



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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3747 del 2022, proposto da
Costruzioni Ingg. Penzi S.p.a. in proprio e quale mandataria Rti con Consorzio
Stabile Artemide, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e
difesa dagli avvocati Monica Galano e Giuseppe Fiengo, con domicilio digitale
come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Fano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e
difeso dall'avvocato Federico Romoli, con domicilio digitale come da PEC da
Registri di Giustizia;

Centrale Unica di Committenza – Ente Capofila Comune di Fano – Provincia
Pesaro e Urbino, non costituito in giudizio;

nei confronti

Soc. Fratelli Navarra S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avvocati Maurizio Discepolo e Gianluigi Pellegrino,
con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per le Marche (Sezione Prima) n. 206 del 2022, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Fano e di Soc. Fratelli Navarra S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2022 il Cons. Elena Quadri e uditi per le parti gli avvocati Fiengo, Romoli, Pellegrino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Fratelli Navarra S.r.l. ha impugnato l'aggiudicazione al raggruppamento temporaneo di imprese capeggiato da Costruzioni Ingg. Penzi S.p.a. della procedura aperta per l'affidamento dei *“lavori di realizzazione del nuovo complesso S. Arcangelo destinato ad ospitare la Fabbrica del Carnevale e la Casa della Musica del Comune di Fano”*; Costruzioni Ingg. Penzi S.p.a. ha proposto ricorso incidentale.

Il Tribunale amministrativo regionale per le Marche ha accolto il ricorso principale e ha respinto quello incidentale con sentenza redatta in forma semplificata n. 206 del 2022, appellata da Costruzioni Ingg. Penzi S.p.a. per i seguenti motivi di diritto:

I) *error in procedendo*: violazione dell'art. 60 c.p.a. e nullità dei capi 12, 12.1, 12.2, 12.3 e 10 nella parte in cui si riferisce al terzo motivo di ricorso incidentale nonché la statuizione delle spese di lite contenuta al riguardo nel dispositivo;

II) *error in iudicando*: erroneità del capo n. 7 della sentenza in relazione alla decurtazione di 3 punti per le certificazioni Iso della mandante Consorzio stabile Artemide;

III) *error in iudicando*: erroneità del capo della sentenza in relazione alla decurtazione di 1 punto nel criterio relativo all'esperienza del direttore di cantiere.

Si sono costituiti per resistere all'appello il Comune di Fano e Fratelli Navarra S.r.l. Successivamente le parti hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza pubblica del 15 dicembre 2022 l'appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Giunge in decisione l'appello proposto da Costruzioni Ingg. Penzi S.p.a. contro la sentenza redatta in forma semplificata del Tribunale amministrativo regionale per le Marche n. 206 del 2022, che ha accolto il ricorso della Fratelli Navarra S.r.l. per l'annullamento dell'aggiudicazione al raggruppamento temporaneo di imprese capeggiato da Costruzioni Ingg. Penzi S.p.a. della procedura aperta per l'affidamento dei *“lavori di realizzazione del nuovo complesso S. Arcangelo destinato ad ospitare la Fabbrica del Carnevale e la Casa della Musica del Comune di Fano”* e ha respinto quello incidentale con cui il RTI Penzi deduceva sotto diversi profili l'illegittimità dell'ammissione alla gara della Fratelli Navarra S.r.l.

Con il primo motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza per la violazione dell'art. 60 c.p.a., dal momento che l'*incipit* della norma *“in sede di decisione della domanda cautelare”* avrebbe precluso al collegio la disamina e la cognizione, in sede cautelare, dei profili azionati dal RTI con ricorso incidentale, i quali erano al di fuori del perimetro del *thema decidendum* cautelare, atteso che il ricorso incidentale non conteneva la domanda cautelare.

Con la seconda censura l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza per la violazione del criterio A8 del disciplinare – certificazioni di impresa, che prevedeva la possibilità per la commissione di attribuire sino a 6 punti laddove il concorrente avesse dimostrato, come nella specie, il possesso di tutte le certificazioni, in regola e vigenti, sottoindicate:

- Certificazione aziendale ISO 9001;
- Certificazione di Sicurezza OHSAA 18000;
- Certificazione ambientale ISO 1400;

Con il terzo e ultimo motivo di appello, il RTI Penzi ha contestato la sentenza impugnata nella parte in cui ha accolto il secondo motivo del ricorso di primo grado della Fratelli Navarra s.r.l. con cui la stessa aveva dedotto l'errata applicazione della *lex specialis* da parte della commissione di gara, nella parte in cui, in ordine ai criteri A.2 e A.7., aveva omissso di rilevare una dichiarazione falsa resa dall'aggiudicatario, laddove veniva affermato, in relazione ai criteri, che l'Ing.

Ernesto Penzi possedeva 24 anni di esperienza professionale. Sul punto, il giudice di primo grado – pur non ritenendo che la ditta Penzi avesse reso una dichiarazione falsa o comunque rilevante ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c-bis) e f-bis), del d.lgs. n. 50/2016 – ha accolto il motivo di ricorso della Fratelli Navarra, posto che all'ing. Penzi andava riconosciuta un'anzianità lavorativa compresa fra 10 e 20 anni.

L'appello è fondato per il secondo motivo dedotto.

In particolare, il disciplinare di gara, al punto A8, prevedeva che: *“Per ciascuna certificazione posseduta sarà attribuito il punteggio pari a 2 punti; al contrario, in assenza, il punteggio sarà pari a zero. In caso di raggruppamento Temporaneo per il raggiungimento del punteggio massimo, la certificazione dovrà essere posseduta da ciascun componente; in mancanza della certificazione anche in capo di un solo componente, il punteggio massimo attribuito sarà pari a 1 punto per ciascuna certificazione posseduta.*

Nel caso di consorzi le certificazioni dovranno essere possedute dalla/dalle consorziata/e indicata/e quale/i esecutrice/i delle opere”.

Nel caso del RTI Penzi: a) la capogruppo Costruzioni Ingg. Penzi è in possesso di tutte le certificazioni elencate nel criterio A8, in particolare possiede le certificazioni ISO 9001:2015 n. 42/SGQ, ISO 14001:2015 n. 42/SGA e ISO 45001:2018 n. 42/SGS; b) la mandante Consorzio Stabile Artemide è in possesso di tutte le certificazioni elencate nel criterio A8, in particolare possiede le certificazioni ISO 9001:2015 n. QMS-05065883-19, la certificazione ISO 14001:2015 n. EMS-05065883-19, la certificazione ISO 45001:2018 n. HMS-05065883-19; c) la consorziata esecutrice Coop. Edil Fast è in possesso di certificazione aziendale ISO 9001:2015 n.16-001.

La sentenza ha affermato che non vi sarebbe alcuna ragione logica per ritenere tale clausola applicabile solo ai consorzi che partecipano *uti singuli* e non anche ai consorzi che partecipano in ATI con altri operatori e che, non costituendo detta clausola un requisito di ammissione, bensì un criterio di attribuzione del punteggio tecnico, il punteggio massimo andava assegnato solo se l'operatore economico esecutore dei lavori avesse posseduto tutte e tre le certificazioni in parola, ma nel

caso del Consorzio Stabile Artemide la consorziata designata ad eseguire i lavori ne possedeva una sola.

Sulla scorta di tali profili, la sentenza ha ritenuto che, dalla posizione dell'odierna appellante, originaria aggiudicataria della gara, avrebbero dovuto essere decurtati 3 punti per il subcriterio A8.

Come correttamente dedotto dall'appellante, il Collegio ritiene che la sentenza non possa essere condivisa, perché in contrasto con l'esatta interpretazione da fornire del criterio A8 del disciplinare, certificazioni di impresa, che prevedeva la possibilità per la commissione di attribuire sino a 6 punti laddove il concorrente avesse dimostrato il possesso di tutte le certificazioni, in regola e vigenti.

Ed invero, detta clausola deve ricevere applicazione anche nelle ipotesi di consorzi stabili che partecipano in raggruppamento con altri operatori economici. Nel caso di specie, l'appellante ha partecipato alla gara come raggruppamento di cui entrambe le componenti (Costruzioni Ingg. Penzi S.p.a, mandataria, e Consorzio Stabile Artemide, mandante) erano munite di tutte le certificazioni di impresa, avendo, dunque, ricevuto legittimamente 6 punti.

La Coop. Edil Fast non è parte del raggruppamento, ma è la consorziata indicata dalla mandante Consorzio Stabile Artemide per l'esecuzione di una quota minima di lavorazioni pari al 16,15% rispetto al totale lavori posto a base di gara (80% della OS18A che ha un'incidenza del 20,19% sull'importo totale dell'affidamento).

Inoltre, Artemide è un consorzio stabile, e rilevano i suoi requisiti, potendo partecipare alla gara anche senza indicare una impresa esecutrice.

Deve chiarirsi, invero, che il consorzio è un'organizzazione comune di più imprenditori per la disciplina o lo svolgimento di fasi d'impresa. Più specificamente, ai sensi dell'art. 2602 c.c.: "Con il contratto di consorzio più imprenditori istituiscono un'organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese". Il consorzio svolge, dunque, una funzione strumentale per le imprese consorziate.

I consorzi presentano, quindi, carattere mutualistico, in quanto l'attività consortile deve svolgersi nell'interesse delle imprese associate.

Con riferimento alle varie tipologie di consorzio, quello con attività interna è un'associazione tra imprenditori che ha come scopo la regolamentazione dei rapporti e della disciplina tra i consorziati. Le imprese consorziate si impongono, quindi, determinati obblighi che verranno tenuti sotto osservanza dell'organizzazione comune.

Nei consorzi con attività esterna l'organizzazione è, invece, destinata a svolgere un'attività con i terzi, implicando generalmente la creazione di un ufficio al quale faranno capo i rapporti giuridici posti in essere.

Il consorzio con attività esterna è privo di personalità giuridica, ma è un autonomo centro di rapporti giuridici ed assume la responsabilità, garantita dal fondo consortile, dei contratti stipulati in nome proprio, assumendone anche il rischio, di natura extracontrattuale, derivante dalla gestione di un'attività imprenditoriale.

I consorzi stabili sono, invece, soggetti dotati di autonoma personalità giuridica, distinta dalle imprese consorziate, configurandosi, dunque, come aggregazioni durevoli di soggetti che nascono da un'esigenza di cooperazione ed assistenza reciproca e che, operando come un'unica impresa, si accreditano all'esterno come soggetto distinto (cfr. Cons. Stato, III, 4 febbraio 2019, n. 865).

Secondo l'ormai consolidato indirizzo giurisprudenziale, per poter attribuire al consorzio la qualifica di consorzio stabile è essenziale la sussistenza del c.d. elemento teleologico, ossia l'astratta idoneità del consorzio, esplicitamente consacrata nel relativo statuto, 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 prestazioni 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. Cons. Stato, V, 17 gennaio 2018, n. 276). A tal fine, è essenziale l'esistenza di un'azienda consortile, intesa nel senso civilistico di "complesso di beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa".

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza del 18 marzo 2021, n. 5, ha chiarito la differenza tra il consorzio ordinario di cui agli artt. 2602 e ss. del codice civile e il consorzio stabile, la cui disciplina si rinviene nell'art. 45, comma 2,

lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016: il consorzio ordinario, pur essendo un autonomo centro di rapporti giuridici, non comporta l'assorbimento delle aziende consorziate in un organismo unitario costituente un'impresa collettiva, né esercita autonomamente e direttamente attività imprenditoriale, ma si limita a disciplinare e coordinare, attraverso un'organizzazione comune, le azioni degli imprenditori riuniti. Nel consorzio con attività esterna la struttura organizzativa provvede all'espletamento in comune di una o alcune funzioni (ad esempio, l'acquisto di beni strumentali o di materie prime, la distribuzione, la pubblicità, etc.), ma nemmeno nella sua disciplina civilistica è dotato di una propria realtà aziendale. Ne discende che, ai fini della disciplina in materia di contratti pubblici, il consorzio ordinario è considerato un soggetto con identità plurisoggettiva, che opera in qualità di mandatario delle imprese della compagine. Esso prende necessariamente parte alla gara per tutte le consorziate e si qualifica attraverso di esse, in quanto le stesse, nell'ipotesi di aggiudicazione, eseguiranno il servizio, rimanendo esclusa la possibilità di partecipare solo per conto di alcune associate.

I consorzi stabili invece, ai sensi dell'art. 45, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, sono costituiti "tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro" che "abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa". I partecipanti in questo caso danno vita ad una stabile struttura di impresa collettiva, la quale, oltre a presentare una propria soggettività giuridica con autonomia anche patrimoniale, rimane distinta e autonoma rispetto alle aziende dei singoli imprenditori ed è strutturata, quale azienda consortile, per eseguire, anche in proprio (ossia senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate), le prestazioni affidate a mezzo del contratto.

Sulla base di questa impostazione, la Corte di giustizia UE ammette la contemporanea partecipazione alla medesima gara del consorzio stabile e della consorziata, ove quest'ultima non sia stata designata per l'esecuzione del contratto e non abbia pertanto concordato la presentazione dell'offerta (v. Corte di giustizia

UE 23/12/2009, C-376/08, emessa su ordinanza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sez. I, 2 aprile 2008, n. 194).

Invero, il consorzio stabile, proprio perché dotato di personalità giuridica a differenza del consorzio con attività esterna, implica la costituzione di un'autonoma struttura consortile e il rapporto intercorrente tra consorzio ed imprese consorziate può essere ricondotto al rapporto tra società commerciale e socio, ove lo strumento associativo assume una sua completa autonomia (cfr. Cons. Stato, V, 18 ottobre 2022, n. 8866).

Il consorzio stabile costituisce, dunque, una struttura dotata di propria soggettività giuridica (sul punto, cfr., altresì, Cons. Stato, V, 7 novembre 2022, n. 9762) alla luce del rapporto organico che lega lo stesso alle proprie consorziate, nonché alla luce della responsabilità solidale di consorzio stabile e consorziata indicata verso la stazione appaltante.

Inoltre, dalla documentazione versata in atti, prodotta in appello perché rilevante in considerazione delle statuizioni della sentenza e in ogni caso acquisibile dal Collegio perché ritenuta tale, risulta che il Consorzio Artemide ha concesso in avvalimento stabile alla consorziata esecutrice Coop. Edil Fast le due certificazioni mancanti.

Alla luce delle suesposte considerazioni l'appello va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va respinto il ricorso principale di primo grado e va dichiarato improcedibile quello incidentale.

Sussistono giusti motivi, in considerazione della complessità della controversia, per disporre l'integrale compensazione fra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso principale di primo grado e dichiara improcedibile quello incidentale.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2022 con
l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Elena Quadri

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO