

Pubblicato il 08/03/2023

N. 00597/2023 REG.PROV.COLL.
N. 03212/2022 REG.RIC.



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 Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3212 del 2022, proposto da
Consorzio Stabile Ventimaggio S.C. A R.L., in persona del legale
rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Arturo
Cancrini e Francesco Vagnucci, con domicilio digitale come da PEC da
Registri di Giustizia;

contro

Regione Lombardia, non costituito in giudizio;
Azienda Socio Sanitaria Territoriale (Asst) Rhodense, in persona del legale
rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Maurizio
Zoppolato, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via Paleocapa,
1;

nei confronti

G.R. Electric s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dall'avvocato Valeria Catalano, con domicilio digitale
come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in
Milano, via Fatebenefratelli 15;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Consorzio Stabile Appaltitalia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Antonio Caputo e Sara Corsini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Francesco Antonio Caputo in Roma, via Ugo Ojetti n. 114;

per l'annullamento

- della Deliberazione del Direttore Generale n. 1036 del 26.10.2022, con cui l'ASST Rhodense ha disposto l'annullamento in autotutela del provvedimento di aggiudicazione della gara in favore del Consorzio Ventimaggio, con contestuale aggiudicazione a favore di G.R. Electric s.r.l.;
- per quanto occorrer possa, della nota prot. n. 0068437/22 del 4.10.2022 con cui l'ASST Rhodense ha comunicato al Consorzio ricorrente l'avvio, ai sensi dell'art. 21-octies della l. n. 241/1990, del procedimento di annullamento in autotutela della Deliberazione n. 896/2022/DG;
- di ogni altro atto e provvedimento presupposto, antecedente, conseguente o comunque connesso ai provvedimenti impugnati.

E PER LA CONDANNA

dell'Ente intimato a risarcire il danno cagionato alla ricorrente in forma specifica, mediante annullamento degli atti impugnati, con conseguente riammissione alla gara ed aggiudicazione della commessa a favore del Consorzio Ventimaggio

E CON RISERVA

di chiedere, in separato giudizio, il ristoro dei danni per equivalente monetario qualora risultasse impossibile la reintegrazione in forma specifica per fatto non imputabile o comunque non dipendente dalla volontà della odierna ricorrente

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Socio Sanitaria Territoriale (Asst) Rhodense e di G.R. Electric s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 febbraio 2023 il dott. Antonio Vinciguerra e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO

Con delibera 21.7.2022 n. 756 l'Azienda Sanitaria Territoriale Rhodense aveva indetto una procedura negoziata per l'affidamento dei lavori per l'adeguamento normativo in materia di prevenzione incendi delle strutture del presidio ospedaliero di Passirana di Rho, da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso.

Con delibera 15.9.2022 n. 896 la gara è stata aggiudicata al consorzio stabile Ventimaggio.

Il 3.10.2022 la G.R. Electric s.r.l., seconda classificata, ha trasmesso alla ASST un'istanza di esclusione del consorzio Ventimaggio, sul presupposto che l'impresa consorziata indicata per l'esecuzione dell'appalto, la Ital Group s.r.l., non è in possesso del necessario requisito di qualificazione SOA. Pertanto la stazione appaltante ha dato avvio, il 4.10.2022, a una procedura in autotutela a conclusione della quale ha deliberato (del. 26.10.2022 n. 1036) l'esclusione del consorzio e l'aggiudicazione dell'appalto a G.R. Electric.

La nuova delibera è impugnata dal consorzio Ventimaggio con il presente ricorso.

Parte ricorrente richiama l'art. 47 del D.Lgs. n. 50/2022, che nella prima formulazione prevedeva, al secondo comma, la possibilità dei consorzi stabili di lavori, servizi e forniture di utilizzare per i primi cinque anni dalla loro costituzione i requisiti di qualificazione delle imprese consortili. Con il D.Lgs. 56/2017 il limite dei cinque anni – non contemplato per i consorzi di

cooperative – è stato eliminato, consentendosi ai consorzi stabili (artt. 45, comma 2 lett. c, e 46, comma 1 lett. f, del codice dei contratti pubblici) la possibilità senza limiti temporali di utilizzare sia i requisiti di qualificazione maturati in proprio, sia quelli posseduti dalle singole imprese consorziate designati per le esecuzioni delle prestazioni, sia quelli delle imprese in avvalimento. Le ulteriori modifiche apportate dal D.L. 32/2019 (cd. decreto “sblocca cantieri”) avrebbero, secondo il ricorrente, reso con maggior evidenza la possibilità dei consorzi stabili di cumulare i requisiti di qualificazione propri e delle consorziate ai fini dell’esecuzione degli appalti, indipendentemente dal possesso di detti requisiti da parte dell’impresa designata esecutrice. In tal senso la giurisprudenza sviluppata in anni recenti, della quale alcune pronunce sono citate nell’atto introduttivo del giudizio.

È intervenuto *ad adiuvandum* il consorzio stabile Appaltitalia, che ha presentato una memoria a sostegno delle deduzioni di parte ricorrente.

Le controparti – Amministrazione resistente e G.R. Electric – hanno presentato memorie di controdeduzioni.

Tutte le parti hanno depositato memorie conclusionali e di replica.

La causa è passata in decisione all’udienza dell’8 febbraio 2023.

DIRITTO

L’art. 47 del D.Lgs. 2016 n. 50 disciplina i requisiti per la partecipazione dei consorzi alle gare.

Nella versione vigente – conseguente alle modifiche introdotte dall’art. 1, comma 20, lett. l), n. 1, del d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n. 55 - il primo comma della norma stabilisce che i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l’ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all’articolo 45, comma 2, lettere b) e c), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi con le modalità previste dal codice, *“salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d’opera, nonché all’organico*

medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio, ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate”.

La norma prosegue prevedendo al comma 2 che i consorzi stabili eseguono le prestazioni o *“con la propria struttura”* o *“tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante”.*

La stessa disposizione aggiunge che per i lavori, ai fini della qualificazione, i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni saranno stabiliti con il regolamento di cui all'articolo 216, comma 27 *octies*. Il successivo comma 2 *bis* aggiunge che *“la sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara per l'affidamento di servizi e forniture è valutata, a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati”.*

Con riferimento ai consorzi stabili, sono presenti due diversi orientamenti interpretativi a livello giurisprudenziale in ordine ai limiti entro i quali è legittimo il cumulo alla rinfusa, al fine della dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione.

Il primo orientamento è favorevole alla permanente operatività del cumulo, nonostante la novella introdotta dal D.L. n. 32/2019. Si sostiene, in sintesi, che la praticabilità del cumulo alla rinfusa sarebbe ancora possibile per gli appalti di servizi e forniture in ragione del comma 2 *bis* del citato art. 47, che, proprio in relazione a questi due settori, avrebbe introdotto una disciplina *ad hoc*, tesa ad escludere il limite posto dal comma 1, che legittima il cumulo alla rinfusa solo per le attrezzature, i mezzi d'opera e l'organico medio annuo.

Tale interpretazione sarebbe coerente con la *ratio* proconcorrenziale che sottende la disciplina dei consorzi stabili e con la relazione illustrativa della legge di conversione del D.L. n. 32/2019, la quale, in tesi, confermerebbe *“che la volontà del legislatore era quella di mantenere, anzi, potenziare*

l'operatività del meccanismo del cumulo alla rinfusa", nella dichiarata prospettiva della "operatività e sopravvivenza di tale strumento pro-concorrenziale" (cfr. ex multis Consiglio di Stato, sez. V, 29 marzo 2021, n. 2588; T.A.R. Lazio, Sez. II, 7 aprile 2022, n. 4082).

Il Tribunale ritiene maggiormente aderente al dato letterale e coerente con il quadro sistematico la tesi opposta, che, anche in relazione ai servizi e alle forniture, limita il cumulo alla rinfusa ai soli requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo.

L'orientamento interpretativo da ultimo richiamato (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 22 agosto 2022, n. 7360; Tar Lazio, sez. III, 3 marzo 2022, n. 2571; Tar Lazio, sez. I, 7 dicembre 2020, n. 13049) evidenzia che, sul piano letterale, il primo comma dell'art. 47 è chiaro nel consentire il cumulo solo con riferimento a determinati requisiti, ossia attrezzature, mezzi e organico medio, stabilendo che, al di fuori di questo ambito, i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria devono essere posseduti direttamente dal consorzio stabile e non per il tramite delle imprese consorziate (vale precisare che tale orientamento è espresso, seppure in *obiter dictum*, anche da Consiglio di Stato, ad. pl. 18 marzo 2021, n. 5).

La norma non delimita il suo ambito di applicazione ai lavori, ma è di carattere generale, perché non reca alcuna delimitazione applicativa, sicché va riferita anche ai servizi e alle forniture.

Non solo, è stata espunta la previsione di cui al previgente art. 36, comma 7, in forza della quale "*il consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate*". Questa norma non prevedeva alcuna distinzione tra imprese designate e non designate per l'esecuzione delle prestazioni, sicché aveva legittimato un'interpretazione ampia e generalizzata del cumulo dei requisiti c.d. "alla rinfusa". La soppressione della disposizione richiamata, unitamente al tenore letterale dell'art. 47, conduce a superare l'orientamento ampliativo e a restringere la praticabilità del cumulo ai soli requisiti menzionati nel comma 1 dell'art. 47.

Anche l'argomento della finalità proconcorrenziale, che giustificerebbe l'interpretazione estensiva, non è dirimente. Invero, come rilevato dalla citata giurisprudenza, la finalità di favorire la concorrenza è insita nella possibilità di utilizzare la forma del consorzio stabile, indipendentemente dall'operatività del cumulo alla rinfusa.

Anche il secondo comma dell'art. 47 supporta l'interpretazione restrittiva.

In primo luogo va osservato che anche questa disposizione, come il primo comma, non ha un ambito di applicazione riservato al settore dei lavori, sicché è di portata generale e va riferita anche ai servizi e alle forniture. La norma stabilisce che i consorzi stabili eseguono le prestazioni o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto; la disposizione non prevede più la possibilità di ricorrere all'avvalimento ai fini dell'utilizzazione dei requisiti posseduti dalle imprese consorziate non designate come esecutrici.

Pertanto, dal coordinamento tra il primo e il secondo comma deriva che (cfr. giur. cit.): a) i consorzi stabili che intendano eseguire le prestazioni "con la propria struttura" devono dimostrare (e comprovare con le modalità ordinarie) il possesso, in proprio, dei "requisiti di idoneità tecnica e finanziaria" per l'ammissione alle procedure di affidamento, salva la facoltà di "computare cumulativamente" i soli requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera e all'organico medio annuo, quand'anche posseduti "dalle singole imprese consorziate", ancorché non designate all'esecuzione; b) essi possano, alternativamente, affidarsi (senza che ciò costituisca subappalto) alle imprese consorziate, all'uopo indicate in sede di gara, che ne risultano corresponsabili.

Quanto alla portata del comma 2 *bis* dell'art. 47, la tesi estensiva ritiene che la norma abbia un ruolo centrale nella soluzione del problema, in quanto si tratterebbe di una disciplina speciale, relativa ai servizi e alle forniture, che legittimerebbe il cumulo alla rinfusa oltre i limiti posti dal primo comma,

perché prevede che la sussistenza dei requisiti possa essere verificata in capo ai singoli consorziati.

Quella prospettata non è l'unica interpretazione possibile, perché la norma può essere collocata nel contesto del complessivo art. 47 senza derogare ai primi due commi, che, come già evidenziato, presentano un ambito applicativo generale.

In particolare, fermi restando sia la praticabilità del cumulo solo per attrezzature, mezzi d'opera ed organico medio annuo, sia il fatto che il consorzio stabile possa eseguire le prestazioni in proprio o per il tramite delle consorziate designate, la norma si limita a precisare, in relazione ai servizi e alle forniture, che, qualora il consorzio individui una consorziata come esecutrice, quest'ultima dovrà essere autonomamente in possesso del requisito di qualificazione, così come, in caso di esecuzione in proprio ad opera del consorzio, quest'ultimo dovrà possedere autonomamente il requisito.

Come precisato dalla giurisprudenza citata e qui condivisa (cfr. in particolare Consiglio di Stato, sez. V, n. 7360/2022) il quadro normativo complessivo evidenzia che:

- a) la possibilità di “qualificazione cumulativa”, nell'ambito dei consorzi stabili, è limitata ai requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature e mezzi d'opera e all'organico medio annuo (cfr. art. 47, comma 1);
- b) i consorzi stabili possono, per tal via, partecipare alle gare qualificandosi in proprio (art. 47, comma 2, prima ipotesi) e comprovando i propri requisiti di idoneità tecnica e finanziaria, potendo, a tal fine, cumulare attrezzature, mezzi d'opera e organico medio annuo di tutte le consorziate (con il limite, non codificato ma implicito, del divieto di cumulo in caso di autonoma partecipazione, alla medesima gara, dell'impresa consorziata, che autorizzerebbe – di là dalla paradossale vicenda del concorso competitivo con cooperazione qualificatoria – un'implausibile valorizzazione moltiplicativa dei medesimi requisiti: cfr., per la relativa vicenda, Corte di Giustizia UE, C-376/08, 23 dicembre 2009);

c) i consorzi stabili, anche quando partecipino e si qualifichino in proprio, possono eseguire la prestazione, oltreché con la propria struttura, anche per il tramite delle consorziate, ancorché non indicate come esecutrici in sede di gara (onde, in chiara – seppur circostanziata – prospettiva proconcorrenziale, il ricorso alla struttura consortile consente ad imprese non qualificate di partecipare, sia pure indirettamente, alle procedure di affidamento): si tratterebbe – nella ricostruzione di Consiglio di Stato, ad. plen. n. 5/2021, che argomenta dal confronto con la previgente formulazione dell’art. 47, comma 2 - di una forma di avvalimento attenuata dall’assenza di responsabilità, espressione non puntuale sul piano tecnico ma che esprime e sintetizza un condivisibile corollario di sistema;

d) in alternativa, il consorzio può designare per l’esecuzione del contratto una o più delle imprese consorziate, che, in tal caso, partecipano direttamente alla gara, concorrendo alla sostanziale formulazione dei tratti, anche soggettivi, dell’offerta ed assumendo, in via solidale, la responsabilità per l’esatta esecuzione, ancorché la formalizzazione del contratto sia rimessa al consorzio, che è parte formale (cfr. Consiglio di Stato, ad. plen., n. 5/2021 cit.);

e) in tale ultimo caso è necessario che le imprese designate possiedano e comprovino (con la ribadita salvezza dei, limitati e specifici, casi di qualificazione cumulativa) i requisiti, tecnici e professionali, di partecipazione. Vale ribadire che tale impostazione conserva anche la finalità proconcorrenziale, che è insita nella struttura stessa del consorzio stabile e che risulta realizzata anche in ragione del fatto che le consorziate, non indicate come esecutrici, possono eseguire le prestazioni allorché il consorzio, che partecipa e si qualifica in proprio, si “avvalga” di esse in sede di esecuzione.

Ne deriva che la designazione da parte dell’aggiudicatario consorzio Ventimaggio della consorziata Ital Group s.r.l. quale esecutrice dei lavori appaltati non è legittimata dalla normativa vigente, difettando in capo all’esecutrice i requisiti di qualificazione specifici.

Consegue la legittimità dell'annullamento in autotutela della delibera di aggiudicazione e della conseguente riaggiudicazione a G.R. Electric s.r.l., seconda nella graduatoria di gara.

Il ricorso è dunque infondato.

Le divergenze giurisprudenziali rilevate in argomento rendono opportuna l'equa compensazione delle spese processuali tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Vinciguerra, Presidente, Estensore

Fabrizio Fornataro, Consigliere

Rosanna Perilli, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Antonio Vinciguerra

IL SEGRETARIO