

Publicato il 21/12/2021

N. 08485/2021REG.PROV.COLL.
N. 05680/2021 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 5680 del 2021, proposto da Garage Autostrada s.r.l. in proprio e quale capogruppo del R.T.I. con Autoparco Fiorenza s.r.l., Autoparco Giambellino s.r.l., Centrauto s.r.l., Garage Autostrada Lainate s.r.l., Cerabino Vito, Carrozzeria F.lli Bianco di Bianco Giovanni e Francesco s.n.c., Bove Luigi Automobili s.r.l., Autodemolizioni Mauro s.r.l., Alfa Auto Carrozzeria di Salerno Giovanni, Autoriparazioni Marchesi di Marchesi Daniele & c. s.n.c., Autoriparazioni F.lli Mascolino di Giuseppe Mascolino, Mascolino Pietro Paolo & c. s.n.c., Autoparco Santa Barbara s.r.l., Silva & c. s.r.l., Torino s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Altieri, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Ministero dell'Interno, Ufficio Territoriale del Governo di Milano, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Agenzia del Demanio, Agenzia del Demanio - Direzione Regionale Lombardia, non costituite in giudizio;

nei confronti

Impresa Sangalli Giancarlo & c. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Roberto Invernizzi e Giovanni Corbyons, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Giovanni Corbyons in Roma, via Cicerone, 44;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, Sez. I, n. 1111/2021, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Interno, dell'Ufficio Territoriale del Governo di Milano e dell'Impresa Sangalli Giancarlo & c. s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 ottobre 2021 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Altieri e Invernizzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.-Il R.T.I. con mandataria la Garage Autostrada s.r.l. ha interposto appello nei confronti della sentenza 4 maggio 2021, n. 1111 del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, Sez. I, che ha in parte dichiarato improcedibile ed in parte accolto il ricorso dell'Impresa Sangalli Giancarlo s.r.l. avverso il provvedimento in data 29 luglio 2020, con il quale la Prefettura di Milano ha aggiudicato al raggruppamento appellante la procedura aperta “*per l'affidamento del servizio di recupero, custodia ed acquisto dei veicoli oggetto dei provvedimenti di sequestro amministrativo, fermo e confisca*” (ai sensi dell'art. 214-bis del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285).

Alla procedura di gara ha partecipato l'Impresa Sangalli, la quale, in sede di verifica dell'offerta tecnica, è stata esclusa per non avere raggiunto la soglia minima di 42 punti prevista dal disciplinare per l'accesso alla valutazione economica in ragione del mancato riconoscimento dell'avvalimento, e poi riammessa in forza della sentenza 19 febbraio 2021, n. 1497 di questo Consiglio di Stato, che ha ordinato all'amministrazione di rivalutare l'offerta tecnica, parametrandola alla fornitura di quattordici (e non tredici) veicoli per il servizio, verificando all'esito il superamento della soglia di ammissione di 42 punti su 70.

2. - Con il ricorso ed i motivi aggiunti in primo grado l'Impresa Sangalli ha impugnato l'aggiudicazione in favore del R.T.I. Garage Autostrada s.r.l. deducendo ben quindici motivi, tra cui la mancanza della iscrizione nella *white list* delle imprese mandanti, il frazionamento delle attività oggetto dell'appalto, tale da configurare un non consentito raggruppamento verticale, la violazione dell'obbligo della mandataria di svolgere l'attività in misura maggioritaria, la rilevanza delle sentenze di condanna riportate dai titolari della mandante F.lli Bianco s.r.l., contestando inoltre il punteggio tecnico attribuito.

3. - La sentenza appellata, disattesa l'eccezione di inammissibilità per difetto di legittimazione al ricorso dell'Impresa Sangalli, ha accolto i motivi terzo e dodicesimo, dichiarando improcedibili l'ottavo, il decimo, undicesimo e quindicesimo motivo, ed assorbendo gli altri. In particolare, la sentenza ha dichiarato improcedibili i motivi inerenti l'invalidità derivata dall'illegittima esclusione della ricorrente (motivi 8, 10, 11 e 15), essendo la stessa stata annullata, permanendo invece l'interesse sui motivi riguardanti l'ammissione in gara del raggruppamento controinteressato e la valutazione dallo stesso conseguita. Ha dunque scrutinato in via prioritaria i motivi terzo e dodicesimo, concernenti rispettivamente la eccepita costituzione in raggruppamento verticale e la circostanza che la mandataria non possedeva i requisiti per eseguire le prestazioni in misura maggioritaria, ritenendoli fondati. La sentenza ha rilevato che la *lex specialis* non distingueva tra

prestazione principale e secondarie, non consentendo pertanto la partecipazione a raggruppamenti di tipo verticale; corollario di ciò è che i componenti del R.T.I. dovevano eseguire il medesimo tipo di prestazione. Al contrario, nella fattispecie controversa, tutte le imprese raggruppande eseguono la sola prestazione di “soccorso/custodia”, mentre le restanti attività di demolizione/acquisto veicoli fanno capo solamente ad alcune delle quindici imprese costituenti il raggruppamento; *«detto diversamente [...], alcune imprese hanno dichiarato di svolgere soltanto alcune attività tra quelle oggetto dell'appalto, risultando snaturato il carattere orizzontale del RTI, implicitamente previsto dalla legge di gara»*; ha conseguenzialmente annullato l'ammissione alla gara del raggruppamento Garage Autostrada, ed in via derivata l'aggiudicazione in suo favore.

4.- Con il ricorso in appello il raggruppamento Garage Autostrada ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha disatteso l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado nonostante l'intervenuta esclusione dalla gara della società ricorrente; nel merito ha poi dedotto che la natura di raggruppamento orizzontale non impedisce un'articolazione delle prestazioni tra le società componenti e che non costituisce motivo di esclusione il fatto che la mandataria e la mandante Centrauto, nei rispettivi DGUE, abbiano dichiarato ma non attestato il possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale relativi al recupero dei veicoli.

5. - Si è costituita in resistenza l'Impresa Sangalli Giancarlo & C. s.r.l. chiedendo la reiezione dell'appello; ha inoltre riproposto, ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., i motivi assorbiti in primo grado, concernenti l'illegittimità della *lex specialis* ove non condiziona l'accesso alla gara per l'attività di demolizione all'iscrizione nell'elenco fornitori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa (tale requisito non è posseduto dalle mandanti Centrauto e Autodemolizioni Mauro s.r.l.), l'anomalia dell'offerta del raggruppamento Garage Autostrade con riguardo al costo del lavoro, avendo alcune imprese fatto applicazione del contratto collettivo “commercio

e terziario”, anziché di quello “metalmecanico industria”, la dichiarazione nel DGUE della mandante Carrozzeria Fratelli Bianco s.n.c. di essere immune da illeciti professionali, evincendosi invece a suo carico la sussistenza di una condanna in data 5 marzo 2015 del Tribunale di Milano per violazione colposa dei doveri inerenti la custodia delle cose sequestrate (art. 335 Cod. pen.).

Si sono altresì costituiti in giudizio il Ministero dell'interno-Ufficio territoriale del governo di Milano e l'Agenzia del Demanio concludendo per l'accoglimento dell'appello.

6. - All'udienza pubblica del 14 ottobre 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.-Il primo motivo di appello critica la statuizione di reiezione dell'eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione attiva della ricorrente, argomentata nel presupposto dell'intervenuta esclusione dalla procedura di gara dell'Impresa Sangalli con provvedimento del 17 marzo 2021, reiterativo (anche nel corredo motivazionale) dell'esclusione del 13 gennaio 2020.

La sentenza ha rilevato che al momento della decisione la prima esclusione era stata annullata dalla sentenza n. 1497 del 2021 di questo Consiglio di Stato e che, in ogni caso, la legittimazione era ravvisabile anche al momento della proposizione del ricorso in quanto l'Impresa Sangalli ha censurato, con l'ottavo motivo, il punteggio tecnico attribuitole dalla Commissione che non le ha consentito di superare la soglia minima dei 42 punti.

Deduce l'appellante che l'esclusione ha portata dirimente ai fini della legittimazione ad agire, in quanto il concorrente escluso è privo di una situazione giuridica soggettiva e di un interesse differenziato.

Il motivo è infondato.

Infatti, al momento della proposizione del ricorso, l'esclusione dell'Impresa Sangalli non era definitiva, non si era cioè ancora consolidata; ciò dicasi anche

con riguardo alla seconda esclusione del 17 marzo 2021, avverso la quale è stata analogamente proposta impugnativa.

Per costante giurisprudenza, solamente la definitiva esclusione o l'accertamento retroattivo della illegittimità della partecipazione alla gara impedisce di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abilita ad impugnare gli atti della procedura selettiva (in termini, tra le tante, Cons. Stato, III, 7 marzo 2018, n. 1461). La situazione legittimante al ricorso è una qualificazione di carattere normativo, che postula il positivo esito del sindacato sulla ritualità dell'ammissione del soggetto ricorrente alla procedura selettiva. Prima di tale momento non può predicarsi la configurazione di una mera partecipazione di fatto alla gara, condizione che effettivamente esclude la legittimazione al ricorso.

2. - Il secondo, articolato, motivo contesta la statuizione di accoglimento della terza e della dodicesima censura, nell'assunto che la *lex specialis* di gara (disciplinare e capitolato), ponendo i requisiti di capacità tecnica e professionali in capo al raggruppamento nel suo complesso, implicitamente ammette un raggruppamento da cui sia offerta una sola area deposito, con prestazione dunque riconducibile ad un solo soggetto, come pure che un altro soggetto svolga l'attività di recupero ed un altro ancora la sola attività di custodia. Deduce l'appellante che una tale ripartizione delle attività non dà luogo ad un raggruppamento di tipo verticale, non previsto dalla stessa *lex specialis*, ma piuttosto alla specificazione dei servizi che è chiamata ad eseguire ciascuna impresa appartenente al raggruppamento, in conformità di quanto prescritto dall'art. 48 del d.lgs. n. 50 del 2016. Allega ancora che la norma da ultimo indicata non postula solamente una ripartizione quantitativa; in particolare, la possibilità di partecipazione di sole imprese che svolgano il servizio di recupero, lungi dal divenire frazionamento di responsabilità, serve a tutelare una specifica esigenza della stazione appaltante che ha necessità di una capillare distribuzione sul territorio dei centri di recupero al fine di raggiungere, nel tempo massimo di trenta minuti, il luogo nel quale

stazionano le forze di polizia che hanno richiesto l'intervento del custode acquirente.

Assume l'appellante che la sentenza è erronea anche nella parte in cui non ha tenuto conto del fatto che sia la mandataria che la mandante Centrauto s.r.l. hanno dichiarato il possesso dei requisiti di capacità tecnico-professionale richiesti dal disciplinare.

Anche tale motivo è infondato.

Bene la sentenza ha evidenziato che *«alcune imprese hanno dichiarato di svolgere soltanto alcune attività tra quelle oggetto dell'appalto, risultando snaturato il carattere orizzontale del RTI»*.

In particolare, risulta che la mandataria ha assunto le attività di “soccorso/custodia/demolizione/acquisto veicoli” nella quota del 16 per cento, dodici mandanti hanno assunto le attività di “soccorso/custodia veicoli” nella quota del 6 per cento, una sola mandante (la Autodemolizioni Mauro s.r.l.) le attività di “soccorso/custodia/demolizione/acquisto veicoli” per la quota del 6 per cento, un'altra (la mandante Centrauto s.r.l.) le attività di “soccorso/custodia/demolizione” nella misura del 6 per cento. Come posto in evidenza dal primo giudice, *«tutte le imprese raggruppande eseguono la sola prestazione di “soccorso/custodia”, mentre le restanti attività di “demolizione/acquisto veicoli” fanno capo solamente ad alcune delle 15 imprese»*.

Giova precisare che dall'art. 48 del d.lgs. n. 50 del 2016 si desume che la distinzione tra raggruppamenti di tipo verticale ed orizzontale è ravvisabile nel fatto che, rispettivamente, si verta alla presenza di una riunione di operatori nell'ambito della quale il mandatario realizza la prestazione di servizi principali ed i mandanti quelle secondarie, ovvero di una riunione di operatori finalizzata a realizzare il medesimo tipo di prestazioni (Cons. Stato, III, 24 aprile 2019, n. 2641). Più chiaramente, il *discrimen* tra raggruppamenti si basa sul contenuto delle competenze portate da ciascuna impresa raggruppata ai fini della qualificazione ad una determinata gara (Cons. Stato, Ad. plen., 13 giugno 2012, n. 22) : il raggruppamento orizzontale è caratterizzato dal fatto

che le imprese associate (o asociande) sono portatrici delle medesime competenze per l'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto, mentre l'A.T.I. verticale è connotata dalla circostanza che l'impresa mandataria apporta competenze incentrate sulla prestazione prevalente, diverse da quelle delle mandanti, le quali possono avere competenze differenziate anche tra di loro, sicchè nel raggruppamento di tipo verticale un'impresa, ordinariamente capace per la prestazione prevalente, si associa ad altre imprese provviste della capacità per le prestazioni secondarie scorporabili.

Non prevedendo la *lex specialis* una distinzione tra prestazione principale e secondaria, deve ritenersi escluso il ricorso al raggruppamento verticale nella fattispecie controversa; infatti il raggruppamento di tipo verticale è ammesso alla gara in quanto ciò sia previsto dalla *lex specialis*, attraverso la distinzione tra prestazioni prevalenti o principali e prestazioni scorporabili o secondarie, ai sensi dell'art. 48, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 50 del 2016 (Cons. Stato, V, 4 maggio 2020, n. 2785).

Nel delineato contesto, la ripartizione dei servizi offerta dal raggruppamento Garage Autostrada appare incompatibile con la struttura del raggruppamento orizzontale, il quale, come visto, postula l'identità delle prestazioni da parte delle imprese che ne fanno parte.

Merita chiarire che il problema non è quello della specificazione delle parti del servizio eseguite dai singoli operatori, essendo ciò previsto dallo stesso art. 48, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 per qualsiasi tipo di raggruppamento (anche orizzontale, dunque), ma la diversità delle prestazioni esclude il carattere orizzontale del raggruppamento se ciascuna delle imprese possiede specializzazioni e competenze diverse (Cons. Stato, III, 24 aprile 2019, n. 2641), essendo indefettibile che le imprese partecipanti al raggruppamento orizzontale debbano essere titolari delle necessarie qualificazioni e competenze, sì che ciascuna di esse sia in grado di poter partecipare all'esecuzione dell'unica prestazione oggetto di gara (Cons. Stato, III, 26 settembre 2019, n. 6459).

Tale condizione, come visto, difetta nella fattispecie in esame, specie con riguardo all'acquisto dei veicoli, che risulta eseguito solamente da alcune delle quindici imprese.

Né può valorizzarsi la peculiarità dell'oggetto multiplo del servizio posto in gara, in quanto il disciplinare fa riferimento, con riguardo al possesso dei requisiti dichiarati nel DGUE, a "ciascun concorrente", coerentemente con l'esigenza che nel raggruppamento orizzontale tutte le imprese che ne fanno parte svolgano la medesima prestazione, seppure differenziandosi con riguardo alle varie attività (un residuale dubbio, *prima facie*, potrebbe porsi con riguardo ai requisiti che devono possedere -soltanto- gli operatori che svolgono "*attività di demolizione/rottamazione*", costituente attività di smaltimento di rifiuti, ma, a bene considerare, la medesima non rientra nel perimetro dell'appalto, che riguarda il "*servizio di recupero, custodia e acquisto dei veicoli oggetto dei provvedimenti di sequestro amministrativo, fermo o confisca*", in coerenza con la previsione dell'art. 214-*bis* del d.lgs. n. 285 del 1992; con la conseguenza che, se anche tale operatore entra a fare parte del raggruppamento, tale circostanza non rileva ai fini della gara).

2.1. - La reiezione dello scrutinato motivo rende inutile la disamina del motivo svolto avverso la statuizione di accoglimento della dodicesima censura di primo grado (relativa alla mancata attestazione del possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale da parte della mandataria Garage Autostrada e della mandante Centrauto), essendo la sentenza di primo grado basata su una duplice motivazione (l'una principale e l'altra subordinata) autonomamente in grado di giustificare la decisione.

3.- La reiezione dell'appello priva di interesse la disamina dei motivi riproposti dall'appellata Impresa Sangalli Giancarlo & C. s.r.l. ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., in quanto assorbiti in primo grado.

4. - La complessità della questione giuridica trattata integra le ragioni che per legge giustificano la compensazione tra tutte le parti delle spese di giudizio.

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 di primo grado.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Giovanni Grasso, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

L'ESTENSORE

Stefano Fantini

IL PRESIDENTE

Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO