 2013 Polis ha replicato ed eccepito, a sua volta, l'improcedibilità del ricorso introduttivo e della memoria *ex* art. 101 c.p.a. per intervenuta rinuncia, con conseguente riforma della

sentenza appellata senza rinvio. In subordine ha insistito nelle proprie tesi e richieste, premettendo di aver ancora interesse alla propria domanda ai sensi dell'art. 3 del capitolato.

Con.Sol. ha a sua volta replicato in data 9 novembre seguente, precisando che nessuna rinuncia ella ha espresso, anzi ha comunque riaffermato il proprio interesse alla decisione in relazione alla pronuncia sulle spese mediante conferma della sentenza del TAR ovvero accoglimento dei motivi assorbiti, ovvero, in ogni caso, ad una pronuncia ad essa favorevole.

A seguito dell'udienza pubblica del 21 novembre 2013, con ordinanza 4 dicembre 2013 n. 5756 è stata disposta l'acquisizione di documenti a cura dell' I.P.A.B. Casa di Riposo " G. De Benedictis" di Teramo, nonché ordinata all'appellante l'integrazione del contraddittorio nei confronti dell'Organismo straordinario per la provvisoria gestione unificata di tutte le istituzioni ex II.PP.AA.BB. della Provincia di Teramo.

Gli adempimenti sono stati regolarmente eseguiti.

Con memoria dell'11 febbraio 2014 Polis, alla luce delle risultanze istruttorie, ha ulteriormente insistito, in particolare, per l'accoglimento del proprio terzo motivo e per l'infondatezza dei riproposti motivi terzo e quarto del ricorso introduttivo di Con.Sol.

All'udienza pubblica del 27 febbraio 2014 la causa è stata introitata in decisione, previa trattazione orale.

DIRITTO

1.- Com'è esposto nella narrativa che precede, si controverte della

gara col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, indetta dall'Organismo straordinario per la provvisoria gestione di tutte le istituzioni ex IPAB della provincia di Teramo, per l'affidamento di durata annuale, con possibilità di proroga per un pari o inferiore periodo, dei servizi integrati sanitari, assistenziali e complementari dell'IPAB Casa di riposo "G. De Benedictis". La partecipazione a tale gara era consentita ai consorzi di cooperative sociali, alle cooperative sociali di tipo A ed alle associazioni temporanee delle medesime aventi ad oggetto sociale la gestione di servizi identici o simili, in possesso dei prescritti requisiti. La graduatoria finale vedeva al primo posto la costituenda a.t.i. Polis società cooperativa sociale-Filadelfia società cooperativa sociale, al secondo il Consorzio di Solidarietà società cooperativa sociale a r.l. (Con.Sol.), gestore uscente, ed al terzo KCS Caregiver cooperativa sociale.

Approvati gli atti di gara e l'aggiudicazione provvisoria in favore della prima graduata con determinazione del 29 gennaio 2013, Con.Sol. proponeva ricorso davanti al TAR per l'Abruzzo, contrastato dall'aggiudicataria provvisoria anche con ricorso incidentale. Con la sentenza appellata in questa sede quest'ultimo è stato respinto ed il ricorso principale è stato accolto.

2.- In via preliminare vanno esaminate le eccezioni di improcedibilità dell'appello e/o del ricorso di primo grado per difetto di interesse formulate da Con.Sol. nel rilievo che i servizi oggetto della gara sarebbero ormai completamente eseguiti (in virtù di proroga in suo favore) e l'Amm.ne non potrebbe più procedere all'aggiudicazione in

favore (di Con.Sol. o) di Polis, il quale quindi non avrebbe più aspettative nemmeno a fini risarcitori, sicché resterebbe l'unico interesse alla soccombenza virtuale in relazione alla pronuncia sulle spese; ed a tal riguardo ha ribadito la correttezza della sentenza appellata e la fondatezza del proprio motivo con essa accolto.

Polis oppone, in primo luogo, che in tal modo Con.Sol. avrebbe dichiarato di non aver più interesse sia alla conferma della sentenza di primo grado che all'accoglimento dei propri motivi di ricorso assorbiti, sostanzialmente rinunciando al suo ricorso introduttivo, rinuncia da lei accettata; ha perciò chiesto dichiararsi l'improcedibilità del ricorso introduttivo e della memoria *ex art.* 101 c.p.a., con conseguente riforma della sentenza appellata senza rinvio ed espressa declaratoria di conferma del provvedimento di aggiudicazione della gara a suo tempo gravato. In secondo luogo, ha contestato l'assunta, propria carenza di interesse rilevando come l'art. 3 del capitolato preveda espressamente la durata di un anno del contratto decorrente dal 1° novembre 2012 "ovvero dall'effettivo avvio del servizio" con possibilità di proroga per un altro anno, mentre Con.Sol. ha eseguito il servizio solo in forza di proroga del precedente affidamento.

Le eccezioni vanno disattese. Effettivamente l'art. 3 del capitolato speciale, nella seconda versione approvata con deliberazione 9 ottobre 2012 n. 48, posta a base della gara di cui si controverte, prevede che l'appalto "avrà durata di anni 1 (uno) decorrenti da 01.11.2012 ovvero dall'effettivo avvio del servizio, previa sottoscrizione del relativo contratto, e con possibilità di proroga per

un pari o inferiore periodo”. E Con.Sol. ha svolto il servizio in questione non in virtù del contratto stipulato a seguito della gara di cui si controverte, bensì per effetto di proroghe del precedente affidamento, sicché l’Amministrazione resta libera, all’esito del presente giudizio, di provvedere all’aggiudicazione definitiva ed alla stipula del “relativo contratto”, avente decorrenza dall’avvio del medesimo servizio. Ne deriva che permane l’interesse di entrambi i contendenti alla definizione dello stesso, presente giudizio.

3.- Nel merito, va premesso che, circa il rapporto fra ricorso principale (proposto dal concorrente sconfitto in una procedura selettiva) e ricorso incidentale (proposto dal concorrente vincitore), con la recentissima sentenza 25 febbraio 2014 n. 9 l’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, anche in relazione alla pronuncia della Corte di giustizia UE, sez. X, 4 luglio 2013, causa C-100/12, ha espresso, per quanto qui rileva, i seguenti principi di diritto:

a) il giudice ha il dovere di decidere la controversia, ai sensi del combinato disposto degli artt. 76, co. 4, c.p.a. e 276, co. 2, c.p.c., secondo l’ordine logico che, di regola, pone la priorità della definizione delle questioni di rito rispetto alle questioni di merito e, fra le prime, la priorità dell’accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali rispetto alle condizioni dell’azione;

b) nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, deve essere esaminato prioritariamente rispetto al ricorso principale il ricorso incidentale escludente che sollevi un’eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario, in quanto soggetto che non ha mai partecipato alla gara, o che vi ha partecipato ma è stato correttamente escluso ovvero che avrebbe

dovuto essere escluso ma non lo è stato per un errore dell'amministrazione; tuttavia, l'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora risulti manifestamente infondato, inammissibile, irricevibile o improcedibile;

c) nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, il ricorso incidentale non va esaminato prima del ricorso principale allorquando non presenti carattere escludente; tale evenienza si verifica se il ricorso incidentale censuri valutazioni ed operazioni di gara svolte dall'amministrazione nel presupposto della regolare partecipazione alla procedura del ricorrente principale;

d) nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, sussiste la legittimazione del ricorrente in via principale - estromesso per atto dell'Amministrazione ovvero nel corso del giudizio, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale - ad impugnare l'aggiudicazione disposta a favore del solo concorrente rimasto in gara, esclusivamente quando le due offerte siano affette da vizio afferente la medesima fase procedimentale come precisato in motivazione.

3.1.- Alla stregua dei principi suddetti, e tenuto conto che nel caso in esame non vi erano soltanto due concorrenti, dev'essere ritenuto prioritario l'esame dell'appello, nella parte in cui contesta la reiezione dei motivi del ricorso incidentale di primo grado, rispetto ai riproposti motivi del ricorso principale di primo grado.

In caso di accoglimento di detta parte dell'appello, infatti, verrebbe meno la stessa condizione dell'azione costituita dalla legittimazione a ricorrere di Con.Sol., con riguardo non solo sia, ovviamente, alla parte non escludente relativa agli atti ed operazioni di gara, sia alla parte diretta all'esclusione dell'aggiudicataria, ma anche alla restante parte

mirante in via strumentale alla rinnovazione integrale della gara. Invero, è stato affermato che ciò “rende irrilevante esaminare (...) se l'intervenuta aggiudicazione sia, sotto altri profili, conforme o meno al diritto ovvero se sussistano vizi della procedura (cui il ricorrente non aveva titolo a partecipare) capaci di travolgere l'intera gara” (cf. cit. Ad. plen., n. 9 del 2014, punto 8.3.5).

Diversamente dal quanto rappresentato dalla difesa di parte appellata nel corso della trattazione orale, è pertanto irrilevante che nel ricorso principale di primo grado siano state dedotte censure avverso le deliberazioni di indizione del bando, nonché le deliberazioni n. 48 del 2012, di riapertura dei termini e rettifica del capitolato, e n. 58 del 2012 di nomina della commissione; censure che, per quanto detto, non hanno priorità d'esame benché si riferiscano ad un momento procedimentale anteriore a quello dell'ammissione dei concorrenti, investito dal ricorso incidentale di primo grado e dai motivi d'appello.

3.2.- E tra i detti motivi d'appello la Sezione reputa fondato il terzo, col quale si deduce che erroneamente il TAR ha disatteso la doglianza avverso l'ammissione di Con.Sol. alla gara, nonostante la produzione, quale cauzione provvisoria, di polizza assicurativa intestata al solo Con.Sol. anziché anche al Consorzio Futura cooperativa sociale, indicato “ai sensi dell'art. 34, comma 1, lettera b) e dell'art. 37 del D.Lgs. n. 163/2006” al punto p) della domanda di partecipazione alla procedura come cooperativa socia che eseguirà il servizio.

3.3.- In proposito, il primo giudice ha ritenuto la censura infondata “poiché Con.Sol. è consorzio stabile, connotato da una sorta di

rapporto organico che lega ad esso le imprese partecipanti, con una sua autonoma identità soggettiva e di qualificazione”, diversamente dai consorzi ordinari e dai raggruppamenti temporanei, tale che “è lo stesso Consorzio ad assumere su di sé l’onere delle prestazioni contrattuali”, restando irrilevante l’indicazione normativa di una coalizione temporanea, stante quanto dichiarato ai punti h) e p) della domanda ed avuto riguardo all’effettiva struttura giuridica della compagine concorrente, e nel contempo non essendo provata in concreto dalla ricorrente incidentale l’assenza del requisito della stabilità.

3.4.- Precisato che al punto h) della domanda di partecipazione Con.Sol, ha dichiarato di essere “Consorzio di Cooperative di tipo C”, in quanto tale iscritto all’albo delle cooperative sociali della Regione Abruzzo ed all’albo nazionale delle cooperative sociali ai sensi del d.m. 23 giugno 2004, tanto non prova l’effettiva struttura giuridica del concorrente sia connotata da stabilità e, dunque, che sia frutto di mero refuso il predetto richiamo normativo all’art. 37 del codice dei contratti, riguardante i raggruppamenti temporanei ed i consorzi ordinari.

In primo luogo, il parimenti richiamato art. 34, co. 1, lett. b), concerne i “consorzi fra 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. 433”, quando Con.Sol. si è invece

definito come Consorzio di cooperative sociali.

In secondo luogo, dai certificati della Camera di commercio di Chieti in date 24 luglio e 28 agosto 2012, allegati alla domanda di partecipazione, la forma giuridica di Cons.Sol. è indicata come “consorzio” e quella del Consorzio Futura di “società cooperativa”, con la precisazione (mancante invece per Con.Sol.) dell’iscrizione all’albo delle società cooperative, nella sezione “cooperative a mutualità prevalente di diritto”, “categoria cooperative sociali”, “categoria attività esercitata: cooperative di produzione e lavoro”. Inoltre, dalle informazioni sull’oggetto sociale e sullo statuto di entrambe non risulta altro che un’aggregazione di cooperative priva di stabilità; in particolare, non risulta l’aggregazione a Con. Sol. del Consorzio Futura, tanto meno col carattere di stabilità mediante la costituzione ai sensi della legge n. 422 del 1909 di una struttura organizzativa comune dotata di statuto a norma degli artt. 2 ss. della stessa legge, avente i requisiti previsti dall’art. 2, co. 2 (numero non inferiore a tre cooperative e sottoscrizione di un capitale sociale di un determinato importo), del successivo d.lgs. n. 1477 del 1947 e ss.mm.ii..

Né il fatto che l’art. 8 della legge 8 novembre 1991 n. 381 (recante disciplina delle cooperative sociali) estenda l’applicabilità della stessa legge ai “consorzi costituiti come società cooperative aventi la base sociale formata in misura non inferiore al settanta per cento da cooperative sociali” consente di ritenere implicita l’avvenuta formazione della detta struttura comune, dal momento che tale

normativa concerne, per quanto qui rileva, essenzialmente uno specifico regime nelle materie del lavoro subordinato e tributaria.

D'altra parte, l'art. 1, co. 2, di tale legge dispone l'applicazione alle cooperative sociali (quindi anche ai consorzi *ex* art. 8) delle norme relative al settore in cui operano, in quanto compatibili. Pertanto, se è vero che con l'iscrizione nella sezione C dell'albo regionale prevista dall'art. 2 della l.r. Abruzzo 8 novembre 1994 n. 85 deve ritenersi comprovata la qualità di Con.Sol. di consorzio "di cui all'art.8 della Legge 8- 11- 1991, n. 381", nondimeno per essere qualificato quale soggetto previsto dall'art. 34, lett. b), del codice dei contratti avrebbero dovuto risultare i menzionati requisiti e condizioni previsti dalla legge n. 422 del 1909 e del d.lgs. n. 1477 del 1947, citati.

3.5.- In assenza di ciò, nonché in presenza del ridetto richiamo all'art. 37 dello stesso codice dei contratti, ossia alla stregua della domanda di partecipazione alla procedura e della documentazione ad essa allegata, è evidente che Con.Sol. si è configurato in gara come soggetto autonomo e distinto dal Consorzio Futura, il quale quindi assume la veste di soggetto indicato come temporaneamente da associare sicché – a parte che si sarebbero dovute osservare tutte le formalità di partecipazione previste per i costituendi raggruppamenti temporanei, ivi compreso l'impegno ad associarsi - la polizza assicurativa avrebbe dovuto anche ad esso essere intestata.

Tanto in base al principio generale, affermato dalla consolidata giurisprudenza, secondo cui in caso di a.t.i. costituenda la garanzia dev'essere intestata a tutte le associande, atteso che il soggetto da

garantire non è l'a.t.i. nel suo complesso, non ancora costituita, né la sola capogruppo, ma tutte le imprese associande che durante la gara operano individualmente e responsabilmente negli impegni connessi alla partecipazione alla gara stessa, ivi compreso, in caso di aggiudicazione, quello di conferire mandato collettivo alla capogruppo che stipulerà il contratto con l'Amministrazione (cfr., tra le più recenti, Cons. St., sez. VI, 12 aprile 2013 n. 1996). Principio, questo, per il quale non occorre espressa previsione nella *lex specialis* di gara e la cui inosservanza non abbisogna di essere sanzionata con esplicita clausola di esclusione, discendendo da regole generalissime desumibili dall'art. 75 del codice dei contratti, nonché dall'intero contesto della normativa in materia di procedure ad evidenza pubblica.

3.6.- Infine, non ricorrendo il caso della regolarizzazione di un documento già esistente ma del cambiamento radicale della qualità soggettiva del concorrente, al contrario di quanto sostenuto da Cons.Sol. non era utilizzabile il c.d. "potere di soccorso" di cui all'art. 46, co. 1, del codice dei contratti (o, meglio, all'art. 6, co. 1, lett. b), della legge 7 agosto 1990 n. 241, trattandosi, nella specie, di procedura per l'affidamento di servizio incluso tra quelli elencati nell'allegato II B al codice dei contratti).

3.7.- Resta da aggiungere, a confutazione dell'argomentazione del primo giudice in ordine all'assunto onere di Polis di provare "in concreto l'assenza del requisito della stabilità, sulla base del quale il consorzio è stato ammesso a gara", che tal prova era fornita dallo

stesso Consorzio con le sue stesse dichiarazioni e documentazione; perciò Polis non doveva dimostrare altro.

Anzi, neanche in questa sede, ove – soltanto, e nel corso della discussione orale - Con.Sol. ha sostenuto di essere consorzio di cooperative di secondo grado ai sensi dell'art. 34, co. 1, lett. b), del d.lgs. n. 163 del 2006, esso ha dato prova di tanto; più precisamente, in relazione alla categoria dell'attività esercitata di produzione e lavoro, non ha dimostrato di essere costituito a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422 e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577 ss.mm.ii., avendo istituito una struttura organizzativa comune dotata di statuto con un numero non inferiore a tre cooperative e sottoscrizione di un capitale sociale del prescritto importo.

4.- Le considerazioni sin qui esposte conducono all'accoglimento dell'appello, con assorbimento di ogni altro profilo non trattato.

Ne deriva la riforma della sentenza appellata nel senso dell'accoglimento del ricorso incidentale di primo grado e declaratoria di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse del ricorso principale di primo grado.

Quanto alle spese di entrambi i gradi, la peculiarità e la complessità della fattispecie ne consigliano integrale compensazione tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie il medesimo appello e, per l'effetto, in riforma

della sentenza appellata accoglie il ricorso incidentale di primo grado e dichiara improcedibile il ricorso principale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 febbraio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Michele Corradino, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere, Estensore

Alessandro Palanza, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/03/2014

IL SEGRETARIO

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