

Publicato il 27/11/2023

N. 10144/2023 REG.PROV.COLL.
N. 05754/2023 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5754 del 2023, proposto da
Impresa Edile Stradadale F.lli Massai S.r.l., in proprio e nella qualità di
mandataria del costituendo Rti con Granchi S.r.l., Vescovi Renzo S.p.a., Avr
S.p.a. e Slesa S.p.a., quali mandanti, in persona del legale rappresentante *pro
tempore*, in relazione alla procedura CIG 92806499D3, rappresentate e difese
dagli avvocati Fabrizio Cossu e Fabio Baglivo, con domicilio digitale come da
PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Fabio Baglivo
in Roma, via delle Quattro Fontane, 20;

contro

Città Metropolitana di Firenze, in persona del legale rappresentante *pro
tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Cristina Pelusi, con domicilio
digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Valori S.c.a r.l. Consorzio stabile, in persona del legale rappresentante *pro
tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Mollica e Francesco
Zaccone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Ati con mandataria Francucci S.r.l. e mandanti Caromar S.r.l. e Ridolfi Idio & Figli S.r.l., Avr S.p.a., non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana (Sezione Prima) n. 512 del 2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Città Metropolitana di Firenze e di Valori S.c.a r.l. Consorzio stabile;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 novembre 2023 il Cons. Elena Quadri;

Viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Impresa Edile Stradadale F.lli Massai S.r.l., in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo Rti con Granchi S.r.l., Vescovi Renzo S.p.a., Avr S.p.a. e Slesa S.p.a., quali mandanti, ha impugnato con ricorso integrato da motivi aggiunti la determina dirigenziale n. 10 del 4 gennaio 2023 e relativa nota di comunicazione di aggiudicazione *ex art. 76 del d.lgs. n. 50 del 2016* datata 11 gennaio 2023, per mezzo del quale la stazione appaltante ha aggiudicato a Valori S. c. a r. l. Consorzio stabile la procedura aperta indetta dalla Città metropolitana di Firenze per l'affidamento dei lavori inerenti all' *“Accordo Quadro Lavori manutenzione ordinaria e straordinaria patrimonio stradale di proprietà e in gestione alla Città Metropolitana di Firenze 2022 – 2025”* suddiviso in 3 lotti, da aggiudicarsi sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con riferimento al lotto 3 - Zona Empolese Valdelsa, CIG 92806499D3 – valore 27.450.000,00 euro.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Toscana ha in parte respinto e per il resto dichiarato inammissibile il ricorso principale e ha dichiarato improcedibile quello incidentale con sentenza n. 512 del 2023, appellata dal Rti F.lli Massai per i seguenti motivi di diritto:

I) censurabilità del capo di rigetto del secondo motivo di ricorso; carenza di motivazione della sentenza in relazione al secondo motivo di ricorso, con cui è stata dedotta la violazione e falsa applicazione degli atti impugnati, degli artt. 47, 48, 45, comma 2, lett. c), 83 e 84 del d.lgs. n. 50 del 2016, del c.d. “*cumulo alla rinfusa per i consorzi stabili*” e conseguentemente del disciplinare di gara e della normativa speciale d'appalto; eccesso di potere per difetto di istruttoria, erroneità dei presupposti, difetto assoluto di motivazione; violazione dei principi generali di buon andamento, correttezza, trasparenza, concorrenza e parità di trattamento;

II) violazione e falsa applicazione degli artt. 47, 48, 45, comma 2, lett. c), 83 ed 84 del d.lgs. n. 50 del 2016 e conseguentemente del disciplinare di gara e della normativa speciale d'appalto; eccesso di potere per difetto d'istruttoria, erroneità dei presupposti, difetto assoluto di motivazione; violazione dei principi generali di buon andamento, correttezza, trasparenza, concorrenza e parità di trattamento;

III) censurabilità del capo di rigetto del ricorso per motivi aggiunti per inammissibilità; *error in iudicando*; eccesso di potere nell'attribuzione dei punteggi di gara per arbitrarietà, illogicità, incoerenza, irragionevolezza, contraddittorietà, difetto di istruttoria e di motivazione, travisamento di atti e di fatti, carenza dei presupposti, manifesta ingiustizia;

IV) censurabilità del capo di rigetto del ricorso per motivi aggiunti relativo all'aggiudicazione; *error in iudicando*; illegittimità derivata del provvedimento di efficacia dell'aggiudicazione dei lavori.

L'appellante ha chiesto, altresì, la condanna della città metropolitana di Firenze al risarcimento danni, in forma specifica o per equivalente.

Si sono costituite per resistere all'appello la Città metropolitana di Firenze e Valori S.c.a r.l. Consorzio stabile.

Successivamente le parti costituite hanno prodotto memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza pubblica del 16 novembre 2023 l'appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Giunge in decisione l'appello proposto da Impresa Edile Stradadale Flli Massai S.r.l., in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo Rti con Granchi S.r.l., Vescovi Renzo S.p.a., Avr S.p.a. e Slesa S.p.a., quali mandanti, per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana n. 512 del 2023, che ha in parte respinto e per il resto dichiarato inammissibile il ricorso dell'appellante, integrato con motivi aggiunti, per l'annullamento della determina dirigenziale n. 10 del 4 gennaio 2023 e relativa nota di comunicazione di aggiudicazione *ex art. 76 del d.lgs. n. 50 del 2016* datata 11 gennaio 2023, per mezzo del quale la stazione appaltante ha aggiudicato a Valori S. c. a r. l. Consorzio stabile la procedura aperta indetta dalla Città metropolitana di Firenze per l'affidamento dei lavori inerenti all'*“Accordo Quadro Lavori manutenzione ordinaria e straordinaria patrimonio stradale di proprietà e in gestione alla Città Metropolitana di Firenze 2022 – 2025”* suddiviso in 3 lotti, da aggiudicarsi sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con riferimento al lotto 3 - Zona Empolese Valdelsa, CIG 92806499D3 – valore 27.450.000,00 euro.

La sentenza ha, altresì, dichiarato improcedibile il ricorso incidentale del Consorzio Valori.

Il Tar ha respinto le censure concernenti l'illegittimità del cumulo alla rinfusa riportandosi alla giurisprudenza amministrativa più recente e dichiarato inammissibili quelle afferenti l'assunta erroneità dell'attribuzione dei punteggi alle offerte tecniche, attesa l'insindacabilità della valutazione discrezionale dell'amministrazione.

Con i primi due motivi l'appellante ha dedotto l'erroneità per carenza di motivazione della sentenza di primo grado nella misura in cui ha ammesso l'interpretazione estensiva del cumulo alla rinfusa *ex art.* 47 del d.lgs. n. 50 del 2016 in forza della natura di interpretazione autentica della previsione normativa di cui all'art. 225, comma 13, parte prima, del d.lgs. n. 36 del 2023.

In particolare, per l'appellante emergerebbe con evidenza l'illegittimità dell'aggiudicazione e prima ancora dell'ammissione alla gara del Consorzio Valori, per avere lo stesso individuato come unica impresa esecutrice la società Pozzolini, la quale nel DGUE avrebbe indicato il possesso di SOA OG3 in classe V, mentre gli atti di gara prevedevano la classe VII.

Con il terzo motivo di appello è stata, inoltre, dedotta l'erroneità della sentenza appellata nella misura in cui ha ritenuto inammissibile la prima censura dei motivi aggiunti relativa alla illogicità dell'attribuzione dei punteggi sulla componente tecnica da parte della Commissione di gara, atteso che la natura tecnico discrezionale dell'attività valutativa non impedirebbe *ex se* il sindacato giurisdizionale sull'esercizio della stessa.

L'appellante ha, dunque, riproposto, ai fini dell'effetto devolutivo, i motivi articolati nell'ambito dei motivi aggiunti, relativi all'assunta erroneità dell'attribuzione dei punteggi di gara per arbitrarietà, illogicità, incoerenza, irragionevolezza, contraddittorietà, difetto di istruttoria e di motivazione, travisamento di atti e di fatti, carenza dei presupposti, manifesta ingiustizia.

Con il quarto motivo di appello è stata, infine, dedotta l'erroneità della sentenza nella misura in cui ha respinto anche il terzo motivo dei motivi aggiunti avente ad oggetto l'illegittimità derivata del provvedimento di efficacia dell'aggiudicazione dei lavori.

L'appello è infondato.

Con riferimento alle prime due censure, il Collegio si riporta alla più recente giurisprudenza amministrativa, secondo cui, in ragione dell'interpretazione autentica offerta dall'art. 225, comma 13, d.lg. n. 36 del 2023 (secondo cui per la partecipazione alle procedure di gara i consorzi possono utilizzare, ai fini

della qualificazione, tanto i requisiti maturati in proprio, tanto quelli delle imprese consorziate), se il consorzio stabile è in possesso, in proprio, dei requisiti partecipativi richiesti dalla legge di gara, a nulla rileva l'assenza della qualificazione SOA in capo alla consorziata esecutrice dei lavori.

Questo Consiglio ha, invero, in più occasioni, chiarito che i consorzi stabili sono operatori economici dotati di autonoma personalità giuridica, costituiti in forma collettiva e con causa mutualistica, che operano in base a uno stabile rapporto organico con le imprese associate, il quale si può giovare, senza necessità di ricorrere all'avvalimento, dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse, secondo il criterio del 'cumulo alla rinfusa' (cfr., per tutte, Cons. Stato, V, 2 febbraio 2021, n. 964).

Tale orientamento prende vita dalla tradizionale giurisprudenza della Sezione, ormai consolidata dopo alcune oscillazioni, e si fonda, invero, sulla natura giuridica dei consorzi stabili, che sono 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, V, 28 dicembre 2022, n. 11439; 7 novembre 2022, n. 9752; 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 (cfr. Cons. Stato, V, 28 dicembre 2022, n. 11439).

Riguardo al terzo motivo dedotto, il Collegio condivide le statuizioni della sentenza appellata che ha qualificato le valutazioni discrezionali della commissione, nel caso di specie, insindacabili perché congrue e non illogiche.

In via generale, deve osservarsi che, nelle doglianze dell'appellante, non viene rilevata alcuna abnormità della valutazione in cui sarebbe incorsa l'amministrazione, ma più semplicemente si opera la sostituzione del giudizio dell'appellante con quello della commissione.

Deve, dunque, ribadirsi il tradizionale orientamento della giurisprudenza amministrativa per il quale, nelle procedure ad evidenza pubblica, qualora sia

previsto il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione delle offerte tecniche costituisce espressione della discrezionalità tecnica della commissione giudicatrice e, pertanto, non può essere oggetto di sindacato, salvo che non sia inficiata da macroscopici errori di fatto, da illogicità o da irragionevolezza manifesta, in particolare nell'applicazione dei criteri di valutazione, secondo quanto dedotto dalla parte attrice.

Come condivisibilmente statuito dalla sentenza appellata: *“Manca pertanto completamente, nella fattispecie, un qualche “elemento sintomatico” che possa portare ad affermare che si sia potuto verificare un qualche errore nell’attribuzione del punteggio relativo all’elemento tecnico e le stesse argomentazioni articolate da parte ricorrente trovano sostanziale giustificazione solo in quella convinzione che la sua offerta sia superiore a quella delle altre che è posta a base del primo motivo aggiunto e che, come già rilevato, tenta di portare il Giudice amministrativo verso un sindacato diretto del valore delle offerte che gli è precluso”*.

Alla luce di quanto osservato, consegue, altresì, l'infondatezza del quarto motivo di appello relativo all'assunta erroneità della sentenza di prime cure nella misura in cui ha rigettato la censura avente ad oggetto l'illegittimità derivata del provvedimento di efficacia dell'aggiudicazione dei lavori.

Per le suesposte considerazioni l'appello va respinto e, per l'effetto, va confermata la sentenza appellata di parziale reiezione e di parziale inammissibilità del ricorso di primo grado.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza appellata di parziale reiezione e di parziale inammissibilità del ricorso di primo grado.

Condanna l'appellante alla rifusione delle spese di giudizio nei confronti della Città metropolitana e del Consorzio Valori, che si liquidano in euro 5000 ciascuno, oltre oneri di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 novembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

Gianluca Rovelli, Consigliere

Antonino Masaracchia, Consigliere

L'ESTENSORE

Elena Quadri

IL PRESIDENTE

Rosanna De Nictolis

IL SEGRETARIO