



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4134 del 2012, proposto da:

Consorzio Evolve, rappresentato e difeso dagli avv. Mario Sanino e Lodovico Visone, con domicilio eletto presso lo studio legale Sanino in Roma, viale Parioli n. 180;

contro

ESTAV Centro, rappresentato e difeso dagli avv. Domenico Iaria e Giuseppe Morbidelli, con domicilio eletto presso l'avv. Domenico Iaria in Roma, corso Vittorio Emanuele II n.18;

nei confronti di

Consorzio Nazionale Servizi, rappresentato e difeso dagli avv. Luigi Manzi e Mario P. Chiti, con domicilio eletto presso l'avv. Luigi Manzi in Roma, via Federico Confalonieri n. 5;

Dussmann Service s.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Ulisse Corea, Filippo Martinez e Davide Moscuza, con domicilio eletto presso l'avv. Ulisse Corea in Roma, via dei Monti Parioli n. 48;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. TOSCANA - FIRENZE: SEZIONE I n. 00654/2012, resa tra le parti, concernente aggiudicazione del servizio di pulizia sanificazione e servizi integrati

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Estav Centro, di Consorzio Nazionale Servizi e di Dussmann Service s.r.l.; Visto l'appello incidentale di Consorzio Nazionale Servizi;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 dicembre 2012 il Cons. Angelica Dell'Utri e uditi per le parti gli avvocati Sanino, Visone, Iaria, Chiti, Manzi e Corea;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I.- Con bando del 3 giugno 2010 l'ESTAV – Ente Servizi Tecnico-Amministrativi di Area Vasta – Centro della Regione Toscana ha indetto procedura aperta, mediante aggiudicazione col criterio dell'offerta economicamente

più vantaggiosa, per l'affidamento per 48 mesi dei servizi di pulizia, sanificazione e servizi integrati per le Aziende ed Enti dell'area vasta Centro, distinti in tre lotti.

Con determinazione dirigenziale 30 dicembre 2010 n. 854 i lotti nn. 1 e 2 sono stati aggiudicati in favore di CNS - Consorzio Nazionale Servizi – società cooperativa ed il lotto n. 3 in favore di Dussmann Service s.r.l., mentre il concorrente Consorzio Evolve, gestore uscente per due lotti, si è classificato al terzo posto in tutti i lotti.

Con ricorso davanti al TAR per la Toscana, integrato da primi motivi aggiunti, quest'ultimo ha impugnato l'aggiudicazione definitiva e gli atti sottostanti, ivi compresi la nomina della commissione di gara di cui alla deliberazione 21 luglio 2010 n. 213 del Direttore generale, il bando, il disciplinare, il capitolato ed i regolamenti di organizzazione interna, chiedendo dichiararsi l'inefficacia del contratto o, in subordine, la condanna dell'Ente al risarcimento dei danni. Con secondi motivi aggiunti ha altresì impugnato la nota 11 febbraio 2011 n. 4381 del Direttore generale, di diniego di proroga del contratto col gestore uscente, ed il provvedimento 11 febbraio 2011 n. 68 del Coordinatore del dipartimento acquisizione beni e servizi, di autorizzazione all'esecuzione in via d'urgenza dei servizi aggiudicati, chiedendo anche qui il risarcimento del danno derivante dalla mancata proroga.

I controinteressati CNS e Dussmann hanno proposto ricorsi incidentali.

Con sentenza 28 marzo 2012 n. 654 della sezione prima, non risultante notificata, sono stati respinti il ricorso principale ed i motivi aggiunti e dichiarati improcedibili i ricorsi incidentali.

II.- Con atto inoltrato per la notifica il 29 maggio 2012 e depositato il 4 giugno seguente il Consorzio Evolve ha appellato detta sentenza. A sostegno dell'appello ha dedotto:

1.- Erroneamente il TAR ha disatteso il secondo motivo del ricorso introduttivo, concernente la violazione dell'art. 84 del d.lgs. n. 163 del 2006 in tema di composizione della commissione di gara, nella specie composta in maggioranza da infermieri, i quali, per quanto bravi, non possono essere considerati soggetti particolarmente qualificati nella materia sulla quale devono esprimere il loro delicato giudizio; il che presuppone il possesso di un titolo di studio adeguato e la pregressa esperienza nel settore, entrambi carenti. La norma richiede inoltre che i membri interni rivestano almeno la qualifica di "funzionari" dell'Ente, ma né il medico né gli infermieri rivestono tale qualifica.

2.- Erroneamente il TAR ha disatteso il secondo motivo di ricorso, di violazione dell'art. 70, co. 1 e 10, del cit. d.lgs., ai sensi del quale in presenza dell'obbligo di sopralluogo il termine di 52 giorni avrebbe dovuto essere prorogato, mentre è irrilevante che il Consorzio sia gestore uscente.

3.- Ugualmente è per il terzo motivo, concernente l'incompetenza dell'organo che ha disposto la nomina della commissione, ossia il Direttore generale in luogo del coordinatore del dipartimento A.B.S., non rilevando che quest'ultimo abbia convalidato la censurata delibera n. 231/2010; anzi l'aver riconosciuto valenza risolutiva alla convalida militava per una diversa statuizione sulle spese.

4.- Il TAR, nell'accorpare con unica motivazione la reiezione dei motivi quarto, quinto, sesto e primo aggiunto, concernenti l'illegittimità della *lex specialis*, quanto ai criteri di valutazione, e dei giudizi espressi dalla commissione, specie quello relativo all'offerta del CNS, ha ommesso di esaminare talune censure del quarto motivo, non compreso, e totalmente il quinto, tra cui l'assorbente doglianza tesa a far valere: 1) che la commissione non ha operato seguendo l'infedeltabile procedura per la valutazione comparativa dei concorrenti; 2) l'omissione di verbalizzazione in ragione del principio di pubblicità delle gare, avendo la commissione proceduto in seduta segreta all'apertura dei plichi ed alla valutazione dell'offerta tecnica.

Inoltre, contrariamente a quanto affermato dal TAR, le offerte economiche sono state aperte e valutate dal solo presidente, coadiuvato da due soggetti che non erano membri della commissione, in violazione del principio di collegialità e del metodo previsto dall'art. 4 del d.P.C.M. n. 117 del 1999.

5.- Il TAR ha ritenuto inammissibili le censure proposte con i primi motivi aggiunti, senza averne colto l'essenza: l'offerta di CNS non era ammissibile e ciò avrebbe comportato un esito diverso per effetto di una diversa valutazione comparativa delle offerte di Dussmann e di Evolve.

6.- Con i secondi motivi aggiunti si denunciava la violazione del periodo di *stand still* e l'illegittimo diniego di consentire la proroga tecnica del servizio già svolto dal Consorzio Evolve fino alla definizione della fase cautelare del contenzioso in corso. Il TAR ha superato tali doglianze ancora con la declaratoria di inammissibilità per difetto di legittimazione, in quanto il subentro di un soggetto diverso modificava la prestazione in uno dei suoi momenti essenziali, senza tener conto che nel consorzio stabile non vi sono soggetti "diversi", a nulla rilevando la designazione dell'una o dell'altra consorziata "storica".

III.- Dussmann, CNS ed ESTAV si sono costituiti in giudizio ed hanno svolto controdeduzioni; i primi due hanno altresì riproposto i motivi dei rispettivi ricorsi incidentali, entrambi tesi a contestare la mancata esclusione *in limine* del Consorzio Evolve per:

1.- aver partecipato alla gara qualificandosi come consorzio stabile, ma non ha dimostrato di esserlo, sia perché non risulta che tutti i consorziati abbiano assunto l'impegno ad operare in modo congiunto, sia per la mancanza dell'ulteriore requisito dell'accordo di consorzio stabile, con la conseguenza che avrebbe dovuto partecipare in base ai requisiti delle imprese indicate come esecutrici e con ogni modalità prescritta per i consorzi ordinari;

2.- essere incorso in due risoluzioni contrattuali, una con l'ESTAV, da lui dichiarata in sede di gara, e l'altra con l'Azienda ospedaliera San Camillo-Forlanini, invece non menzionata, sicché non era in possesso del requisito o, quanto meno, la stazione appaltante non è stata posta in grado di valutare la gravità dell'errore professionale.

3.- aver formulato un'offerta insostenibile ed inaffidabile, in quanto, tra l'altro, non ha giustificato il costo di alcuni addetti e i costi di formazione per gli anni successivi al primo.

CNS ha altresì riproposto le eccezioni formulate in primo grado alle censure avversarie ed i propri motivi aggiunti al ricorso incidentale.

Con atto inoltrato per la notifica il 28 giugno 2012 e depositato il 2 luglio seguente lo stesso CNS ha poi presentato appello incidentale, nella parte in cui i propri motivi incidentali non sono stati prioritariamente esaminati ed accolti con declaratoria di improcedibilità del ricorso principale e dei successivi motivi aggiunti.

Con memorie del 20 e 21 novembre 2012 il Consorzio, l'ESTAV e CNS hanno insistito nelle rispettive tesi e richieste. Il primo ha pure confutato i gravami incidentali e CNS ha inoltre eccepito l'inammissibilità dell'appello principale per mancata notifica a tutte le parti evocate in primo grado e, in gran parte, per mero rinvio agli atti di primo grado o per introduzione di censure nuove. Ciascuno ha poi replicato con ulteriori memorie; il Consorzio ha, tra l'altro, segnalato in ogni caso l'opportunità di sospendere il giudizio *ex art. 39 cod. proc. amm.* in relazione all'*art. 295 cod. proc. civ.* in attesa della pronuncia della Corte di giustizia UE adita dal TAR Piemonte in tema di pregiudizialità dell'esame del ricorso incidentale rispetto all'esame di quello principale. Tanto ha ribadito all'odierna udienza pubblica.

IV.- Ciò posto, vanno esaminate prioritariamente le censure di cui al ricorso incidentale di primo grado di CNS (pure formulate da Dussmann nel rispettivo ricorso incidentale), riproposte in questa sede e ribadite con l'appello incidentale di CNS.

Tanto in adesione all'orientamento espresso con la nota sentenza 7 aprile 2011 n. 4 dell'Adunanza plenaria ed in assenza di valide ragioni per rimettere nuovamente alla stessa Adunanza plenaria, ai sensi dell'*art. 99, co. 3, cod. proc. amm.*, la questione del rapporto tra il ricorso principale e il ricorso incidentale di primo grado e del loro corretto ordine di esame, ovvero per sospendere il giudizio in attesa della decisione della Corte di giustizia delle Comunità europee sulla questione pregiudiziale sollevata dal TAR Piemonte con l'ordinanza 9 febbraio 2012 n.

208 della seconda sezione, richiamata dal Consorzio Evolve.

In particolare, il quesito formulato con l'accennata questione pregiudiziale concerne il caso "in cui il ricorrente principale abbia un interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura selettiva ed indipendentemente dal numero dei concorrenti che vi hanno preso parte, con particolare riferimento all'ipotesi in cui i concorrenti rimasti in gara siano soltanto due (e coincidano con il ricorrente principale e con l'aggiudicatario – ricorrente incidentale)", mentre nella specie per ciascuno dei tre lotti nei quali si è articolata la gara hanno partecipato, con offerte valide sino alla conclusione della procedura selettiva, un numero di concorrenti superiore ai tre contendenti, ossia quattro per i primi due lotti e sei per il terzo.

Pertanto, la stessa questione è irrilevante ai fini dell'applicazione del principio di diritto affermato con l'indicata pronuncia dell'Adunanza plenaria (resa in fattispecie nella quale i ricorrenti principali lamentavano tra l'altro, come qui, l'illegittimità dell'intera procedura, tra cui l'eccessiva brevità dei termini di gara), secondo il quale "il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, deve essere sempre esaminato prioritariamente, anche nel caso in cui il ricorrente principale alleggi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura. Detta priorità logica sussiste indipendentemente dal numero dei partecipanti alla procedura selettiva, dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dall'amministrazione resistente. L'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora sia evidente la sua infondatezza, inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità".

V.- Nel merito, l'appello incidentale di CNS deve ritenersi fondato già in relazione alle censure contenute nel primo motivo (primo motivo del ricorso incidentale di primo grado dello stesso CNS, ma anche di Dussmann), miranti all'esclusione del Consorzio Evolve per aver partecipato definendosi "consorzio stabile", quindi utilizzando le modalità di maggior favore, tipiche di tale veste, per formulare l'istanza di partecipazione, le relative dichiarazioni, l'offerta tecnica, quella economica e le giustificazioni, nonché per comprovare il possesso dei prescritti requisiti, senza però dimostrare tale sua assunta qualità non risultando che tutte le consorziate abbiano deciso di operare congiuntamente in modo stabile né che sussista l'accordo di consorzio stabile.

Ed invero, il Consorzio Evolve ha dichiarato nell'istanza di partecipazione alla gara di cui si controverte la qualità di "consorzio stabile (soggetti di cui all'art. 34 comma 1 lettera c) D.Lgs. 163/2006)".

La norma richiamata include, appunto, tra i soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici "i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile (...) secondo le disposizioni di cui all'art. 36". Quest'ultimo definisce al primo comma i consorzi stabili come quelli "formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa".

E' pertanto evidente che il consorzio può essere qualificato come stabile alle seguenti condizioni:

- a) essere formato da almeno tre consorziati;
- b) consorzicare imprese che abbiano deciso, mediante i rispettivi organi deliberativi, di operare congiuntamente nel settore dei contratti pubblici per non meno di cinque anni;
- c) possedere una autonoma struttura imprenditoriale consortile, formalmente istituita, idonea a dare diretta esecuzione ai contratti pubblici affidati al consorzio.

Nella visura camerale del Consorzio Evolve, in atti, si legge che "almeno tre imprese che partecipano al consorzio hanno espresso, mediante delibere dei rispettivi organi deliberativi, la volontà di dar vita ad un consorzio stabile secondo quanto previsto dall'articolo 36, d.lgs. 12.4.2006, n. 163, e, pertanto, hanno manifestato la loro volontà di

operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura d'impresa. Il consorzio ha, di conseguenza, acquisito la natura di consorzio stabile ai sensi dell'articolo 36, d.lgs. 12.4.2006, n. 163".

Non emerge, invece, se il consorzio stabile sia stato effettivamente istituito con apposito patto consortile, ossia se la volontà manifestata da "almeno" tre fra le imprese consorziate si sia poi concretata mediante la reale istituzione della struttura imprenditoriale comune e duratura con specifico atto plurisoggettivo.

Tale elemento deve ritenersi essenziale per comprovare come il consorzio stabile sia tale in quanto esso stesso impresa, giuridicamente costituita da altre imprese al precipuo fine di operare altrettanto strutturalmente e durevolmente nel settore dei contratti pubblici; ma lo stesso elemento non risulta documentato in sede di gara, com'era indispensabile, e per vero neppure in questa sede, poiché al riguardo l'appellante principale si è limitato genericamente a rappresentare che esso "nel 2006, ha pure formalizzato tale forma, con sottoscrizione del patto di stabilità delle quattro imprese, che ne costituiscono il nocciolo". Né, per quanto già esposto, allo scopo di individuare la natura giuridica di consorzio stabile è applicabile il criterio "sostanziale" (o di fatto), proposto dallo stesso appellante principale.

Inoltre, ma non secondariamente, il fatto stesso che il Consorzio Evolve sia composto da ben oltre le quattro imprese a cui accenna (tra cui, oltretutto, non è dato conoscere se vi sia la I.S.M.A. s.r.l., indicata come consorziata preaffidataria per la quale ha concorso), cioè che, come d'altra parte esso stesso assume, non abbiano aderito al c.d. patto di stabilità tutte le sue consorziate, esclude in radice che si tratti di consorzio stabile *ex cit.* art. 36 del d.lgs. n. 163 del 2006, perciò abilitato ad avvalersi del regime giuridico agevolato (in deroga al regime ordinario previsto per i consorzi ordinari) nella fase di ammissione alle procedure di gara, potendo piuttosto in ipotesi essere definito un consorzio ordinario formato da un consorzio stabile e da altri consorziati, soggetto alle rispettive regole.

In altri termini, in ogni caso la commistione tra consorzio stabile e consorziati ordinari non permette di distinguere se il Consorzio Evolve abbia agito di fatto in proprio, appunto ed esclusivamente come consorzio stabile, ovvero per singoli consorziati ordinari.

Del resto, come si è visto la norma richiede che i consorzi stabili siano "formati" da consorziati, nel numero di non meno di tre, i quali tutti abbiano deciso di operare congiuntamente nel settore dei contratti pubblici per lavori, servizi e forniture almeno per il previsto periodo minimo mediante la comune struttura imprenditoriale. Diversamente da quanto argomentato dall'appellante principale, non consente, quindi, di intendere in tal senso soggetti in cui ai consorziati che abbiano assunto quella decisione siano aggregate altre imprese che ciò non abbiano condiviso.

Né depone in senso contrario, anzi conferma la linea seguita, il sopravvenuto regolamento recato dal d.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207, il cui art. 277, co. 1, in tema di servizi e forniture, rinvia al precedente art. 94, co. 1 e 4, in tema di lavori, il quale dispone che il consorzio stabile possa eseguire l'appalto in proprio 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" (co. 1); ciò con ovvio riferimento ai consorziati stabili, pena l'elusione delle regole di partecipazione relative ai consorzi ordinari, oltre che di quelle di garanzia nei confronti della stazione appaltante, nonché di qualificazione con riguardo ai consorziati ordinari, che altrimenti potrebbero avvalersi dei requisiti unitari del consorzio stabile.

Ne deriva che illegittimamente la stazione appaltante non ha disposto l'esclusione dalla gara del Consorzio Evolve quanto meno per non aver idoneamente comprovato la qualità in virtù della quale ha inteso partecipare. Pertanto, come preannunciato, l'appello incidentale dev'esser accolto, con assorbimento dei restanti censure non trattate.

VI.- Per le esposte considerazioni viene meno la legittimazione attiva del ripetuto Consorzio Evolve a contestare

gli esiti della gara e, di qui, l'improcedibilità dell'appello principale, nella parte che investe tali esiti, come dell'atto introduttivo del ricorso principale di primo grado ed dei primi motivi aggiunti a questo.

Quanto alle parti ripropositive dei secondi motivi aggiunti di primo grado, relativi all'avvio dell'esecuzione in via d'urgenza dell'appalto ed alla mancata proroga tecnica in favore dell'istante fino alla definizione della fase cautelare del contenzioso, con conseguente cessazione del contratto in corso, la pronuncia di reiezione del primo giudice non può che essere confermata con riguardo alla mancata proroga.

Siffatta scelta dell'Amministrazione va infatti ritenuta pienamente legittima, essendo evidente che la sostituzione dell'attuale impresa esecutrice, a suo tempo indicata come tale, con altra consorziata comportava una modificazione di un rilevante elemento sostanziale del rapporto, con ingresso nel rapporto stesso di un nuovo soggetto del quale, se non altro, occorreva verificare il possesso dei prescritti requisiti generali; verifica che, stanti i necessari tempi tecnici, era impedita dall'urgenza di provvedere al fine di garantire l'espletamento del delicato servizio di cui trattasi, come puntualmente chiarito nell'impugnato provvedimento dirigenziale 11 febbraio 2011 n. 68.

Per la parte restante concernente, come detto, l'avvio d'urgenza dell'esecuzione dell'appalto, le conclusioni appena raggiunte in ordine alla legittimità del diniego di proroga in favore del Consorzio Evolve lo privano di ogni interesse a contestare la determinazione di affidamento in favore di terzi, sicché anche per questa medesima parte l'appello principale va dichiarato improcedibile, al pari della corrispondente parte dei secondi motivi aggiunti di primo grado.

Restano ovviamente assorbite le eccezioni in rito formulate ex adverso nei riguardi dell'appello principale.

VII.- In definitiva, la sentenza appellata va riformata nel senso che il ricorso incidentale di primo grado va accolto, mentre il ricorso principale dev'essere in gran parte dichiarato improcedibile e per la restante parte respinto, ferma restando la condanna alle spese del ricorrente principale in considerazione di tale esito.

Quanto alle spese del presente grado, la peculiarità e la novità della maggior questione sostanziale su esaminata ne consigliano la compensazione integrale.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie l'appello incidentale, dichiara in parte improcedibile ed in parte respinge l'appello principale e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata accoglie il ricorso incidentale di primo grado del Consorzio Nazionale Servizi, dichiara in parte improcedibile ed in parte respinge il ricorso principale di primo grado del Consorzio Evolve.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere, Estensore

Roberto Capuzzi, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/01/2013

IL SEGRETARIO

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