

Consiglio di Stato, Sez. V, 7/10/2008 n. 4901

Sulla legittimità dell'aggiudicazione di un appalto di servizi ad una società cooperativa.

La disciplina codicistica, segnatamente a seguito della riforma del diritto societario di cui al D.lgs. 17.01.2003, n. 6 (recante "riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative") ha sancito una sostanziale assimilazione delle società cooperative alle società di capitali. In particolare, l'art. 2511 cod. civ. definisce le cooperative come "società a capitale variabile con scopo mutualistico", mentre il successivo art. 2518 stabilisce che "nelle società cooperative per le obbligazioni sociali risponde soltanto la società con il suo patrimonio", così sancendo, anche per tali società, la separazione del patrimonio sociale rispetto a quello dei singoli soci, analogamente a quanto accade per le società di capitali. Infine l'art. 2519 cod. civ., a chiusura della disciplina dedicata alle società cooperative, prevede che a queste ultime, "per quanto non previsto dal presente titolo, si applicano in quanto compatibili le disposizioni sulla società per azioni". Inoltre, i principi comunitari sanciti dal Trattato istitutivo della Comunità Europea in materia di del principio di concorrenza (art. 39, 43, 48, 81 del Trattato), in una con le disposizioni comunitarie sugli appalti di servizi, ostano, in ossequio alla giurisprudenza della Corte di giustizia, a discriminazioni fondate sul dato meramente formale della veste assunta ad un operatori economici. Conseguentemente, è legittima l'aggiudicazione di un appalto di servizi ad una società cooperativa.

Materia: appalti / disciplina

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale Quinta Sezione

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

Sul ricorso in appello n. 10713/2006 del 29/12/2006, proposto dalla società BASSANETTI S.R.L. rappresentata e difesa dagli avvocati DIEGO VAIANO e GIORGIO BOTTANI con domicilio eletto in Roma, Lungotevere MARZIO n. 3, presso lo studio del primo;

contro

il COMUNE DI SAN COLOMBANO AL LAMBRO rappresentato e difeso dagli avvocati GIOVANNI SPADEA e MANFREDI BETTONI con domicilio eletto in Roma, via BARBERINI n. 29, presso lo studio del secondo;

e nei confronti di

LA LUNA S.C.A.R.L. non costituitasi;

per la riforma

della sentenza del TAR LOMBARDIA - MILANO :Sezione III n.2147/2006, concernente AGGIUDICAZIONE APPALTO SERVIZI DI IGIENE URBANA (RIS.DANNO) ;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del COMUNE DI SAN COLOMBANO AL LAMBRO

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 04 Marzo 2008, relatore il Consigliere Francesco Caringella ed uditi, altresì, gli avvocati Donella Resta per delega Diego Vaiano e Manfredi Bettoni;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO E DIRITTO

1. Con la sentenza appellata i Primi Giudici hanno respinto il ricorso proposto dalla società Bassanetti S.r.l. avverso gli atti relativi alla procedura relativa alla gara di appalto del servizio di igiene urbana del Comune di San Colombano al Lambro per il periodo 03.01.2005 - 31.12.2005, culminata nell'aggiudicazione in favore della Cooperativa sociale La Luna a r.l..

In sede di appello la ricorrente contesta gli argomenti posti a fondamento del decisum.

Resiste il Comune intimato.

All'udienza del 4 marzo 2008 la causa è stata trattenuta per la decisione.

2. Con il primo gruppo di motivi la parte appellante reitera le censure con le quali già in primo grado aveva stigmatizzato l'ammissione alla procedura della Cooperativa La Luna nonostante il difetto dei necessari requisiti tecnici prescritti dalla *lex specialis* e, in ogni caso, contesta la decisione della stazione appaltante di consentire l'integrazione della documentazione carente al riguardo.

I motivi non colgono nel segno.

2.1. Giova premettere, in punto di fatto, che l'art. 11 del bando di gara richiedeva quali requisiti di ammissione: 1) l'aver prestato nel triennio 2001-2002-2003 servizi analoghi a quello oggetto del presente bando a favore di Enti pubblici o privati; 2) aver avuto, nel medesimo triennio, un fatturato derivato da servizi analoghi a quelli oggetto del presente bando non inferiore all'importo posto a base di gara; 3) possedere l'iscrizione all'Albo delle Imprese che effettuano la gestione dei rifiuti e le autorizzazioni previste dalle vigenti norme in materia.

La cooperativa sociale La Luna a r.l. ha dichiarato di "aver prestato nel triennio 2001-2002-2003 servizi analoghi a quello oggetto del presente bando a favore di Enti pubblici o privati, in particolare: raccolta differenziata e spazzamento a favore di Astem per un importo di € 239.173,00". Se ne ricava, sul versante schiettamente formale, che la dichiarazione resa dalla cooperativa aggiudicataria appare conforme a quanto preteso dall'art. 16, punto 2, lett. m) del bando (pag. 5), il quale richiedeva che ciascun concorrente rendesse la semplice dichiarazione di aver svolto un servizio analoghi a quello oggetto dell'appalto. La Sezione osserva sul punto che la "raccolta differenziata e lo spazzamento dei rifiuti" -alle quali si riferisce la dichiarazione in argomento- rientrano tra i servizi oggetto dell'appalto mentre la normativa di gara non imponeva che la dichiarazione concernesse i modo esplicito l'espletamento di tutti i servizi oggetto della procedura (servizi da espletare a domicilio sul territorio comunale; servizi da espletare mediante il posizionamento di contenitori; servizi da espletare mediante

posizionamento di container; servizi di raccolta, trasporto e/o smaltimento, da espletare mediante impiego di mezzo "ecomobile"; pulizia delle strade). Si deve soggiungere, sempre per restare sul terreno della rispondenza della dichiarazione resa alle prescrizioni recate dalla normativa regolatrice della procedura, che la citata disposizione del bando [art. 16, punto 2, lett. m)], non richiedeva la presentazione, contestualmente alla trasmissione dell'offerta, della documentazione atta a dimostrare il possesso dei requisiti, ma una mera dichiarazione da parte di ciascun candidato riguardante il pregresso svolgimento di servizi analoghi a quelli oggetto di gara.

2.2. Assodata la conformità della dichiarazione resa alla *lex specialis*, non è allora censurabile, sotto il dedotto profilo della lesione della *par condicio*, la determinazione assunta dal Comune di richiedere alla cooperativa sociale La Luna, prima di addivenire all'aggiudicazione provvisoria dell'appalto, in ossequio all' art. 17 del bando, la documentazione comprovante lo svolgimento dei servizi indicati dall'avviso di gara. Con tale *modus procedendi* Commissione, lungi dal consentire un'inammissibile integrazione documentale ai sensi della norma ora menzionata, ha esercitato i poteri istruttori ad essa conferiti dalle medesime disposizioni del bando al fine di verificare la capacità tecnica ed economica dell'impresa miglior offerente a svolgere l'intero servizio da appaltare.

I documenti e le attestazioni esibite dalla aggiudicataria hanno quindi consentito alla Commissione di verificare il possesso di quanto previsto dal bando per quanto concerne la capacità tecnica necessaria per svolgere, oltre ai servizi dichiarati, anche le ulteriori attività oggetto dell'appalto (cfr. docc. 4, 5, 6 e 7 controinteressata).

2.3. In merito, poi, all'iscrizione alla Camera di Commercio, dal certificato esibito dalla impresa assegnataria a seguito della richiesta inviata dalla stazione appaltante in data 17.12.2004, si ricava che la cooperativa La Luna è iscritta presso la C.C.I.A.A. di Lodi sin dal 12.01.1996 con un oggetto sociale compatibile con l'appalto in questione. La certificazione in parola attesta infatti che "scopo della cooperativa sociale è lo svolgimento di attività diverse agricole, industriali, commerciali o di servizi... In funzione di quanto detto, la Cooperativa potrà operare anche, ma non limitatamente attraverso: assunzione di appalti e lavori di pulizia ordinaria e straordinaria di uffici e locali...; di manutenzione e cura di strade, giardini, - autotrasporti per conto terzi".

Quanto, poi, alla dedotta circostanza che l'attività di autotrasporto conto terzi sia iniziata in data 28.08.2002, si deve opporre, in adesione ai rilievi svolti dal Primo Giudice, che il bando di gara aveva richiesto tra i requisiti quello di aver prestato "almeno un servizio analogo nel triennio", circostanza questa che come già accennato in precedenza è stata documentata dalla cooperativa La Luna. La generica indicazione contenuta nel bando ("almeno un servizio analogo nel triennio") va infatti intesa, in conformità al principio del *favor participationis*, nel senso della sufficienza della dimostrazione di aver svolto uno dei servizi in questione anche durante uno o più anni del triennio considerato.

2.4. Non coglie nel segno a questo punto neanche la doglianza riguardante l'iscrizione della cooperativa La Luna all'albo delle imprese esercenti la gestione dei rifiuti solo a decorrere dal 27.10.2003. Dai certificati d'iscrizione all'albo prodotti dalla cooperativa aggiudicataria si ricava, infatti, che l'attività di "raccolta e trasporto dei rifiuti urbani ed assimilabili" cat. 1 classe E) era stata iniziata sin dal 19.06.2002 e che in data 27.10.2003 è stata solo accolta un'istanza di modifica/avanzamento alla cat. 5 classe F).

2.5. Non è meritevole di positiva valutazione neanche il motivo con il quale viene denunciata la carenza di motivazione dei provvedimenti impugnati per non dare gli stessi conto dell'avvenuta realizzazione da parte della aggiudicataria di un fatturato relativo la triennio 2001, 2002 e 2003 per servizi analoghi a quelli oggetto del bando, né dell'effettivo svolgimento di un servizi analogo nel medesimo periodo. Con la dichiarazione sostitutiva, confermata dall'attestazione resa dalla Astem, la cooperativa La Luna ha

infatti affermato di aver svolto almeno un servizio analogo relativo al triennio in esame pari a € 239.173,00, attività la quale di per sé si rivela idonea a soddisfare i requisiti previsti dal bando. La controinteressata ha poi documentato, in sede di verifica, di aver percepito altri corrispettivi relativi a servizi di igiene urbana (cfr. docc. 6, 8, 10, 11, 13, 14, 15 e 16).

2.6. Deve e essere infine respinto anche l'ultimo motivo di appello con il quale si sostiene che la cooperativa La Luna non avrebbe potuto comunque ottenere l'aggiudicazione non essendo una società di capitali.

La Sezione conviene con il Primo Giudice che la disciplina codicistica, segnatamente a seguito della riforma del diritto societario di cui al l. D.lgs. 17.01.2003, n. 6 (recante "riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative") ha sancito una sostanziale assimilazione delle società cooperative alle società di capitali.

Si consideri, in particolare che l'art. 2511 cod. civ. definisce le cooperative come "società a capitale variabile con scopo mutualistico", mentre il successivo art. 2518 stabilisce che "nelle società cooperative per le obbligazioni sociali risponde soltanto la società con il suo patrimonio", così sancendo, anche per tali società, la separazione del patrimonio sociale rispetto a quello dei singoli soci, analogamente a quanto accade per le società di capitali. Infine l'art. 2519 cod. civ., a chiusura della disciplina dedicata alle società cooperative, prevede che a queste ultime, "per quanto non previsto dal presente titolo, si applicano in quanto compatibili le disposizioni sulla società per azioni".

A sostegno dell'interpretazione estensiva del bando di gara si pone infine la decisiva considerazione che i principi comunitari sanciti dal Trattato istitutivo della Comunità Europea in materia di del principio di concorrenza (art. 39, 43, 48, 81 del Trattato), in una con le disposizioni comunitarie sugli appalti di servizi, ostano, in ossequio alla giurisprudenza della Corte di giustizia, a discriminazioni fondate sul dato meramente formale della veste assunta ad un operatori economici (cfr. l'art. 4, parr. 1 e 2, della direttiva 31 marzo 2004, n. 2004/18/Cee c.d. "direttiva unica" relativa al "coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi" e l'art. 26, par. 2, della precedente direttiva 18 giugno 1992, n. 92/50/Cee).

3. Le esposte considerazioni impongono la reiezione dell'appello,

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta , respinge l'appello;

Condanna la parte appellante al pagamento in favore del Comune di San Colombano al Lambro, delle spese relative al giudizio di appello, che liquida nella misura di 5.000 (cinquemila) euro;

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 04 Marzo 2008 con l'intervento dei Sigg.ri:

Pres. Emidio Frascione

Cons. Giuseppe Severini

Cons. Cesare Lamberti

Cons. Caro Lucrezio Monticelli

Cons. Francesco Caringella Est.

ESTENSORE IL PRESIDENTE

F.to Francesco Caringella F.to Emidio Frascione

IL SEGRETARIO

F.to Antonietta Fancello

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 7-10-2008

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

f.to Antonio Natale

(da www.diurittodeiservizi.it)