



# AMBITO TERRITORIALE N 15 LEGGE 328/00

Comuni di Marano di Napoli e Quarto

Comune Capofila: Marano di Napoli

UFFICIO DI PIANO

**OGGETTO:RDO aperta n 3684277 su CONSIP spa per l'appalto del centro per la famiglia di Ambito – CIG 9855567F29 –**

Verbale n. 3 del 18 SETTEMBRE 2023

L'anno 2023 il giorno diciotto del mese di SETTEMBRE alle ore 10,40 circa salve le risultanze elettroniche del portale di CONSIP per le operazioni ivi compiute, in Marano di Napoli presso la sede dell'ufficio di piano alla Via Casa Schiano – Convento S. Maria degli Angeli - si è riunita la commissione, nominata con determina del coordinatore UDP n 304 del 01.09.2023 per l'esame e la valutazione delle offerte pervenute per la R.D.O in oggetto

Sono presenti

- dr.ssa Maria RUSSO coordinatore UDP, presidente
- dott.Agostino TASSIERO assistente sociale del comune di Marano, componente
- dott.Giovanni ORLANDO responsabile del settore politiche sociali del comune di Quarto, componente
- Alessandra SORIA istruttore sociale, segretario

Il presidente di gara, verificata la presenza di tutti i commissari dichiara aperta la seduta.

Il presidente di gara rammenta ai presenti che il seggio, nella seduta del tredici settembre 2023, aveva richiesto integrazioni documentali – fissando la scadenza del termine per l'invio degli atti richiesti alle ore 10,00 del 18 settembre 2023 – per le offerte presentate dai seguenti partecipanti:

- 1) cooperativa "il sollievo";
- 2) "consorzio "luna"
- 3) "consorzio "co.re"

Il seggio, pertanto, verifica la documentazione prodotta da ciascun partecipante alla gara iniziando dal consorzio co.re

La commissione, accertato che entro le ore 10,00 del 18.9.2023 alcun documento risulta prodotto dal consorzio co.re sul portale di CONSIP spa, nel richiamare le motivazioni riportate nel verbale n. 2 del 13.9.2023, laddove veniva precisato che il consorzio " co.re" chiarisse se partecipava forma singola (cooperativa) o in forma plurisoggettiva (consorzio) atteso che dall'una o dall'altra forma di partecipazione conseguivano effetti diversi anche in ordine alla documentazione da produrre per dimostrare il possesso dei requisiti di ammissione, e presentasse altresì la documentazione richiesta con la stessa nota **NON AMMETTE** alla gara il medesimo **consorzio (o cooperativa) "core"**:

- 1) ai sensi dell'art. 14, comma 3, secondo periodo del disciplinare di gara secondo il quale "*Il soccorso istruttorio per la documentazione amministrativa può essere applicato una sola volta; in caso di inutile decorso del termine assegnato, o di documentazione ritenuta non idonea, la commissione dispone la non ammissione alla gara del concorrente*"
- 2) ai sensi dell'art. 101, comma 2, del d. lgs n 36/2023 secondo il quale "*L'operatore economico che non adempie alle richieste della stazione appaltante nel termine stabilito è escluso dalla procedura di gara*"

Il seggio di gara esamina, poi, le integrazioni documentali prodotte dalla cooperativa il sollievo alla quale in data 13.9.2023 è stato richiesto il certificato di revisione per l'anno in corso.

In proposito la cooperativa produce una nota nella quale afferma: “...dall'attestato di revisione presentato in fase di gara, l'ultima revisione è stata predisposta nei confronti della scrivente solo il 25.11.2022, ad oggi non abbiamo ricevuto ulteriori comunicazioni per revisioni dell'anno in corso, quindi non abbiamo il certificato di revisione, cosa però non imputabile alla scrivente cooperativa. In caso di aggiudicazione provvederemo all'inoltro del certificato appena averrà la revisione”

La commissione di gara, al fine della valutazione della dichiarazione del concorrente alla gara ritiene necessaria una esegesi del disciplinare di gara limitatamente alle clausole che richiedono che il concorrente sia in regola con le norme sulla revisione delle cooperative sociali.

Rilevano, sul punto, l'art. 3, comma 1, lett. f) “siano in possesso di certificato di revisione o dell'avvenuto invio della richiesta di revisione per l'anno in corso” e l'art. 10, comma 1, punto 12 “certificato di revisione o copia dell'avvenuto invio della richiesta di revisione per l'anno in corso” del disciplinare medesimo.

Ritiene in proposito il seggio di gara che una ermeneutica, improntata al principio del *favor participationis*, delle succitate locuzioni utilizzate nella *lex specialis*, propenda per l'ammissione del concorrente; e tanto per le seguenti considerazioni:

a) le frasi “siano in possesso di certificato di revisione o dell'avvenuto invio della richiesta di revisione per l'anno in corso” e “CERTIFICATO DI REVISIONE o copia dell'avvenuto invio della richiesta di revisione per l'anno in corso”, rispettivamente utilizzate all'art. 3 e all'art. 10 del disciplinare di gara risultano costituite da due proposizioni, una delle quali – ovverosia quella introdotta dalla congiunzione “o” - avente carattere disgiuntivo. Laddove il disciplinare di gara avesse voluto riferire il certificato di revisione all'anno in corso avrebbe riportato la proposizione disgiuntiva tra due virgole, ovverosia avrebbe trascritto la frase de qua come segue: “certificato di revisione, o copia dell'avvenuto invio della richiesta di revisione, per l'anno in corso”. L'assenza delle virgole al cui interno racchiudere la proposizione disgiuntiva evidenzia che la dizione “per l'anno in corso” si intende riferita alla sola richiesta di revisione e non anche al certificato di revisione

b) la cooperativa partecipante, in sede di gara, ha prodotto un certificato di revisione rilasciato dall'Unione Europea delle cooperative in data 25.11.2022 e concernente il biennio 2021/2022; se, come disposto dall'art. 4, comma 1, lett. b) del d. lgs n 220 del 2002 la revisione, tra l'altro, ha lo scopo di “accertare, anche attraverso una verifica della gestione amministrativo-contabile, la natura mutualistica dell'ente, verificando l'effettività della base sociale, **la partecipazione dei soci alla vita sociale ed allo scambio mutualistico con l'ente, la qualità di tale partecipazione,**” appare ragionevole sostenere che tale verifica può essere agevolmente svolta con riferimento all'anno precedente o, comunque quando sia decorso almeno buona parte dell'anno di riferimento, nel caso il 2023. E depone in tal senso la circostanza che la cooperativa è stata revisionata in data 21.novembre 2022 ovverosia quasi al termine dell'anno 2022.

Il seggio, pertanto, per le susposte considerazioni ritiene idonea il certificato di revisione prodotto ed ammette la cooperativa alla gara.

La commissione esamina, infine, le integrazioni prodotte dal consorzio “luna” società cooperativa sociale alla quale risulta inviata la comunicazione che si trascrive integralmente: “si comunica che il seggio di gara nella seduta del 6.9.2023 ha disposto, in applicazione del soccorso istruttorio, la integrazione documentale di quanto segue:

a) iscrizione della cooperativa nella sezione A dell'albo regionale delle cooperative sociali;

b) costituzione della garanzia provvisoria in una delle modalità previste dall'art. 106 del d. lgs n 36/2023 (polizza fideiussoria bancaria o assicurativa, bonifico bancario, pagoPa). In proposito si previsa che la garanzia in tal modo costituita deve risultare in data antecedente la scadenza del termine della gara per cui i documenti non sottoscritti con firma digitale dovranno recare la marca temporale per attestare la data in cui il provvedimento è stato posto in essere; gli atti sottoscritti digitalmente dovranno recare la data in cui gli stessi sono stati sottoscritti. Per le cauzioni non

*sono ammessi atti successivi alla scadenza dei termini di gara  
L'integrazione documentale dovrà pervenire entro le ore 10,00 del 18.9.2023 per il tramite del portale Consip”.....”*

Il concorrente alla gara, con articolata memoria prodotta nei termini assegnati, espone sostanzialmente quanto segue:

a) in ordine alla iscrizione nella sezione A dell'albo regionale

La cooperativa *“presenta la forma giuridica di un consorzio”*; in quanto tale è iscritta nella sezione C, concernente i consorzi, dell'albo regionale e non nella sezione A dello stesso albo. *“Inoltre la lex specialis consente la partecipazione a chi sia iscritto a detto albo senza fare distinzione tra le varie sezioni”* per cui la stessa cooperativa non ravvisa *“ragioni ostative alla partecipazione del consorzio Luna , operatore correttamente iscritto nella sezione C dell'albo regionale...”*

In breve: sostiene la cooperativa non essere iscritta alla sezione A, e ritiene non esser tenuta a tanto in quanto è un consorzio.

b) in ordine alla costituzione della cauzione mediante assegno circolare

Il concorrente assume aver correttamente prestato cauzione atteso che, secondo la giurisprudenza riportata nella memoria in esame, l'assegno circolare equivale a versamento in contante. Afferma, quindi: *“dunque è pacifico che l'assegno circolare prodotto in gara dal consorzio Luna era sufficiente per assolvere agli obblighi descritti dal disciplinare”* e conclude: *“invero l'art. 106, comma 2, del d. lgs n 33/2023 consente la produzione della cauzione mediante bonifico o con altri strumenti e canali di pagamento”* e, secondo il concorrente *“tra gli altri strumenti rientra l'assegno circolare.....”*

In breve: secondo l'operatore economico è consentito costituire cauzione mediante assegno circolare equivalendo quest'ultimo al contante

Il seggio di gara non condivide l'assunto della cooperativa su alcuno dei citati punti e, richiamando le argomentazioni già riportate nel verbale n 1 del 6.9.2023 – da intendersi qui integralmente trascritte e riportate – ritiene quanto segue.

**a) in ordine alla iscrizione nella sezione A dell'albo**

Come già precisato e chiarito nel verbale del 6.9.2023, la richiesta di iscrizione nella sezione A dell'albo regionale consegue alla circostanza che il legale rappresentante dell'operatore economico, nell'istanza di ammissione alla gara, chiede di essere ammessa *“per la cooperativa rappresentata”* e ancorchè l'impresa sia denominata *“consorzio luna società cooperativa sociale”* provvede a barrare, nella domanda presentata, tutte le voci concernenti i consorzi, siano essi stabili o ordinari.

Nell'istanza, quindi, la cooperativa dimostra di essere un operatore economico in forma singola e presenta la documentazione richiesta agli operatori che partecipano in forma singola

Se, dunque, il *“consorzio luna società cooperativa sociale”* è una impresa singola deve essere iscritta nella sezione A dell'albo regionale. Inopinatamente nella memoria presentata il concorrente afferma invece che *“l'operatore economico ha forma giuridica di consorzio”* senza tuttavia precisare se il consorzio sia stabile o ordinario e **senza comprovare** – mediante allegazione di idonea documentazione – **la natura del consorzio**

E tale ultima considerazione non è di poco conto in quanto la natura – stabile o ordinaria – del consorzio determina conseguenze diverse ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di ammissione alla gara e lo stesso disciplinare di gara richiede una diversa documentazione a ciascuna tipologia di consorzio

Ed invero:

- ove il consorzio avesse avuto natura ordinaria lo stesso non avrebbe potuto partecipare *“per la cooperativa rappresentata”* ma avrebbe dovuto partecipare per tutte le imprese e avrebbe dovuto allegare tutti i documenti richiesti dal disciplinare ai consorzi ordinari
- ove il consorzio avesse avuto natura stabile avrebbe dovuto allegare tutta la documentazione

richiesta dal disciplinare per tali consorzi e, in particolare, la documentazione dalla quale rilevare la natura di consorzio stabile

E neppure può sostenersi che il seggio di gara avrebbe dovuto riattivare nuovamente il soccorso istruttorio – in tal caso a dando vita ad una corrispondenza senza fine con l'operatore economico – sia in quanto il disciplinare di gara chiariva espressamente, all'art. 14, che il soccorso istruttorio per la documentazione amministrativa poteva applicarsi una sola volta sia in quanto il principio dell'autoresponsabilità dei concorrenti alle pubbliche gare e il principio civilistico dell'onere probatorio, per il quale “*ei qui dicit incumbit onus probandi*”, imponevano all'impresa di produrre in sede di soccorso ogni utile documentazione finalizzata a comprovare la natura di consorzio e di dimostrare, nel caso, che questo fosse in possesso dei requisiti di ammissione alla gara.

## **b) in ordine alla costituzione di cauzione mediante assegno circolare**

La cooperativa, che ha invalidamente costituito la cauzione e non può porvi rimedio successivamente allo spiurare dei termini di partecipazione alla gara, sostiene la sostanziale equiparazione del circolare al contante ed afferma, in malafede, che ciò sarebbe consentito dalla normativa in vigore.

Sulla inidoneità della costituzione della cauzione valgono le considerazioni già riportate nel verbale del 13.9.2023, alle quali integralmente si rinvia, e che qui brevemente si riassumono:

- a) la cauzione in *numerario*, ovverosia per contanti a cui è equiparato l'assegno circolare, è stato consentito sino alla entrata in vigore del d.l. N 73/2022 convertito nella legge n 122/2022, il cui art. 29 ha sostituito l'art. 93, comma 2, del d. lgs n 50/2016, la cui efficacia peraltro è cessata al 30.6.2023 ovverosia prima della pubblicazione della RDO in esame, avvenuta in data 7.8.2023, la cui procedura è disciplinata dal d. lgs n 36/2023; l'art. 106, comma 2, di tale d. lgs n 36/2023 consente – in alternativa alla fideiussione bancaria o assicurativa – la cauzione **unicamente** “*con bonifico o con altri strumenti e canali di pagamenti elettronici*”
- b) poiché la cauzione costituisce un pegno, per la valida costituzione della garanzia è necessario la consegna dell'originale del titolo di credito, ciò era possibile nelle gare tradizionali in forma “caratacea” e non è più compatibile con le gare telematiche;
- c) in caso di escussione della cauzione l'Amministrazione, non in possesso del titolo, dovrebbe chiedere il concorso del debitore che potrebbe non intervenire frustrando la ratio legis per la quale la cauzione è costituita

Non vale a superare le predette considerazioni la copiosa giurisprudenza riportata nella memoria atteso che detta giurisprudenza, comunque piuttosto risaliente nel tempo, si riferisce all'equiparazione tra il contante e l'assegno circolare, ovverosia ad una modalità non più ammessa dall'art. 106, comma 2, del d. lgs n 36/2023; e, anche nell'ipotesi, comunque non ricorrente nella gara in esame, in cui alla data di indizione della RDO fosse stato applicabile il vecchio codice dei contratti di cui al d. lgs n 50/2016, deve rimarcarsi l'impossibilità di costituire cauzione mediante assegno circolare – **peraltro con un titolo prodotto in fotocopia e, quindi, del tutto inidoneo a poter essere scontato mediante versamento sul conto di tesoreria dell'Ente** – posto che l'art. 93, 2<sup>a</sup> comma dello stesso d. lgs n 50/2016 è stato sostituito dall'art. 29 del d.l. N 78/2022 convertito nella legge n 122/2022.

La stessa cooperativa, peraltro, nella memoria in esame, mostra essere ben consapevole della novella normativa recata sin dalla legge n 122/2022 ma interpreta la norma in modo errato. Laddove l'art. 106, 2<sup>a</sup> comma, precisa che la cauzione può essere costituita “*esclusivamente con bonifico o con altri strumenti e canali di pagamenti elettronici*” essa intende riferire l'aggettivo *elettronici* sia ai “*canali di pagamento*” sia agli “*altri strumenti*” e non, come mostra di voler intendere l'operatore economico che non tiene conto della congiunzione “e”, solo ai canali di pagamento con la conseguenza che gli “*altri strumenti*” possano essere non elettronici e, quindi, farvi rientrare anche gli assegni circolari.

Per le suesposte motivazioni di cui sopra il seggio gara NON AMMETTE alla gara il “consorzio luna” ritenendo:

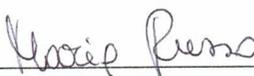
- 1) violato l'art. 10 del disciplinare di gara laddove lo stesso richiede ai consorzi – la cui natura è stata asserita dal partecipante alla gara nella memoria prodotta a sgeuito del soccorso istruttorio – la produzione dei documenti previsti dallo stesso articolom documenti del tutto omessi dall'operatore economico
- 2) per onessa costituzione della cauzione con una delle modalità previste all'art. 10, punto 5, del disciplinare di gara e all'art. 106, comma 2, del d. lgs n 36/2023;

La commissione di gara, dopo aver disposto l'esclusione dei due concorrenti sul portale di Consip, aggiorna la seduta al 19.9.2023 alle ore 9,00 per la valutazione delle offerte tecniche.

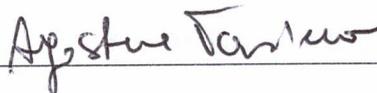
La seduta ha termine alle ore 12,10 circa salve le risultanze del portale telematico per le operazioni ivi compiute

Letto, confermato e sottoscritto

Presidente: dr.ssa Maria RUSSO

  
\_\_\_\_\_

Componente: dr. Agostino TASSIERO

  
\_\_\_\_\_

Componente: dr. Giovanni ORLANDO

  
\_\_\_\_\_

IL SEGRETARIO

Alessandra SORIA

