



REPUBBLICA ITALIANA
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 1266 del 2012, proposto dalla Società Consortile per azioni Sermetra, rappresentata e difesa dagli avv. Giorgio Tarabini ed Andreina Degli Esposti, con domicilio eletto presso la seconda in Roma, via L.Bissolati 76;

contro

Regione Molise, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Esattorie Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, via Principessa Clotilde 2; Gec-Gestione Esazioni Convenzionate Spa;

nei confronti di

Automobil Club Italia-Aci;

sul ricorso numero di registro generale 1306 del 2012, proposto da Automobile Club D'Italia – Aci, in proprio e quale mandataria del costituendo RTI con Equitalia Polis Spa e Sermetra Soc.Consortile p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Francesco Guarino e Aureliana Pera, e domiciliata in Roma, via Marsala, 8;

contro

Regione Molise;

G.E.C. - Gestione Esazioni Convenzionate Spa;

Esattorie Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso lo stesso legale in Roma, via Principessa Clotilde 2;

nei confronti di

Sermetra S.C.P.A.;

per la riforma

entrambi gli appelli :

della sentenza del T.a.r. Molise, Sezione I, n. 743/2011, resa tra le parti, concernente affidamento del servizio di gestione della tassa automobilistica regionale - (ris.danni)

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Molise e della Esattorie S.p.a;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 luglio 2012 il Cons. Nicola Gaviano e uditi per le parti gli avvocati: Nardulli, per delega di Degli Esposti, Colelli dell'Avvocatura Generale dello Stato, Lentini per delega di Clarizia, e Santiapichi per delega di Guarino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La Regione Molise con bando pubblicato sulla G.U.C.E. del 14.2.2009 indiceva una gara per l'affidamento del servizio di gestione della tassa automobilistica regionale, per la durata di otto anni, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Alla procedura partecipavano due concorrenti: il RTI tra Esattorie S.p.a. (quale capogruppo mandataria) e G.E.C. - Gestione Esazioni Convenzionate S.p.a., e quello tra Automobil Club Italia – Aci (capogruppo mandataria), Società Consortile per azioni Sermetra ed Equitalia Polis S.p.a..

La Commissione preposta alla gara con verbale del 17 giugno 2010 aggiudicava provvisoriamente la commessa al primo raggruppamento.

Da qui il ricorso dinanzi al TAR per il Molise dell'A.C.I., che impugnava, oltre all'aggiudicazione provvisoria, il bando ed il capitolato speciale di gara, nella parte in cui non vietavano l'affidamento del servizio in questione a soggetti con capitale sociale inferiore alla soglia di euro 10.000.000,00, e con riferimento anche all'art. 11 comma 8 del medesimo Capitolato.

Con successivi motivi aggiunti l'ACI impugnava altresì la determinazione dirigenziale regionale n. 132 del 14 luglio 2010 recante l'aggiudicazione definitiva, nonché il verbale della seduta della Commissione del 5 giugno 2010, nel corso della quale erano state ritenute esaurienti le giustificazioni sull'offerta del RTI aggiudicatario e attribuiti i punteggi ai partecipanti.

La ricorrente spiegava anche domanda di risarcimento del danno.

Resistevano all'impugnativa la Regione Molise e la controinteressata Esattorie S.p.a. (di seguito, ESATTORIE).

Si costituiva in giudizio in posizione, invece, adesiva alla ricorrente la sua mandataria Società Consortile per azioni Sermetra (d'ora innanzi, la SERMETRA).

ESATTORIE proponeva inoltre un ricorso incidentale, contestando l'ammissione alla gara dell'avversaria sotto più profili.

Il Tribunale adito con l'ordinanza n. 249/2010 respingeva l'istanza cautelare dell'ACI, ritenendo prima facie fondate le censure contenute nell'impugnativa incidentale della controinteressata. E l'appello della ricorrente avverso tale pronunciamento veniva respinto con ordinanza n. 5691/2010 da questa Sezione, che non ravvisava *“profili di censura idonei a far prevedere agevolmente un esito della vertenza favorevole per la parte interessata”*. All'esito, il T.A.R. con la sentenza n. 743 del 2011 in epigrafe accoglieva il ricorso incidentale di ESATTORIE, dichiarando di riflesso inammissibile il gravame dell'ACI.

Ciò per la ragione della omessa indicazione, ai sensi dell'art. 36, comma 5, del Codice dei contratti pubblici, delle imprese consorziate in SERMETRA che sarebbero state esecutrici della commessa, ed in forza della motivazione di seguito riportata.

“Come noto, ai sensi dell'articolo 34 d.lgs. n.163 del 2006, possono partecipare alle gare, non solo gli imprenditori individuali e le società, ma anche i raggruppamenti tra imprese e i consorzi.

Tra quest'ultimi poi vengono distinti i consorzi ordinari da quelli stabili.

I consorzi stabili si caratterizzano per il fatto che sono formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto (anche se non in via esclusiva) 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 (art.12 comma 1).

Ora, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente principale (mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese composto anche da Equitalia s.p.a. e dalla società consortile Semetra), Semetra è un consorzio stabile, atteso che il suo statuto non prevede, tra i fini, il solo scambio di servizi tra consorziati ma anche tra questi e la pubblica amministrazione (a cui si accede, come noto, mediante la partecipazione a procedure di gara, simili, appunto, a quella in esame).

Essendo un consorzio stabile, Semetra può avvalersi, ai fini della qualificazione, dei requisiti tecnici delle imprese per le quali concorre.

In particolare, i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria sono normalmente richiesti esclusivamente in capo al consorzio stabile, quale soggetto distinto dalle singole società consorziate, che, però, a tal fine, può sommare i requisiti speciali di queste ultime, per il raggiungimento delle soglie minime richieste dal bando di gara.

Tuttavia, quanto ai requisiti generali (riguardanti l'affidabilità del contraente), questi devono essere posseduti da tutte le imprese per le quali il consorzio stabile partecipa (oltre che dal consorzio stesso), ed inoltre queste ultime non possono partecipare alla gara sotto altra forma (in proprio o in altri consorzi).

Al fine di controllare il rispetto di queste ultime condizioni, e per evitare eventuali turbative della regolare procedura di gara, è previsto, dall'articolo 36 (e non 35, come, per mero errore, indicato a pag.16 nella memoria di replica della ricorrente) comma 5 del d.lgs. n.163 del 2006, che "i consorzi stabili sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre; a questi ultimi e' fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara; in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio sia il consorziato; in caso di inosservanza di tale divieto si applica l'articolo 353 del codice penale. E' vietata la partecipazione a più di un consorzio stabile".

Ne consegue che, a parte il caso di violazione del divieto di plurima partecipazione (astrattamente ricompresa nella fattispecie penale indicata), è sufficiente, come avvenuto nel caso in esame, l'omissione della dichiarazione sulle consorziate per determinare l'esclusione dalla procedura (cfr. Tar Catania, sentenza n. 4716 del 2010)."

Ne conseguiva la proposizione contro tale decisione dei due presenti appelli, da parte dell'ACI e di SERMETRA.

Le appellanti, in sintesi, contestavano che quest'ultima potesse essere considerata un consorzio stabile, e comunque che la medesima avesse violato la disposizione dell'art. 36, comma 5, del Codice; e parimenti escludevano che potesse esserle addebitata una violazione dell'art. 38 dello stesso Codice.

Le stesse appellanti riprendevano, inoltre, i motivi di censura dedotti nel ricorso di prime cure dell'ACI, chiedendone l'accoglimento.

Resistevano agli appelli la Regione Molise ed ESATTORIE, che contrastavano i motivi di gravame avversari, ivi inclusi quelli qui riproposti, concludendo per la reiezione degli appelli.

Alla pubblica udienza del 13 luglio 2012 le cause sono state trattenute in decisione.

Osserva in via preliminare la Sezione che occorre disporre la riunione dei ricorsi in esame, siccome esperiti avverso la stessa sentenza di primo grado, ai sensi dell'art. 96, comma 1, CPA.

Tanto premesso, gli appelli sono infondati.

1 Il primo mezzo dedotto dall'ACI si manifesta già *ictu oculi* destituito di fondamento.

L'appellante fa notare come la sentenza in contestazione rechi indicazione dell'avvenuta deliberazione della

decisione da parte del T.A.R. in due Camere di Consiglio: quella del 22 giugno 2011, in prossimità della quale, il giorno 23, è stato pubblicato il relativo dispositivo, e quella del successivo 21 settembre. L'ACI richiama, quindi, il disposto dell'art. 120, comma 9, CPA, che stabilisce che “*il dispositivo del provvedimento con cui il tribunale amministrativo regionale definisce il giudizio è pubblicato entro sette giorni dalla data della sua deliberazione*”, per inferire che al momento della deliberazione conclusiva della causa, il 21 settembre 2011, il T.A.R. aveva ormai perduto la propria *potestas judicandi*, dal momento che dopo la pubblicazione del dispositivo la decisione non può essere più modificata.

In contrario è però sufficiente rilevare che il testo della decisione pubblicata è perfettamente coerente con il dispositivo precedentemente emesso. Circostanza, questa, che, impedendo di anettere valenza sostanzialmente innovativa alla Camera di consiglio del 21 settembre (allorché non risulta che la decisione già presa sia stata modificata), denota l'insussistenza del vizio prospettato dall'appellante.

2 Venendo al merito della controversia, la decisione appellata si basa su un *iter* articolato nei seguenti passaggi logici: SERMETRA deve essere considerata un consorzio stabile; l'art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 163 del 2006 prescrive che “*i consorzi stabili sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre*”; l'omessa dichiarazione, da parte di SERMETRA, delle consorziate incaricate dello svolgimento del servizio è sufficiente a determinarne l'esclusione dalla procedura in accoglimento del ricorso incidentale di ESATTORIE; la fondatezza del ricorso incidentale (c.d. escludente) preclude l'esame dell'impugnativa principale. Questo lineare schema logico resiste alle critiche ad esso rivolte dalle due appellanti.

3 Con gli appelli in trattazione viene in primo luogo negato che SERMETRA potesse essere considerata un consorzio stabile ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. c), del Codice degli appalti pubblici.

Il suo statuto, si deduce, non adopera il relativo *nomen*, né richiama la normativa di riferimento. Inoltre, pur avendo il soggetto una veste di società consortile (e l'art. 34 comma 1 lett. c) del Codice richiama *ex professo* l'art. 2615 *ter* cod.civ.), non ricorrerebbe il requisito costituito dal fine delle consorziate-socie di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici, giacché l'attività di SERMETRA sarebbe assai più ampia, e non necessariamente collegata alla partecipazione a procedure di evidenza pubblica. Infine, secondo l'ACI (pag. 16), non sussisterebbe nemmeno il requisito riflettente l'orizzonte temporale minimo richiesto dalla legge.

Queste argomentazioni non possono trovare adesione.

3a Quanto al primo profilo indicato, è agevole obiettare che gli elementi meramente formali di cui viene sottolineata la mancanza non risultano prescritti dalla normativa vigente, e non sono, pertanto, necessari (benché indubbiamente utili sul piano della certezza giuridica). Ciò che rileva ai fini in discussione, come emerge dall'approccio sostanzialistico proprio della giurisprudenza in materia (cfr. ad es. C.d.S., V, 15 ottobre 2010, n. 7524; C.G.A., 19 dicembre 2008, n. 1101), è semmai il fatto oggettivo dell'effettiva esistenza, nel singolo ente, degli attributi richiesti dalla legge (essenzialmente, dagli artt. 34, comma 1, lett. c), e 35, comma 1, del Codice). Perché possa affermarsi l'esistenza di un consorzio stabile occorre quindi avere riguardo alla concreta natura del soggetto, così come delineata dai suoi atti fondativi.

3b L'attenzione va allora concentrata sul secondo profilo indicato, quello per così dire finalistico.

A tale proposito, entrambe le appellanti riconoscono (SERMETRA, pag. 8; ACI, pagg. 15) come tra le finalità statutarie del soggetto in disamina rientri anche quella di prendere parte a gare pubbliche in nome e per conto delle imprese socie. Ambedue insistono, tuttavia, sul fatto che tale possibilità non configurerebbe lo scopo principale sottostante alla costituzione della società consortile, da identificare, invece, nella prestazione di servizi agli associati: onde la competizione nelle gare pubbliche sarebbe lungi dall'esaurire il ventaglio delle iniziative previste dall'atto statutario (anche perché, viene puntualizzato, lo “scambio di servizi” con la P.A. non presuppone

necessariamente la partecipazione a procedure di gara).

Il problema essenziale posto dal profilo di censura in esame si riduce, dunque, allo stabilire se, perché possa reputarsi integrata la nozione di cui si discute, il qualificato scopo richiesto dalla legge debba presentarsi in termini di esclusività (così l'appello dell'ACI, pag. 13 e segg.).

La risposta deve essere negativa.

In primo luogo, la legge non esige un simile attributo.

Va rimarcato, anzi, che, come ricorda la difesa dell'appellata, il testo originario dell'art. 12 della legge n. 109 del 1994 lo contemplava (*"Si intendono per consorzi stabili quelli ... che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare esclusivamente in modo congiunto nel settore dei lavori pubblici ..."*), ma di lì a poco, e significativamente, il medesimo attributo è stato soppresso.

In secundis, le appellanti non forniscono alcuna valida giustificazione circa la pretesa occorrenza di un tale attributo (in ipotesi, solo tacitamente prescritto dal legislatore) ACI si limita a richiamare la risalente determinazione dell'AVCP n. 11 del 9 giugno 2004, anteriore finanche all'avvento del Codice, laddove, avendo già il primo Giudice espressamente escluso la necessaria esclusività del fine in rilievo, era onere argomentativo gravante sulle appellanti quello di fornire persuasive ragioni in senso contrario.

In tertiis, ai fini della *ratio legis* l'anzidetta nota di esclusività risulterebbe ininfluenza: vi fosse o meno un tale attributo, la partecipazione del singolo consorzio stabile ad una gara presenterebbe le stesse problematiche, e potrebbe soddisfare le medesime esigenze pratiche.

Le argomentazioni esposte valgono parimenti, inoltre, ad escludere la necessità (solo adombrata dalle appellanti) che il fine di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici debba manifestarsi in termini almeno di prevalenza rispetto ai restanti scopi statutari.

3c Tantomeno riesce persuasivo l'assunto dell'ACI circa la supposta mancanza del *"parametro del riferimento temporale"*. Lo statuto della SERMETRA ne prefigura una durata fino al 2030, e pertanto ampiamente superiore al requisito legale (l'art. 36 cit. richiede un *"periodo di tempo non inferiore a cinque anni"*), e più che idonea a conferire una connotazione di stabilità all'ente.

3d Sulla presenza, infine, degli altri attributi richiesti dalla disciplina positiva, da parte delle appellanti non sono state sollevate critiche.

4 Una volta confermata la natura di consorzio stabile della SERMETRA (che quindi non integra affatto il *tertium genus* ipotizzato dalla sua difesa, che ne sostiene la non riconducibilità né ad un consorzio stabile né ad un consorzio ordinario), vanno presi in considerazione gli ulteriori motivi di appello.

Le appellanti contestano che al raggruppamento ricorrente potesse addebitarsi, con riferimento alla posizione di SERMETRA, una violazione dell'art. 36, comma 5, del Codice, nella parte in cui stabilisce che *"I consorzi stabili sono tenuti ad indicare in sede di offerta per quali consorziati il consorzio concorre"*.

4a ACI, in particolare (pag. 17 e segg.), sostiene che ai fini dell'applicabilità dell'obbligo di indicazione così imposto farebbe comunque difetto in concreto una condizione essenziale, ravvisata nel fatto della contemporanea partecipazione alla stessa gara del suddetto consorzio e di una sua consorziata.

In altre parole, poiché alla procedura non ha partecipato nei fatti alcuna impresa consorziata, nello specifico non sarebbe mai sorto l'obbligo dichiarativo della cui inosservanza si discute.

4b Una serena lettura della norma rivela chiaramente, tuttavia, come la detta pretesa "condizione" non sia in realtà richiesta.

I consorzi stabili sono senz'altro chiamati ad indicare alla Stazione appaltante i consorziati per i quali intendano eventualmente concorrere.

Il relativo obbligo è incondizionato, essendo imposto a monte, a prescindere dal fatto della partecipazione o meno alla gara anche di imprese consorziate.

Il comma 5 dell'articolo impone poi effettivamente, ai consorziati così indicati, anche il divieto di partecipazione, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara. Come ha lucidamente osservato, peraltro, la difesa regionale, con ciò si hanno due distinte prescrizioni, ciascuna sanzionata a pena di esclusione, e non già due presupposti necessari che dovrebbero –in tesi- coesistere per poter rendere operativa la sanzione espulsiva.

4c Invero, la *ratio* dell'obbligo del consorzio stabile, per il sol fatto della sua partecipazione ad una gara, di indicare in sede di offerta per quali consorziati esso concorra, è strumentale, in primo luogo, a permettere alla Stazione appaltante di verificare il rispetto del divieto di partecipazione congiunta alla medesima procedura posto dal comma 5.

E poiché il divieto di partecipazione congiunta è sanzionato con l'esclusione, ciò è già indice che rigore equivalente (quindi, l'espulsione) dovrebbe presidiare, per naturali ragioni di effettività, anche le conseguenze della violazione del detto obbligo strumentale.

Vero è, quindi, che nessun consorzio ha in concreto partecipato alla stessa procedura. Ma l'obbligo dichiarativo, incondizionatamente prescritto, andava adempiuto *ex ante*, al momento dell'offerta: ed esso è rimasto inosservato.

4d Soprattutto, peraltro, l'obbligo di indicazione in discorso vale a stabilire in capo a chi, oltre al consorzio stabile, debba essere accertata, tra i consorziati, la titolarità dei requisiti di ammissione di ordine generale, il possesso dei quali si impone, appunto, anche in capo ai consorziati designati per l'esecuzione dell'appalto.

Come ha ricordato il primo Giudice, “*quanto ai requisiti generali (riguardanti l'affidabilità del contraente), questi devono essere posseduti da tutte le imprese per le quali il consorzio stabile partecipa (oltre che dal consorzio stesso)*”. Ed è invero pacifico che, mentre per i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria valga per i consorzi stabili il regime dettato dall'art. 35 del Codice, il documentato possesso dei requisiti di carattere generale prescritti dal successivo art. 38 si imponga tanto in capo al consorzio stabile, quanto in testa alle singole imprese consorziate designate come esecutrici dello specifico appalto (cfr. di recente C.d.S., VI, 7 aprile 2010, n. 1964).

4e La mancata indicazione da parte di SERMETRA, in sede di offerta, dei consorziati per i quali esso consorzio agiva ha pertanto precluso anche tale essenziale controllo. E questo ne imponeva a maggior ragione l'esclusione.

4f Tanto senza che in contrario valga invocare la decisione della Corte di Giustizia comunitaria, Sez. IV, 23 dicembre 2009 proc. C 376/08, che concerne una problematica diversa. Il precedente attiene infatti al caso dell'esclusione automatica dalla gara della consorziata che, non risultando inclusa tra le consorziate per conto delle quali il consorzio nello specifico agiva, aveva partecipato anch'essa alla procedura. E la Corte si è difatti espressa nel senso di stigmatizzare l'automatismo dell'esclusione sia del consorzio che della sua consorziata concorrente, allorché l'offerta del primo non fosse stata presentata per conto della stessa consorziata, ed ha censurato anche l'assolutezza della presunzione di un collegamento sostanziale tra i due soggetti. Pronunciamenti che ai fini della presente controversia non risultano rilevanti.

5 SERMETRA assume, infine, di non avere affatto omissso di segnalare le socie che sarebbero state utilizzate per svolgere i servizi di riscossione della tassa e le correlate attività di assistenza al contribuente (appello, pag. 11), per averle elencate alla pag. 41 dell'offerta tecnica di gara, pur omettendone –a suo avviso, giustificatamente- la ragione sociale.

Al riguardo risultano però fondate le obiezioni di ESATTORIE, la quale ha opposto: per un verso, che siffatto assunto si pone in conflitto con –e quindi smentisce- l'affermazione dell'ACI che SERMETRA avrebbe, invece, svolto essa stessa direttamente la parte di servizio che le era stata affidata in seno al RTI; per altro verso, che le indicazioni rinvenibili alla pag. 41 dell'offerta avversaria non potrebbero essere reputate in alcun modo sufficienti

all'adempimento dell'obbligo imposto dall'art. 36, comma 5, del Codice, poiché le stesse, in luogo della precisa ed univoca indicazione formale, prescritta dalla norma, dei consorziati per cui il consorzio concorreva, si presentavano semmai come una mera lista delle agenzie socie in SERMETRA ubicate nella Regione Molise, delle quali era stata per giunta omessa la ragione sociale e, pertanto, l'autonoma identificazione giuridica.

Sicché anche questa conclusiva doglianza va disattesa.

6 Per le ragioni esposte gli appelli devono essere respinti, confermandosi fondato il ricorso incidentale di prime cure e corretta la sentenza che lo ha accolto, senza che vi sia dunque luogo ad esaminare i motivi che residuano.

Le spese processuali del presente grado, mentre possono essere equitativamente compensate tra le appellanti e la Regione Molise, vengono invece liquidate secondo soccombenza in favore della parte privata appellata dal seguente dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), riuniti i ricorsi in epigrafe, e definitivamente pronunciando sui medesimi, li respinge.

Compensa tra le appellanti e la Regione Molise le spese processuali del presente grado, che vengono invece liquidate a favore della parte privata appellata nella misura di euro tremila a carico di ciascuna delle due appellanti.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 13 luglio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/10/2012

IL SEGRETARIO

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