

Avvalimento mediante consorzio stabile

Data di pubblicazione: 29-11-2017

E' legittimo avvalersi di un consorzio stabile anche laddove questi non abbia preventivamente indicato le imprese consorziate che metteranno a disposizione i requisiti.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

x art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 755 del 2017, proposto da:

Pessina Costruzioni S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Roberto Marraffa, Barbara Savorelli e Francesco De Marini, con domicilio eletto presso lo studio Marco Dugato in Bologna, via della Zecca 1;

contro

Regione Emilia Romagna, in persona del Presidente p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Franco Mastragostino e Maria Chiara Lista, con domicilio eletto presso il loro studio in Bologna, piazza Aldrovandi 3;
Finanziaria Bologna Metropolitana S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuseppe Caia e Nicola Aicardi, con domicilio eletto presso il loro studio in Bologna, Galleria Cavour, 6;

nei confronti di

Manelli Impresa Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Franco Gagliardi La Gala, con domicilio eletto presso lo studio Pasqualina Ianni in Bologna, Galleria Marconi 5;

per l'annullamento, previa sospensione,

- della determinazione dirigenziale n. 13911 del 05/09/2017 con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva in favore della società Manelli Impresa S.r.l., della procedura ristretta per l'affidamento della «progettazione esecutiva e realizzazione dell'infrastruttura per l'innovazione, la ricerca ed il trasferimento tecnologico denominato Tecnapolo, attraverso il

recupero e la riqualificazione del complesso dell'ex-Manifattura Tabacchi di Bologna – Lotto A»;

- della delibera del Consiglio di Amministrazione della società Finanziaria Bologna Metropolitana S.p.A., del 30/03/2017 con la quale è stato disposto l'affidamento provvisorio della procedura in parola alla società controinteressata;

- e per quanto occorrer possa,

dei verbali delle sedute di prequalifica nn. 1 del 23/06/2016; 2 del 24/06/2016; n. 3 del 28/06/2016; n. 4 del 29/06/2016; n. 5 del 1/7/2016; n. 6 del 5/7/2016 e del verbale della seduta di gara del 12/07/2016, nonché dei verbali delle sedute di gara n. 1 del 05/11/2016; n. 2 dell'8/11/2016; n. 3 del 9/11/2016; n. 4 del 10/11/1016; n. 5 del 14/11/2016 ; n. 6 del 15/11/2016; n. 7 del 17/11/2016; dei verbali delle sedute di valutazione della congruità dell'offerta aggiudicataria, nonché dei provvedimenti recanti gli esiti di siffatta verifica;

per la condanna

della Regione Emilia Romagna e/o di Finanziaria Bologna Metropolitana S.p.A. al riconoscimento dei danni in forma specifica, con conseguente aggiudicazione dell'appalto alla ricorrente e stipulazione del relativo contratto o, in via meramente subordinata, per equivalente economico;

nonché per la dichiarazione di inefficacia

del contratto eventualmente nelle more stipulato con espressa richiesta di subentrare nello stesso;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Emilia Romagna, di Manelli Impresa Srl e di inanziaria Bologna Metropolitana S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 novembre 2017 il dott. Ugo De Carlo e uditi per le parti i difensori Francesco De Marini, Franco Mastragostino, Nicola Aicardi e Franco Gagliardi La Gala;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente partecipava ad una procedura ristretta per l'affidamento dell'intervento per l'affidamento della *“progettazione esecutiva e realizzazione dell'infrastruttura per l'innovazione, la ricerca ed il trasferimento tecnologico denominato Tecnopolo, attraverso il recupero e la riqualificazione del complesso dell'ex-Manifattura Tabacchi di Bologna”* promossa da Finanziaria Bologna Metropolitana S.p.A. per conto della Regione.

Alla procedura partecipavano solamente due raggruppamenti e l'appalto veniva aggiudicato alla controinteressata; introducendo il ricorso, la Pessina Costruzioni S.p.A. premetteva gli elementi di fatto di seguito riportati prima di illustrare i motivi di ricorso.

Il disciplinare di gara richiedeva tra l'altro l'avvenuta realizzazione, nei migliori cinque anni del decennio antecedente la data di pubblicazione del bando, di una cifra di affari ottenuta con lavori svolti mediante attività diretta ed indiretta, non inferiore a 2,5 volte l'importo posto a base di gara, cioè a 115 milioni di Euro.

In merito a tale requisito, la controinteressata dichiarava di voler ricorrere all'istituto dell'avvalimento indicando, quale soggetto ausiliario, il consorzio stabile Conpat Scarl.

Nel contratto di avvalimento le obbligazioni erano assunte dal Consorzio in proprio, senza alcuna indicazione e/o designazione di eventuali consorziate deputate all'esecuzione del contratto.

La controinteressata veniva sorteggiata, ai sensi dell'art. 48, comma 1, D.Lgs. 163/2006, per la verifica del possesso dei requisiti autocertificati e dall'esame dei documenti trasmessi è emerso che la cifra d'affari, così come i mezzi e le risorse materiali, che formavano oggetto di avvalimento, non erano possedute dal Consorzio ausiliario ma costituivano la sommatoria dei requisiti e dei mezzi di 18 diverse società consorziate non indicate e/o designate in sede di gara.

La ricorrente segnalava le consorziate effettivamente in possesso dei requisiti e delle risorse messe a disposizione della controinteressata avrebbero dovuto, nella loro inevitabile qualità di soggetti esecutori del contratto di avvalimento, essere quantomeno indicate in sede di offerta ed attestare il possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 D.Lgs. 163/2006, ma la Stazione Appaltante ha ritenuto esistente il requisito anche in assenza di autocertificazioni sul punto.

La Regione Emilia Romagna, invece, aveva chiesto alla controinteressata conferma il fatturato fosse riconducibile alla Società consortile, ma nonostante la controinteressata avesse attestato che esso era stato maturato unicamente dalle società consorziate, non ha provveduto ad estromettere la Manelli Impresa dalla procedura ma si è limitata a richiedere le dichiarazioni antimafia delle imprese consorziate.

Il primo motivo di ricorso denuncia la violazione degli artt. 49 e 38 D.Lgs. 163/2006 e dell'art. 61, comma 3, D.P.R. 207/2010, della lex specialis di gara e l'eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto.

Il consorzio stabile CONPAT non è in possesso dei requisiti né sia proprietario dei mezzi e

delle risorse che si è impegnato a mettere a disposizione dell'odierno aggiudicatario con le modalità previste per l'avvalimento, essendo essi posseduti unicamente dalle società consorziate, che però non state designate dal Consorzio quali esecutrici del contratto di avvalimento.

Anche se, ai sensi delle disposizioni normative vigenti, è consentito al consorzio stabile il cd "*cumulo alla rinfusa*" dei requisiti dei consorziati in capo al consorzio, ciò non toglie che i mezzi e le risorse che CONPAT si è obbligato a mettere a disposizione dell'aggiudicatario siano di proprietà di soggetti terzi, i quali non restano vincolati dagli impegni negoziali contratti dal Consorzio, che li ha assunti in proprio e non per conto delle società consorziate.

L'avvalimento prestato dal Consorzio non autonomamente in possesso dei requisiti e delle risorse da mettere a disposizione del concorrente sarebbe legittimo solo in quanto il Consorzio stipuli il contratto di avvalimento, non in proprio, ma per conto delle consorziate da designarsi all'atto dell'offerta poichè essendo proprietarie dei mezzi di cui trattasi, daranno concreta esecuzione al contratto in parola.

Altrimenti verrebbero meno le garanzie a tutela della Stazione Appaltante, cui il Legislatore ha inteso subordinare l'utilizzo dell'istituto dell'avvalimento e sarebbe aggirato il controllo sui requisiti morali di chi in realtà partecipa all'appalto ex art. 38 D.Lgs. 163/2006.

Inoltre l'avvenuta trasmissione, da parte del Consorzio della lista delle 18 consorziate non sana la loro mancata designazione all'atto dell'offerta, né tale carenza essenziale avrebbe potuto essere ovviata tramite il ricorso al soccorso istruttorio.

In ogni caso l'indicazione postuma delle consorziate deputate all'esecuzione del contratto di avvalimento non comporterebbe comunque la legittimità dell'aggiudicazione impugnata poichè una delle consorziate, la Cantieri Generali S.p.A avrebbe perso, in pendenza della procedura, i requisiti generali di cui all'art. 38 D.Lgs. 163/06.

Infine va censurato che l'impegno assunto dal Consorzio ausiliario per il tramite del contratto di avvalimento risulta condizionato, in contrasto con le disposizioni di cui all'art. 49 D.Lgs. 163/06, poichè l'obbligo di CONPAT è infatti riferito «*alle proprie risorse economiche, che vengono messe a disposizione per tutta la durata dell'appalto, qualora dovesse essere necessario l'intervento delle risorse necessarie di cui è carente il concorrente*».

Il secondo motivo lamenta la violazione dell'art. 263 D.P.R. 207/2010, della lex specialis di gara, dell'art. 38 D.Lgs. 163/06 e l'eccesso di potere per difetto di istruttoria, difetto di motivazione, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto.

L'appalto in esame prevede anche la progettazione esecutiva dell'opera ed il disciplinare di gara richiedeva ai concorrenti di comprovare, anche associando professionisti terzi, alcuni requisiti di progettazione di cui all'art. 263 del DPR 207/2010.

Per comprovare il possesso dei requisiti di progettazione, Manelli Impresa ha indicato il costituendo raggruppamento temporaneo di professionisti composto dalle società BMS

Progetti S.r.l., in qualità di mandataria, e BMZ Impianti S.r.l. e Ideas S.r.l., in qualità di mandanti.

Per certificare il possesso dei requisiti la BMS Impresa ha autocertificato lo svolgimento dei seguenti servizi tecnici: a) Stazione Centrale di Milano; b) Ex Silos Trieste, quest'ultimo in particolare consistente nel servizio di redazione del progetto esecutivo commissionato dalla società privata UNIECO SOC. COOP.

Ma, l'opera ex Silos di Trieste, progettata da BMS Impresa su incarico di Committente privato, non risulta essere stata realizzata, e quindi il predetto servizio tecnico non era valutabile come titolo professionale qualificante per la partecipazione alla gara di cui è causa.

Il terzo motivo eccepisce la violazione degli artt. 87 e ss. D.Lgs. 163/06 e l'eccesso di potere per difetto di istruttoria, difetto di motivazione, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto.

La lettera di invito della gara prevedeva che oltre a presentare un'offerta sui lavori aventi un importo a base d'asta di oltre 46 milioni di euro, andasse formulata un'offerta per l'acquisto di un bene posto nello stesso complesso e che poi sarebbe stato ristrutturato dalla società per rivenderne le singole parti.

La controinteressata in merito a ciò ha offerto come prezzo di acquisto 15 milioni di euro a fronte di una base di asta di 12.100.000 di euro.

La ricorrente contesta la congruità dell'offerta poiché basata su una futura redditività dell'immobile una volta ristrutturato che non appare realistica, nonostante l'allegazione di una perizia che dimostrerebbe il contrario.

Si costituivano in giudizio sia le Amministrazioni resistenti che la controinteressata che concludevano per il rigetto del ricorso. La controinteressata, altresì, formulava un'eccezione di tardività in quanto, alla luce delle modifiche processuali circa i tempi per contestare l'ammissione di un concorrente alla gara di cui all'art. 120 bis c.p.a. applicabili al caso di specie in virtù della regola tempus regit actum in materia processuale, il ricorso sarebbe tardivo.

Alla camera di consiglio del 8.11.2017, il ricorso veniva trattenuto in decisione previo avviso ex art. 60 c.p.a.

DIRITTO

Si può tralasciare di esaminare l'eccezione di rito sollevata poiché il ricorso è infondato.

Il primo motivo di ricorso si fonda essenzialmente sul fatto che il consorzio stabile che ha formato il contratto di avvalimento con la controinteressata, non sarebbe in possesso di un'autonoma organizzazione imprenditoriale per garantire le prestazioni oggetto del contratto stesso.

L'art. 36, comma 1, D.lgs. 163/2006 così definisce il consorzio stabile: *“Si intendono per consorzi stabili quelli, in possesso, a norma dell'articolo 35, dei requisiti previsti dall'articolo 40, 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.”*.

L'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici in occasione del parere precontenzioso 122/2012 ebbe ad affermare: *“il possesso di un'autonoma struttura d'impresa, capace di eseguire direttamente le prestazioni assunte, costituisce il requisito essenziale di cui deve essere dotato un operatore economico per potersi qualificare come consorzio stabile “ diventando “unico interlocutore con l'amministrazione appaltante”, che “imputa direttamente a sé stesso la titolarità del contratto e la realizzazione dei lavori ... anche quando si avvale, ai fini della esecuzione, di una o più imprese consorziate”*”.

In merito vi è una copiosa giurisprudenza citata nelle memorie delle Amministrazioni resistenti.

In sintesi il tratto caratterizzante del consorzio stabile è che è l'unico interlocutore con l'amministrazione appaltante imputando direttamente a sé stesso la titolarità del contratto e la realizzazione dei lavori anche quando si avvale, ai fini della esecuzione, di una o più imprese consorziate. Queste considerazioni affermate dalla giurisprudenza quando il consorzio stabile si poneva direttamente come concorrente possono essere ritenute valide anche quando il consorzio rivesta la qualifica di impresa di cui ci si avvale.

Pertanto il consorzio stabile può eseguire i lavori non solo tramite le proprie consorziate, ma anche in proprio, di conseguenza non ha l'obbligo di indicare per quali imprese concorra, ove intenda eseguire i lavori con la propria struttura d'impresa.

Inoltre, ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento di appalti pubblici, la qualificazione del consorzio ha luogo mediante la sommatoria dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi delle imprese partecipanti al consorzio medesimo, secondo il principio del cumulo alla rinfusa disciplinato dall'art. 81 D.P.R. 207/2010.

Nella vicenda in esame il Consorzio stabile ha assunto il ruolo di ausiliario della controinteressata in proprio e pertanto non era tenuto ad indicare le imprese consorziate esecutrici del contratto di avvalimento, mentre nello stesso sono precisate analiticamente quali sono le risorse messe a disposizione, rispettando i requisiti di specificità e concretezza del prestito di cui all'art. 49 D.lgs. 163/2006.

La conseguenza di quanto finora affermato è che le dichiarazioni ex art. 38 D.lgs. 163/2006 non dovevano essere presentate per le singole consorziate; nonostante pertanto l'irrilevanza della presunta mancanza del requisito della regolarità fiscale da parte della consorziata Cantieri Generali Spa, è stata prodotta l'interrogazione alla banca dati dell'Agenzia delle Entrate da parte della Regione da cui è risultato che la posizione è regolare.

La ricorrente ha altresì equivocato sul significato della trasmissione dell'elenco delle 18

imprese associate al consorzio perchè lo scopo era solo quello di comprovare il possesso in capo al Consorzio ausiliario del requisito, soddisfatto dalla sommatoria dei ricavi di solo 18 delle 51 Imprese consorziate; non vi era la finalità di sanare la pretesa mancata designazione in fase di gara delle consorziate.

Due ultime annotazioni relative al primo motivo riguardano l'irregolarità del c.d. avvalimento a cascata e la illegittimità del contratto di avvalimento perché l'impegno all'ausilio sarebbe meramente potestativo.

Quanto al primo rilievo la contestazione non tiene conto che la relazione intercorrente fra consorzio stabile e imprese consorziate concretizza un'impresa operativa che fa leva sulla causa mutualistica e realizza una particolare forma di avvalimento che poggia direttamente sul patto consortile e sulla causa mutualistica. Le singole imprese non sono soggetti terzi, utilizzando i cui requisiti si realizzerebbe un avvalimento a cascata.

Affrontando la seconda contestazione, emerge che la stessa si fonda su un'errata lettura della clausola ritenuta illegittima; l'inciso "*qualora dovesse essere necessario l'intervento delle risorse necessarie di cui è carente il concorrente...*" non può in alcun modo essere considerato una condizione meramente potestativa.

Esso significa che l'intervento dell'ausiliante vi sarà solo quando l'ausiliata aggiudicataria venisse a richiederlo valutando di non poter eseguire la prestazione con i propri mezzi.

Non possono essere, in conclusione, accolte le doglianze contenute nel primo motivo, e va parimenti disattesa la censura del secondo.

La ricorrente richiama in modo esatto l'orientamento giurisprudenziale che prevede, in caso di committenza di un incarico professionale da parte di un privato, la realizzazione dell'opera progettata, ma non si tratta della situazione in cui si troverebbe la BMS Progetti S.r.l.

La ristrutturazione del complesso ex Silos Asburgici affidava a BMS Progetti Srl la progettazione degli interventi di consolidamento strutturale antisismico che risultano essere stati eseguiti come da Verbale di consegna dell'area di cantiere del 24 ottobre 2012 che attesta l'esecuzione degli interventi. Il requisito certificato riguarda proprio l'effettuazione dei lavori di consolidamento antisismico per cui la certificazione presentata dall'impresa facente parte del raggruppamento di professionisti mandante è corretta.

Da ultimo va affrontato il terzo motivo che si fonda sull'attendibilità della stima dell'aggiudicataria sulle utilità che potrebbe trarre dalla ristrutturazione dell'immobile ceduto in proprietà dall'amministrazione regionale a parziale pagamento dell'appalto e quindi sulla congruità del prezzo offerto per la cessione dello stesso.

Sul punto è stata dimostrata l'esistenza di un notevole approfondimento da parte dell'amministrazione sia sul calcolo delle superfici commerciali che sull'incidenza delle parti comuni e delle terrazze nel computo della superficie lorda di vendita.

Da ciò è emerso che il calcolo della superficie commerciale di vendita effettuato dalla Manelli Srl in relazione all'immobile trasformato in ragione del progetto di valorizzazione è pari a mq. 7.008,93 e deriva dalla sommatoria della superficie lorda delle unità immobiliari residenziali o commerciali e delle superfici delle terrazze, dei tetti giardino, degli spazi comuni e delle superfici del Piano interrato.

La censura della ricorrente parte da un dato inesatto quanto alla superficie poiché quello contemplato nella perizia di stima della Agenzia delle Entrate, pari a mq. 5.846 non si riferiva alla totalità dell'immobile, posto che a quel momento la Regione Emilia Romagna non aveva ancora acquisito ulteriori porzioni di proprietà del Demanio.

Inoltre la stima dell'Agenzia si riferisce allo stato di fatto dell'immobile ed all'attuale destinazione d'uso; il prezzo offerto dalla controinteressata, invece, tiene conto del processo di valorizzazione dell'edificio, attraverso la riqualificazione del medesimo ed il cambio di destinazione d'uso.

Il costo del finanziamento per realizzare l'opera è previsto su una durata superiore di un anno al tempo per la realizzazione della ristrutturazione coprendo quindi anche il tempo necessario a realizzare buona parte della vendita.

Infine l'intervento di trasformazione contemplato nell'offerta non comporta oneri di urbanizzazione, né un costo di costruzione, sul presupposto che quest'ultimo è dovuto solo per gli edifici di nuova costruzione e non per la manutenzione straordinaria di un edificio esistente, come del resto precisato nella Determinazione dirigenziale del Comune di Bologna del 25/10/2016.

Ma al di là di queste sottolineature, non va dimenticato che le censure sulle valutazioni fatte dalla Commissione, sia in sede di aggiudicazione che di verifica dell'anomalia dell'offerta, non sono sindacabili dal giudice amministrativo se non per la loro illogicità, contraddittorietà o travisamento dei presupposti di fatto; ma il controllo di legittimità del Collegio non può spingersi a dare una valutazione di merito sulla sostenibilità economica della stessa.

In conclusione il ricorso va respinto con condanna alle spese che dovrà tener conto dell'entità della somma posta a base d'asta.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la società ricorrente a rifondere le spese di giudizio che liquida in € 15.000 oltre accessori per ciascuna delle controparti.

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

Guida alla lettura

Nella sentenza in esame il TAR ritiene legittimo l'avvalimento prestato da un consorzio stabile a favore di un concorrente sprovvisto del requisito del fatturato specifico, utilizzando la sommatoria dei requisiti e dei mezzi di varie società consorziate.

La censura per cui il consorzio stabile non sarebbe in possesso di un'autonoma organizzazione imprenditoriale per garantire le prestazioni sottese al contratto di avvalimento, ma fosse ricorso non ai propri requisiti ma a quelli di alcune consorziate, per giunta non indicate ovvero designate in sede di gara, viene disattesa dal TAR, enfatizzandosi il tratto caratterizzante del consorzio stabile, vale a dire quello di essere l'unico interlocutore dell'amministrazione appaltante imputando direttamente a sé stesso la titolarità del contratto e la realizzazione dei lavori anche quando si serve, ai fini della loro esecuzione, di una o più imprese consorziate. In altre parole, secondo il TAR, se il consorzio stabile può eseguire i lavori tramite le proprie consorziate, senza dover indicare di quali imprese si serva, parallelamente non sussiste un obbligo di indicare le imprese consorziate che metteranno a disposizione i requisiti oggetto del contratto di avvalimento.

Del resto, posto che la relazione intercorrente fra consorzio stabile e imprese consorziate concretizza un'impresa operativa che fa leva sulla causa mutualistica e realizza una particolare forma di avvalimento che poggia direttamente sul patto consortile e sulla causa mutualistica, le singole imprese consorziate non sono soggetti terzi rispetto al consorzio stabile.

A questo si aggiunge che il principio del cumulo alla rinfusa, secondo cui la qualificazione del consorzio stabile, ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento di appalti pubblici, avviene mediante la sommatoria dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi delle imprese partecipanti al consorzio medesimo, continua a trovare applicazione anche a seguito dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 50/2016 (si veda ANAC, delibera n. 98 del 8 febbraio 2017).