

Tar Lombardia, sezione quarta, sentenza n. 2201 del 22 ottobre 2019

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1150 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da

....., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero dell'Economia e delle Finanze, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Milano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domiciliata *ex lege* in Milano, via; Guardia di Finanza – Reparto Tecnico Logistico Amministrativo Lombardia – Ufficio Amministrazione – Sezione Acquisti, non costituita in giudizio;

nei confronti

.....Srl, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del provvedimento di esclusione, comunicato in data 19 aprile 2019, prot. n. 0254509/2018 del 19.04.2019, con il quale è stata disposta l'esclusione del dalla procedura per l'affidamento in appalto per la gestione del servizio di carrozzeria per gli automezzi fino a 3,5 t. in dotazione ai comandi/reparti dipendenti dal

Comando Regionale Lombardia Guardia di Finanza - durata 24 mesi. (C.I.G. 76935061FF) procedura indetta ed esperita dalla Guardia di Finanza - Reparto Tecnico Logistico Amministrativo Lombardia; - del Disciplinare di gara a procedura aperta per l'affidamento del servizio di carrozzeria per gli automezzi fino a 3,5 t. in dotazione ai comandi/reparti dipendenti dal Comando Regionale Lombardia Guardia di Finanza - durata 24 mesi, nella parte in cui dispone che “nel caso in cui l'offerente sia un Consorzio dovranno essere indicati i soggetti componenti il Consorzio che assumeranno di fatto il servizio e la loro quota parte che non dovrà eccedere i limiti della rispettiva fascia di classificazione. Stessa indicazione dovrà essere indicata in caso di R.T.I. per la quota parte che sarà assicurata da ciascuna impresa componente il raggruppamento. In tutti e due i casi la singola quota parte di ciascuna impresa che effettuerà di fatto il servizio non dovrà eccedere il limite della fascia di classificazione ad essa attribuita” (art. 9.5 lett. c); - di ogni altro atto antecedente, conseguente o, comunque, connesso con gli atti impugnati, ancorché non conosciuto dalla ricorrente e avverso il quale si fa riserva di motivi aggiunti. - ad ogni ulteriore atto presupposto, connesso e/o consequenziale a quelli sopra elencati, ancorché non cognito; - della eventuale Determina di aggiudicazione della Gara; per la declaratoria di inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato e/o stipulando tra la società eventualmente aggiudicataria e l'Amministrazione resistente e per la condanna della Stazione Appaltante al risarcimento in forma specifica, della Stazione Appaltante al risarcimento in forma specifica, mediante riammissione del alla gara de qua, ovvero in subordine alla riedizione della gara, ovvero, in subordine, al risarcimento per equivalente monetario dei danni subiti dal ricorrente in conseguenza dei provvedimenti impugnati;

per quanto riguarda i motivi aggiunti:

- degli atti impugnati con il ricorso principale e del provvedimento di aggiudicazione della gara del 5.6.2019 e dell'eventuale determina di aggiudicazione.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero dell'Economia e delle Finanze;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 ottobre 2019 il dott. Giovanni Zucchini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Reparto Tecnico Logistico Amministrativo per la Lombardia della Guardia di Finanza indiceva una gara d'appalto con procedura aperta per l'affidamento a terzi del servizio di carrozzeria per gli automezzi fino a 3,5 tonnellate, in dotazione ai reparti dipendenti dal Comando Regionale.

Presentava offerta nella procedura il (di seguito, anche solo "Consorzio"), che era però escluso dalla gara per inosservanza dell'art. 9.5 lett. c) del disciplinare, che impone ai consorzi partecipanti alla gara di indicare la quota parte del servizio che sarà svolto da ciascun componente del consorzio stesso.

Contro il provvedimento di esclusione ed il citato articolo del disciplinare era proposto il ricorso principale in epigrafe, con domanda di sospensiva.

In seguito ed a conclusione della procedura di gara, l'amministrazione adottava l'atto di aggiudicazione definitiva a favore dellaSrl e contro tale ultimo provvedimento era notificato ricorso per motivi aggiunti, sempre con istanza cautelare.

Si costituiva in giudizio il Ministero dell'Economia e delle Finanze, concludendo per il rigetto del gravame.

In esito alla camera di consiglio dell'11.7.2019 l'istanza cautelare era respinta con ordinanza della scrivente Sezione n. 856/2019, per insussistenza del *periculum in mora*. Alla successiva pubblica udienza del 10.10.2019 la causa era trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.1 Nella gara d'appalto di cui è causa, l'art. 9.5 del disciplinare (cfr. il doc. 2 del resistente), prevede (lettera "c"), che nel caso in cui l'offerente sia un consorzio, dovranno essere indicati i soggetti componenti il consorzio stesso che assumeranno di fatto il servizio «e la loro quota parte che non dovrà eccedere i limiti della rispettiva fascia di classificazione».

Il Consorzio esponente, nonostante la richiesta di chiarimenti rivoltagli dall'amministrazione, non ha indicato quali servizi o quote parte degli stessi sarebbero stati svolti dalle singole imprese consorziate, sicché è stato escluso dalla procedura in applicazione sia del citato art. 9.5 sia dell'art. 48 comma 4 del D.Lgs. 50/2016 (codice dei contratti pubblici o anche solo "codice"), norma per la quale nel caso di lavori, servizi o forniture, devono essere specificamente indicate le parti del servizio che saranno eseguite dai singoli operatori (cfr. il doc. 1 del ricorrente).

Nel primo ed articolato motivo di ricorso l'esponente evidenzia di essere un consorzio di imprese artigiane, di cui all'art. 45 comma 2 lettera "b" del codice, da assimilarsi ai consorzi stabili di cui alla successiva lettera "c" del medesimo articolo, sicché allo stesso non può essere applicata la disciplina legislativa e di gara invocata dall'amministrazione, nel senso cioè che ai consorzi di cui alle citate lettere "b" e "c" non può essere imposto di specificare le quote del servizio che saranno eseguite dai singoli consorziati, trattandosi di un organismo unitario cui imputare l'intera prestazione.

La tesi di parte ricorrente appare condivisibile, per le ragioni che seguono.

Innanzitutto, deve reputarsi tempestiva l'impugnazione della legge di gara (art. 9.5 lettera "c" del disciplinare), così come effettuata con il ricorso.

Infatti, la giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr. la nota sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4/2018), impone l'immediata impugnazione del bando ed in genere della *lex specialis* solo a fronte di clausole immediatamente escludenti, che impediscono cioè la presentazione di una offerta adeguata.

Nel caso di specie la formulazione del disciplinare, laddove riferita genericamente ai consorzi, poteva ragionevolmente indurre l'esponente a ritenere che l'obbligo di indicazione specifica delle singole parti del servizio da svolgere valesse esclusivamente per i consorzi ordinari e non per quelli stabili o assimilati di cui alle citate lettere "b" e "c" dell'art. 45.

La norma del disciplinare, pertanto, non impediva certo la presentazione di un'offerta tecnico-economica, né escludeva in maniera univoca la partecipazione alla procedura, sicché in capo al Consorzio non era configurabile un onere di immediata impugnazione, ben potendo quindi la clausola del disciplinare – così come interpretata dall'amministrazione – essere contestata in sede di impugnazione del provvedimento di esclusione.

Quanto alla qualificazione del Consorzio stesso quale consorzio stabile secondo la menzionata lettera "c" dell'art. 45, il Collegio deve necessariamente richiamare la recente pronuncia del Consiglio di Stato, sez. III, n. 2493/2019, per la quale la qualificazione deve avvenire con criteri per così dire sostanziali, verificando la sussistenza in concreto dei requisiti di cui alla lettera "c", al di là delle formule impiegate negli atti costitutivi o negli statuti (sul punto sia consentito anche il riferimento alla sentenza della scrivente Sezione IV n. 2476/2017).

Orbene, dalla lettura dello statuto e dell'atto costitutivo del Consorzio istante, si può desumere che (cfr. il doc. 8.1 del ricorrente ed anche il doc. 8 del medesimo, vale a dire la visura camerale):

- i consorziati sono in numero di tre;

- la durata è certamente superiore a tre anni (art. 3 dello statuto, che fissa la scadenza al 30.6.2100);
- nell'oggetto consortile è prevista espressamente la partecipazione a gare indette da enti pubblici (art. 4 dello statuto);
- esiste una «*comune struttura di impresa*», come richiesto dall'art. 45, posto che il Consorzio ha una propria sede legale in Roma, un proprio Consiglio Direttivo con specifiche competenze (articoli 16 e 17 dello statuto), un proprio fondo consortile (art. 8 dello statuto) ed altri organi di governo, fra cui il Presidente e l'Assemblea (art. 13 dello statuto).

Non pare dubbia, pertanto, l'assimilazione del ricorrente ai consorzi stabili di cui alla menzionata lettera "c" dell'art. 45.

Ciò premesso, l'art. 48 comma 4 del codice, richiamato dalla stazione appaltante nel provvedimento di esclusione, non pare applicabile ai consorzi stabili, valendo semmai per i raggruppamenti temporanei di imprese (RTI) e per i consorzi ordinari, differenti però da quello di cui è causa.

Lo stesso art. 48, nella propria rubrica, si riferisce espressamente ai soli RTI ed ai consorzi ordinari di operatori, ed anche i commi 2 e 3 dell'articolo stesso sono riferiti ai soli soggetti sopra indicati, sicché appare gioco forza riferire a questi ultimi anche il successivo comma 4 sull'indicazione separata delle prestazioni effettuate dai singoli partecipanti.

I consorzi stabili, al contrario, rispondono in proprio della prestazione da eseguirsi, prestazione che viene quindi integralmente imputata al consorzio stesso.

Del resto l'art. 47 del codice riconosce in capo ai consorzi stabili la possibilità di cumulare in capo agli stessi i requisiti sulla disponibilità delle attrezzature, dei mezzi e dell'organico medio, ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate.

La peculiarità dei consorzi stabili e la loro diversità rispetto a quelli ordinari o ai RTI è stata anche di recente affermata dal Consiglio di Stato, con la sentenza della

Sezione III n. 865/2019, che giova in parte qui riportare: «...è necessario precisare che i consorzi stabili nell'economia della disciplina in commento sono soggetti dotati di autonoma personalità giuridica, distinta dalle imprese consorziate. Si tratta, dunque, di aggregazioni durevoli di soggetti che nascono da un'esigenza di cooperazione ed assistenza reciproca e, operando come un'unica impresa, si accreditano all'esterno come soggetto distinto. Coerentemente, l'art. 47, c. 1 del d. lgs 50/2016, prescrive che i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria dovranno essere posseduti dai consorzi in proprio. E' pur vero che il comma 1 prevede la possibilità del cumulo, ma ciò vale solo per i requisiti relative alla disponibilità delle "attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo". Quanto alla qualificazione, i suddetti operatori possono utilizzare sia i requisiti di qualificazione maturati in proprio, sia quelli posseduti dalle singole imprese consorziate designate per l'esecuzione delle prestazioni, sia, mediante avvalimento, quelli delle singole imprese consorziate non designate per l'esecuzione del contratto. E' stato, altresì, di recente evidenziato in giurisprudenza come l'elemento essenziale per poter attribuire al consorzio la qualifica di consorzio stabile è il c.d. elemento teleologico, ossia l'astratta idoneità del consorzio, esplicitamente consacrata nello statuto consortile, di operare con un'autonoma struttura di impresa, capace di eseguire, anche in proprio, ovvero senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate, le presentazioni previste nel contratto (ferma restando la facoltà per il consorzio, che abbia tale struttura, di eseguire le prestazioni, nei limiti consentiti, attraverso le consorziate) (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 02/05/2017 n. 1984; Consiglio di Stato sez. V, 17/01/2018, n.276). Il riferimento aggiuntivo del codice dei contratti pubblici alla "comune struttura di impresa" induce a concludere nel senso che costituisce un predicato indefettibile di tali soggetti l'esistenza di un'azienda consortile, intesa nel senso civilistico di "complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa".

L'alterità che connota tali soggetti rispetto ai propri componenti (e che vale a differenziarli sia rispetto ai raggruppamenti temporanei che ai consorzi ordinari) trova indiretta conferma nel fatto della possibilità, a determinate condizioni, di una partecipazione congiunta alla medesima gara.

Sul punto, si registra, invero, un diverso regime tra i raggruppamenti temporanei ed i consorzi ordinari, da un lato, ed i consorzi stabili dall'altro».

Nel senso che il consorzio stabile dà vita ad una autonoma struttura organizzativa, si veda anche, fra le più recenti decisioni della giustizia amministrativa, TAR Campania, Napoli, sez. I, n. 3231/2109.

Ne consegue che l'art. 9.5 lettera "c" del disciplinare non può essere interpretato nel senso voluto dalla stazione appaltante – vale a dire come riferito ad ogni tipo di consorzio di cui all'art. 45 del codice – pena la sua illegittimità per violazione della normativa di rango primario sopra riportata.

Si conferma quindi l'accoglimento del primo motivo di ricorso.

1.2 Parimenti fondato appare il secondo mezzo del gravame principale, nel quale l'esponente rileva l'illegittimità del richiamo, contenuto nel citato art. 9.5 lett. c) del disciplinare, alla "fascia di classificazione", nel senso cioè che la quota parte del servizio svolta da ciascun partecipante al consorzio non dovrà eccedere la rispettiva fascia di classificazione.

Come evidenziato in ricorso, infatti, la nozione di "fascia di classificazione" delle imprese partecipanti ai pubblici appalti è volta ad accertare l'affidabilità delle imprese stesse ed è allo stato operante soltanto nei settori del facchinaggio (ai sensi del DM 221/2003) e delle pulizie e sanificazione (ai sensi del DM 274/1997).

Nel settore di cui alla presente gara (carrozzeria per gli automezzi) non sono previste fasce di classificazione, sicché il riferimento alle stesse contenuto nel disciplinare appare fuorviante e – sostanzialmente – di impossibile applicazione, il che conferma l'illegittimità della previsione del disciplinare stesso, laddove riferita ai consorzi stabili o assimilati ai medesimi.

In definitiva, si conferma la fondatezza del ricorso principale, con conseguente annullamento del provvedimento di esclusione.

2. L'accoglimento del ricorso principale proposto contro l'atto di esclusione implica l'accoglimento, per illegittimità derivata, anche del ricorso per motivi aggiunti, rivolto contro il decreto di aggiudicazione n. 265/2019 (cfr. il doc. 13 del resistente), la cui approvazione era stata peraltro subordinata dalla stessa stazione appaltante all'esito dell'attuale ricorso davanti al TAR.

Deve quindi essere annullata anche la determinazione di aggiudicazione definitiva dell'appalto.

Restano ovviamente salvi i provvedimenti dell'amministrazione successivi al citato annullamento.

3. Le spese della presente fase seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo a carico del Ministero dell'Economia e delle Finanze, mentre possono essere compensate per il resto.

Rimane salva la pronuncia sulle spese della fase cautelare.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Condanna il Ministero dell'Economia e delle Finanze al pagamento a favore del Consorzio ricorrente delle spese di lite, che liquida in euro 2.000,00 (duemila/00), oltre accessori di legge (IVA, CPA e spese generali nella misura del 15%) e onere del contributo unificato ai sensi di legge (art. 13 comma *6bis*1 del DPR 115/2002).

Compensa per il resto.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 10 ottobre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Rosalia Maria Rita Messina, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere, Estensore

Oscar Marongiu, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Giovanni Zucchini

IL PRESIDENTE
Rosalia Maria Rita Messina

IL SEGRETARIO