

Parere n. 65 del 7 aprile 2011

PREC 272/10/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di Sant'Ambrogio sul Garigliano (FR) - Servizio di trasporto degli alunni della scuola materna e dell'obbligo per gli anni scolastici 2010/2011 e 2011/2012 - Importo a base d'asta € 60.000,00 - S.A.: Comune di Sant'Ambrogio sul Garigliano (FR).

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 26 ottobre 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale il Comune di Sant'Ambrogio sul Garigliano, in qualità di stazione appaltante, ha chiesto una pronuncia di questa Autorità in merito alla questione, insorta in fase di gara, concernente la natura giuridica del concorrente Consorzio Sociale Millenium e, in particolare, se lo stesso sia da considerare come consorzio di cooperative, e in quanto tale soggetto a rilasciare in sede di gara le dichiarazioni di cui all'art. 37, comma 7 e all'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, ovvero se sia da ritenersi semplice società cooperativa che associa persone giuridiche (nello specifico cooperative) e come tale non avente nulla a che vedere con i consorzi ordinari di cui all'art. 2602 e ss. del codice civile. La stazione appaltante ha precisato, altresì, che nutrendo il dubbio che il Consorzio Sociale Millenium possa essere considerato come consorzio di cooperative e, quindi, tenuto a rendere le dichiarazioni richieste dal disciplinare di gara al punto 2) lett. i) i.1) (indicazione del consorziato o dei consorziati per i quali il consorzio concorre alla gara, ex art. 37, comma 7 del D.Lgs. n. 163/2006) e al punto 2) lett. i) i.2) (possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 da parte del consorziato o dei consorziati indicati), ha deciso di non procedere all'apertura dell'offerta economica del Consorzio medesimo e ha prodotto, ai fini dell'espressione del parere richiesto a questa Autorità, la lettera di chiarimenti prot. n. 4010 del 9 settembre 2010, inviata dal legale rappresentante del Consorzio concorrente con allegata visura camerale e Statuto. In tale lettera di chiarimenti il legale rappresentante ha precisato che: - il Consorzio Sociale Millenium Soc. Coop Sociale ha la forma giuridica di una società cooperativa, che associa persone giuridiche (nello specifico cooperative). E' regolato dall'art. 8 della legge n. 381 del 8 novembre 1991 e successive modifiche e non ha nulla a che vedere con i consorzi di cui all'art. 2602 e ss. del codice civile; - a norma dello Statuto può operare direttamente, cioè gestendo il servizio all'interno della propria struttura, oppure affidare parte del servizio a una o più cooperative socie. In quest'ultimo caso nella domanda di partecipazione devono essere indicati esplicitamente i dati delle cooperative che gestiranno, anche parzialmente, i servizi; la gara di cui all'oggetto, in caso di aggiudicazione, sarà gestita integralmente dalla struttura interna del Consorzio Sociale Millenium, senza affidamento alle cooperative socie; - l'unico rappresentante legale del Consorzio concorrente è Miele Luigi, unico con potere di firma e con potere contrattuale, nonché unico direttore tecnico; - nessun socio e/o amministratore delle cooperative socie ha poteri contrattuali all'interno del Consorzio.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità non è stata prodotta alcuna memoria aggiuntiva dalla stazione appaltante, mentre il Consorzio Sociale Millenium ha ritenuto di non partecipare al contraddittorio documentale con proprie controdeduzioni.

Ritenuto in diritto

Con l'istanza di parere in oggetto viene portata all'attenzione dell'Autorità la questione controversa concernente la natura giuridica del concorrente Consorzio Sociale Millenium, in specie se lo stesso sia da considerare come consorzio di cooperative, tenuto a rendere le dichiarazioni - richieste dal disciplinare di gara "*limitatamente ai consorzi di cooperative o di imprese artigiane*" - specificate al punto 2) lett. i) i.1) (indicazione del consorziato o dei consorziati per i quali il consorzio concorre alla gara, ex art. 37, comma 7 del D.Lgs. n. 163/2006) e al punto 2) lett. i) i.2) (possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 da parte del consorziato o dei consorziati indicati).

A tal fine soccorre il testo dello Statuto (presente in atti), approvato il 25 giugno 2004 a seguito di modifica dell'oggetto sociale e della denominazione sociale nell'attuale "*Consorzio Sociale Millenium Soc. Coop. Sociale*". Infatti, nel Titolo II di detto Statuto, con riferimento allo scopo, si legge che "*La cooperativa, con scopo consortile e non avente fine di lucro, operando nel rispetto dei principi della mutualità persegue il benessere della comunità ed esplica la propria attività ai sensi della Legge 381/91 e della Legge regionale di applicazione del Lazio. Essa si propone di associare e raggruppare cooperative, secondo i principi della mutualità così come previsti dall'art. 26 del D.Lgs. C.P.S. 14 dicembre 1947 n. 1577 e sue successive integrazioni e modifiche, al fine di agevolare, sorreggere ed integrare la loro azione e consentire in questo modo un più facile raggiungimento dei loro fini statutari*". Inoltre, dalla visura camerale (anch'essa presente in atti) si evince che l'elenco soci è interamente composto da cooperative sociali (Bassa Ciociaria Società Cooperativa; Cooperativa Sociale TR.AS.LAV.; HA.L.I.S. Società Cooperativa Sociale; Cooperativa Sociale Aeneas

Società Cooperativa; Cooperativa Sociale Novitas Onlus) e che nell'oggetto sociale figura, tra le altre, l'attività di "Trasporto anche turistico di persone, compresa la gestione di Scualabus", compatibile con l'oggetto dell'appalto di servizi di cui trattasi.

Si tratta, quindi, di una Società cooperativa consortile, che associa cooperative, ed opera in conformità alla Legge 8 novembre 1991, n. 381, il cui art. 8 stabilisce che *"le disposizioni di cui alla presente legge si applicano ai consorzi costituiti come società cooperative aventi la base sociale formata in misura non inferiore al settanta per cento da cooperative sociali"*.

Con riferimento a tale tipologia di Consorzio una recente giurisprudenza ha ritenuto che trattasi di *"un consorzio (di secondo grado) di cooperative, cui si applica l'art. 27 del D.Lgs. C.P.S. 14/12/ 1947 n. 1577, in quanto tale ammesso a partecipare alle gare d'appalto per l'affidamento di pubblici servizi, ai sensi dell'art. 34, lett. b) del D.Lgs. 12/4/2006, n. 163"* (in tale senso, T.A.R. Sardegna Cagliari, Sez. I, 26 gennaio 2010, n. 84 e T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 14 gennaio 2011, n. 51).

Nel generale disposto di cui all'art. 34 comma, 1 lett. b), infatti, sono annoverati, tra i soggetti ammessi a partecipare alle gare, oltre ai consorzi tra imprese artigiane (di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443) anche *"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"*. Con riferimento a questa tipologia di consorzi il comma 7 dell'art. 37 del D.Lgs. n. 163/2006, al secondo periodo, stabilisce che gli stessi *"sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre..."*, in quanto l'attività di impresa prestata nell'interesse mutualistico dei singolo consorziati, che costituisce il tratto distintivo di tali Consorzi, fa sì che di regola il consorzio non esegua in proprio, ma sempre a mezzo del consorziato. Mentre con riferimento ai requisiti di partecipazione alle gare di tali soggetti, occorre distinguere tra requisiti di idoneità tecnica e finanziaria, il cui possesso è richiesto esclusivamente al consorzio (essendo gli stessi ritenuti cumulabili in capo al consorzio medesimo) e requisiti di natura generale, di ordine pubblico e di moralità, che vanno invece accertati anche in capo alle singole imprese consorziate indicate quali esecutrici.

Ebbene, nel caso di specie, se dalla documentazione prodotta (Statuto e visure camerali) si evincono gli elementi necessari a configurare il concorrente Consorzio Sociale Millenium, secondo la qualificazione coniata dalla giurisprudenza amministrativa citata, come *"un consorzio (di secondo grado) di cooperative, cui si applica l'art. 27 del D.Lgs. C.P.S. 14/12/ 1947 n. 1577"*, e *"in quanto tale ammesso a partecipare alle gare d'appalto per l'affidamento di pubblici servizi, ai sensi dell'art. 34, lett. b) del D.Lgs. 12/4/2006, n. 163"*, non sono rinvenibili, invece, nei documenti in atti elementi idonei a suffragare l'asserita possibilità di operare direttamente, senza indicare imprese consorziate quali esecutrici del servizio oggetto dell'appalto, non emergendo l'esistenza di una autonoma "struttura operativa" interna del Consorzio a tal fine costituita.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione e sulla base della documentazione prodotta, che il concorrente Consorzio Sociale Millenium sia da considerare un consorzio (di secondo grado) di cooperative, cui si applica l'art. 27 del D.Lgs. C.P.S. 14/12/ 1947 n. 1577, e in quanto tale ammesso a partecipare alle gare d'appalto per l'affidamento di pubblici servizi ai sensi dell'art. 34, lett. b) del D.Lgs. n. 163/2006.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 21 aprile 2011

Il Segretario: Maria Esposito