



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 2463 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Pessina Costruzioni S.p.a., in proprio e quale mandataria dell'ATI con Gemmo S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco De Marini e Barbara Savorelli, presso il cui studio ha eletto domicilio in Milano, Via Emilio Visconti Venosta, 7

***contro***

Azienda Ospedaliera di Desio e Vimercate, persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Alessandro Cannone, presso il cui studio ha eletto domicilio in Milano, Corso di Porta Romana, 116/A

***nei confronti di***

Gb Costruzioni S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Vincenzo Avolio e Vittoria Luciano, con domicilio eletto presso il primo di essi

in Milano, Viale Gian Galeazzo, 16;

Co.Ge.S Consorzio Stabile e Acr Impianti S.a.s. di Inizitari Rocco & C., non costituiti in giudizio

*per l'annullamento*

-della deliberazione n. 806 del 6 agosto 2009, con la quale è stata approvata l'aggiudicazione della "progettazione ed esecuzione dei lavori di realizzazione d nuovo edificio per attività ambulatoriali, comprendente adeguamento antincendio del presidio per ottenimento C.P.I." al RTI tra G.B. Costruzioni S.p.A., CO.GE.S Consorzio Stabile e A.C.R. Impianti S.a.s.;

-dei verbali della Commissione di gara del 15 maggio 2009, 27 giugno 2009, 4 luglio 2009, 13 luglio 2009, 16 luglio 2009, 20 luglio 2009, 27 luglio 2009, 31 luglio 2009;

-del contratto di appalto eventualmente stipulato tra l'A.O. di Desio e Vimercate e l'RTI aggiudicatario;

nonché per la conseguente condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento dei danni in forma specifica o, in subordine, per equivalente economico.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell' Azienda Ospedaliera di Desio e Vimercate e di Gb Costruzioni S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visto il dispositivo di sentenza n. 702/2011;

Visti tutti gli atti della causa;

Designato relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 marzo 2011 il dott. Hadrian Simonetti e uditi per le parti i difensori Francesco De Marini, Alessandro Cannone e Vincenzo Avolio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO

Con bando spedito il 16.3.2009 l'Azienda ospedaliera di Desio e Vimercate ha indetto una gara aperta, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento dell'appalto integrato per la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di riqualificazione reparti e servizio del presidio, realizzazione nuovo edificio per attività ambulatoriali, per un importo a base d'asta di € 10.739.261,00.

All'esito della procedura è risultato aggiudicatario, con 90,56 punti, il costituendo raggruppamento verticale tra le società GB Costruzioni (mandataria), CO.GE.S Consorzio Stabile e ACR Impianti S.a.s.; seconda classificata l'Ati composta da Pessina Costruzioni S.p.A. (mandataria) e Gemmo S.p.A. con 87,06 punti.

Avverso l'aggiudicazione, impugnata unitamente ai verbali di gara ed al contratto di appalto, ha proposto ricorso la seconda classificata, deducendo sette articolati motivi con i quali, in sintesi, ha censurato:

1) violazione del regolamento di gara, dell'art. 49 del D.lgs. 163/2006, eccesso di potere sotto vari profili, con riferimento al requisito di idoneità finanziaria richiesto in misura pari ad € 1.000.000,00 che non sarebbe stato posseduto dal Consorzio CO.GE.S, non essendo

consentito avvalersi, a tal fine, delle referenze bancarie delle proprie consorziate;

2) violazione del regolamento di gara, dell'art. 38 del D.lgs. 163/2006, eccesso di potere sotto vari profili, tenuto conto della mancata produzione, ad opera del Consorzio CO.GE.S, della dichiarazione circa il rispetto della normativa in materia di collocamento dei disabili di cui alla L. 68/1999, il che avrebbe dovuto comportare, anche in questo caso, l'esclusione dalla gara dell'intero R.T.I.;

3) violazione del regolamento di gara ed eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà, sul rilievo che il Consorzio CO.GE.S avrebbe omesso di produrre la dichiarazione di presa visione dell'area destinata alla realizzazione dei lavori, prevista a pena di esclusione;

4) violazione dell'art. 38 del D.lgs. 163/2006 ed eccesso di potere per non avere i componenti del raggruppamento aggiudicatario attestato l'insussistenza della causa ostativa di cui alla lett. f), ovvero il non avere commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante;

5) violazione sempre dell'art. 38 del D.lgs. 163/2006 ed eccesso di potere con riferimento alle dichiarazioni cumulative rese dall'ausiliaria Bertoli Costruzioni S.r.l., della cui cifra d'affari si è avvalsa la mandataria (dell'Ati aggiudicataria) GB Costruzioni, sul rilievo della loro genericità che non consentirebbe di accertarne la veridicità;

6) eccesso di potere per erroneità dei presupposti, difetto di istruttoria, violazione della *par condicio*, con riferimento alla cifra d'affari indicata dai componenti del RTI aggiudicatario;

7) violazione degli artt. 86 e ss. del D.lgs. 163/2006 ed eccesso di potere sotto vari profili, con riguardo alla verifica della congruità dell'offerta presentata dalla controinteressata.

Con successivi motivi aggiunti la ricorrente ha dedotto un ottavo vizio di illegittimità, sempre relativamente alla verifica di congruità dell'offerta.

Con memoria depositata il 25.2.2010 ha poi rinunciato al terzo ed all'ottavo motivo.

Si è costituita l'Azienda ospedaliera con articolata memoria difensiva, muovendo dalla premessa, quanto al primo motivo, che le numerose norme del regolamento di gara invocate dalla ricorrente non troverebbero applicazione nel peculiare caso di specie in cui l'offerta non è stata presentata da un Consorzio Stabile, ma da un RTI cui partecipa, quale semplice componente, anche un Consorzio Stabile. Quanto al secondo motivo ha replicato nel senso che il Consorzio Stabile non sarebbe obbligato a rendere la dichiarazione di cui alla L. 68/1999, non essendo datore di lavoro. Quanto al terzo motivo ha dato atto di come anche il Consorzio CO.GE.S abbia effettuato il sopralluogo, presentando la relativa dichiarazione. In ordine al quarto motivo ha eccepito il difetto di interesse sul rilievo che neppure l'ATI ricorrente ha reso la dichiarazione di cui all'art. 38 lett. f). Quanto al quinto motivo ha posto in evidenza che la società ausiliaria ha presentato la dichiarazione attestante il possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38. In ordine al sesto motivo ha rilevato che il volume d'affari dei componenti il raggruppamento aggiudicatario supera di

gran lunga l'importo di € 30.686.883,00 pari a tre volte l'importo posto a base di gara. Infine ha replicato alle censure sollevate con il settimo motivo.

Si è costituita anche la controinteressata GB Costruzioni S.r.l.

Emesso decreto cautelare *inaudita altera parte*, nella camera di consiglio del 25.11.2009, preso atto dell'avvenuta stipulazione del contratto di appalto, sull'accordo delle parti l'esame dell'istanza cautelare è stato rinviato al merito, conseguendone la perdita di efficacia delle misure provvisorie.

In vista del merito le difese delle parti costituite hanno depositato ulteriori memorie e all'udienza pubblica del 9.3.2011 la causa è passata in decisione.

## DIRITTO

1. Osserva il Collegio preliminarmente che la difesa ricorrente, con memoria del 25.2.2010, ha rinunciato ai motivi n. 3 del ricorso introduttivo (circa il preteso mancato sopralluogo) e n. 8 dedotto nei successivi motivi aggiunti (in ordine alla verifica di anomalia).

2. Ciò posto, le restanti censure dedotte dalla ricorrente sono, in massima parte, preordinate a dimostrare la mancanza, in capo al raggruppamento aggiudicatario, dei requisiti (generali e speciali) di partecipazione e, pertanto, l'illegittimità della sua mancata esclusione dalla procedura di gara.

2.2. Partendo dai (motivi concernenti i) requisiti di ordine generale, con il secondo motivo la ricorrente deduce il fatto che il Consorzio stabile CO.GE.S - mandante del raggruppamento aggiudicatario - non

avrebbe reso la dichiarazione di essere in regola con la normativa di cui all'art. 17 della L. 68/1999 (sul diritto al lavoro dei disabili), avendo presentato le dichiarazioni delle sole imprese consorziate.

La difesa, concorde, dell'Azienda ospedaliera e della controinteressata costituita in giudizio ha, peraltro, sottolineato che il Consorzio stabile, non avendo alcun lavoratore alle proprie dipendenze, non sarebbe stato tenuto alla relativa dichiarazione.

Reputa il Collegio che, senza negare sul piano generale l'autonomia organizzativa del consorzio stabile rispetto alle proprie consorziate (v. per tutti, TAR Toscana II, n. 2040/2010), sia dirimente nel caso di specie la circostanza che CO.GE.S abbia, in sede di partecipazione, espressamente dichiarato di non avere lavoratori alle proprie dipendenze. Sicché, non essendo tale circostanza contestata dalla ricorrente (art. 64, comma 2, c.p.a.), deve per un verso escludersi che il Consorzio fosse tenuto a rendere una dichiarazione che logicamente presuppone pur sempre che il dichiarante sia un datore di lavoro e, per altro verso, ritenersi sufficiente che simile dichiarazione sia stata presentata dalle sole società consorziate.

2.3. Il quarto motivo, con cui è dedotta la mancata attestazione ex art. 38 comma 1 lett. f) di non avere commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara, è manifestamente infondato, ove si consideri che la *lex specialis* non richiedeva una dichiarazione in tal senso, tanto meno a pena di esclusione; e che, non a caso, nessuno dei partecipanti alla gara in oggetto ha reso simile dichiarazione,

neppure l'Ati ricorrente che, quindi, non ha interesse a far valere simile omissione.

2.4. Del pari infondato è il quinto motivo, con cui la ricorrente deduce sempre la violazione dell'art. 38 ma, in tal caso, con specifico riferimento alle dichiarazioni presentate dalla Belloli Costruzioni S.r.l., impresa ausiliaria di cui si è avvalsa la mandataria GB Costruzioni S.r.l. per soddisfare la richiesta relativa al possesso della cifra d'affari.

Ad onta delle censure di genericità, è infatti sufficiente rilevare la completezza della documentazione presentata dalla GB Costruzioni, in ordine all'avvalimento cui è ricorso, documentazione che comprende anche la (auto)dichiarazione sub art. 38 resa da Francesco Belloli nella veste di legale rappresentante dell'ausiliaria Belloli Costruzioni S.r.l. (v. doc. 12 della produzione del 24.11.2009 della resistente), conformemente a quanto previsto nel regolamento di gara e a quanto prescrive, del resto, lo stesso art. 49, comma 2, lett. c) del D.lgs. 163/2006, sul presupposto evidente che tanto basti a consentire alle stazioni appaltanti i necessari controlli e le più opportune verifiche.

2.5. Con il primo motivo la ricorrente deduce la violazione della *lex specialis* (l'art. 10 del regolamento di gara), relativamente ai requisiti di idoneità economico-finanziaria, nella parte in cui prevede che in caso di consorzio stabile le referenze bancarie debbano essere presentate a pena di esclusione dal solo consorzio e non anche dalle consorziate, sul rilievo che, invece, nel caso di CO.GE.S questi abbia prodotto in gara due referenze bancarie rilasciate esclusivamente a due delle sue



consorziate.

Replicano le controparti, da un lato, richiamando l'art. 97, comma 4, del D.P.R. 554/1999 che, in termini generali, consente espressamente ai consorzi stabili di avvalersi dei requisiti economico-finanziari posseduti dalle singole consorziate; e, dall'altro, sottolineando come in ogni caso la disposizione del regolamento di gara invocata dalla ricorrente non sia pertinente al caso in esame nel quale l'offerta non è stata presentata da un consorzio stabile, ma da un RTI cui partecipa un consorzio stabile in veste di mandante.

Così riassunte in sintesi le opposte deduzioni di parte, osserva il Collegio come l'art. 10 del regolamento di gara rechi, nel caso dei consorzi stabili, una disciplina all'apparenza non esente da alcuni dubbi interpretativi e che, per questo, a maggior ragione, deve essere letta congiuntamente e conformemente agli artt. 36 del D.lgs. 163/2006 e 97 del D.P.R. 554/1999 (il secondo applicabile ai fatti di causa *ratione temporis*, sebbene oggi sostituito dall'art. 94 del D.P.R. 207/2010).

Deve in particolare sottolinearsi come la lettura della ricorrente, secondo cui l'art. 10 del regolamento di gara sulla qualificazione dei consorzi stabili avrebbe così derogato all'art. 97, sia da valutare con estrema prudenza, tanto più se riferita ad un'ipotesi nella quale il consorzio stabile sia solo un componente (mandante) di un raggruppamento temporaneo. Si vuole quindi sottolineare come la disposizione del regolamento di gara, laddove parrebbe derogare alla disciplina generale di natura regolamentare dettata in materia di

appalto di lavori, debba, quanto meno, essere interpretata in chiave restrittiva, escludendo che trovi applicazione nel caso in cui l'offerta sia presentata non già dal consorzio stabile in quanto tale, ma quale semplice mandante di un'articolazione imprenditoriale più ampia.

In questa seconda ipotesi deve, piuttosto, trovare applicazione l'opposto principio che, per gli appalti di lavori (per quelli di servizi e di forniture la questione è invece ancora controversa), consente ai consorzi stabili di qualificarsi avvalendosi dei requisiti delle singole consorziate – come riaffermato in ultimo dal già citato art. 94, comma 2, del D.P.R. 207/2010 – in funzione pro concorrenziale ed al fine di garantire la più ampia partecipazione alle procedure di gara.

Al lume di questo principio, la qualificazione del Consorzio stabile CO.GE.S (mandante del RTI risultato aggiudicatario) poteva già legittimamente farsi discendere dalle referenze bancarie rilasciate da due diversi istituti bancari in favore (di due) delle (sue) consorziate R.D.F. S.r.l. e Riva Group S.a.s. di Riva Carolina & C. Tanto più nel caso di specie nel quale, per fugare ogni possibile dubbio, il Consorzio CO.GE.S ha comunque dichiarato espressamente di avvalersi del requisito di idoneità economico-finanziaria messo a disposizione dalle sue consorziate, producendo a tal fine formale dichiarazione ex art. 49 corredata anche dai relativi contratti (di avvalimento) e dalle dichiarazioni delle imprese ausiliarie (v. produzione documentale Azienda ospedaliera del 24.11.2009; v. altresì la deliberazione n. 123/2006 dell'Autorità di Vigilanza che, in astratto, parrebbe consentire l'avvalimento anche nel caso dei

consorzi stabili). Con l'ulteriore precisazione, necessaria solamente in ragione dell'espressa obiezione avanzata anche su tale punto dalla ricorrente (v. atto introduttivo a p. 15-16), che l'obbligo di presentare due dichiarazioni rilasciate da due diversi istituti di credito doveva intendersi come riferito complessivamente al solo concorrente "finale" e non anche ai singoli componenti il raggruppamento o il consorzio stabile, di modo che le referenze potevano essere sommate, ovvero cumulate, purché la somma desse il risultato richiesto.

Ne consegue l'infondatezza anche di tale censura.

2.6. Restano ancora da esaminare i motivi sesto e settimo.

2.7. Con il primo di essi la ricorrente deduce (cfr. atto introduttivo pp. 28-30) l'eccesso di potere, sotto vari profili, cui sarebbe incorsa la stazione appaltante per non avere escluso l'Ati aggiudicataria a motivo di quanto dichiarato da tale concorrente in ordine alla divisione dei lavori tra impresa mandataria e imprese mandanti.

Il motivo, sebbene ribadito ancora con la memoria finale del 21.2.2011 (a p. 17), non sembra di agevole comprensione, come rilevato anche dalla difesa di parte resistente sin nella memoria di costituzione del 24.11.2009 (a p. 38). In questo senso la censura prima ancora che infondata potrebbe essere inammissibile. Ciò posto, nel merito reputa il Collegio che, ove il motivo sia volto a censurare il difetto dei requisiti di idoneità finanziaria in capo all'Ati aggiudicataria, è dirimente il dato per cui il fatturato della sola impresa ausiliaria Belloli Costruzioni S.r.l. (di cui, come ricordato in precedenza, si è legittimamente avvalsa GB Costruzioni) è superiore

all'importo di € 30.686.883,00 richiesto nel regolamento di gara. Senza considerare il dato ulteriore per cui entrambe le mandanti, tanto CO.GE.S quanto A.C.R., dispongono ciascuna di un volume d'affari superiore al 10% del totale richiesto.

2.8. Con il settimo ed ultimo motivo, infine, la ricorrente censura la verifica di anomalia posta in essere dalla Commissione, essenzialmente in ragione del poco tempo dedicato a tale incumbente, giudicato del tutto insufficiente a fronte della mole della documentazione prodotta dal concorrente.

Così formulata la censura pecca di genericità se non anche di astrattezza, tanto più che alla denuncia del (presunto) vizio formale, legato unicamente ai tempi di verifica della Commissione, non si accompagna alcun rilievo di carattere sostanziale tale da corroborare il primo. Nel merito della censura è sufficiente richiamare quella consolidata giurisprudenza che, in materia di concorsi pubblici ed esami professionali, reputa che, in linea di massima, non sia sindacabile in sede di legittimità la congruità del tempo dedicato dalla Commissione giudicatrice alla valutazione delle prove dei concorrenti (cfr. ad esempio Cons. St., VI, n. 5725/2009).

3. In conclusione, dato atto che parte ricorrente ha rinunciato ai motivi terzo ed ottavo, per tutte le ragioni sin qui evidenziate le restanti censure sono infondate e vanno respinte, al pari della domanda risarcitoria, meglio articolata con i motivi aggiunti, non ravvisandosi alcuna condotta illegittima e/o illecita a carico della stazione appaltante.

4. Le spese e gli onorari di lite, posti a carico della ricorrente secondo il principio generale della soccombenza, sono liquidati in misura pari ad € 10.000,00 (diecimila/00) in favore dell'Azienda ospedaliera e ad € 5.000,00 (cinquemila/00) in favore della GB Costruzioni S.r.l., oltre in entrambi i casi al 12,5% per spese forfetariamente calcolate, ad IVA e CPA come per legge.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione I), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, li respinge.

Condanna la ricorrente a rifondere le spese e gli onorari di lite in favore delle parti resistente e controinteressata negli importi liquidati in motivazione.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 9 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Hadrian Simonetti, Referendario, Estensore

Laura Marzano, Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/03/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)