

Pubblicato il 18/10/2022

N. 08866/2022REG.PROV.COLL.  
N. 10961/2021 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 10961 del 2021, proposto da Mi.Lu.Sa. S.r.l., in proprio e quale capogruppo della costituenda Ati con S.M. Rent a Car S.a.s., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Comune di Giugliano in Campania, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Raffaella Veniero, con domicilio eletto presso lo studio Luigi Napolitano in Roma, via Girolamo Da Carpi, 6; Provveditorato Interregionale Oo.Pp. Campania, Molise, Puglia e Basilicata, non costituito in giudizio;

Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

*nei confronti*

C.T.C. Bus Consorzio Trasporti Campania Bus, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Ciro Sito, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Ati Autoservizi Riccitelli S.r.l., D'Agostino Tour S.r.l., D'Agostino S.r.l. - Viaggi e Turismo, Elefante Turismo e Viaggi S.r.l., Eredi Palmentieri S.r.l., non costituiti in giudizio;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania n. 8096 del 2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Giugliano in Campania, del Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili e di C.T.C. Bus Consorzio Trasporti Campania Bus;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 settembre 2022 il Cons. Elena Quadri;

Viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Mi.Lu.Sa. S.r.l., in proprio e nella qualità di capogruppo della costituenda Ati con S.M. Rent a Car S.a.s., ha impugnato l'aggiudicazione all'Ati composta da C.T.C. Bus Consorzio Trasporti Campania Bus (mandatario) e da Autoservizi Riccitelli S.r.l. (mandante) della procedura aperta indetta il 30 marzo 2021 per l'affidamento triennale del servizio di trasporto scolastico e per i centri riabilitativi del territorio del comune di Giugliano in Campania, del valore di euro 3.045.600,00.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Campania ha respinto il ricorso con sentenza n. 8096 del 2021, appellata da Mi.Lu.Sa. per i seguenti motivi di

gravame:

I - *error in procedendo* (art. 73 c.p.a.) - *error in iudicando* - vizio di infrapetizione in relazione al primo motivo di ricorso di primo grado - violazione di legge (art. 45, comma 1, lett. e), d.lgs. n. 50 del 2016 ed art. 48, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016) - eccesso di potere (difetto di istruttoria e di motivazione - violazione del giusto procedimento - arbitrarietà - sviamento - illogicità manifesta);

II - *error in procedendo* (art. 73 c.p.a.) - *error in iudicando* - vizio di infrapetizione in relazione al primo motivo di ricorso di primo grado - violazione di legge (art. 45, comma 1, lett. e), d.lgs. n. 50 del 2016 ed art. 48, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016) - eccesso di potere (difetto di istruttoria e di motivazione - violazione del giusto procedimento - arbitrarietà - sviamento - illogicità manifesta);

III - *error in procedendo* (art. 73 c.p.a.) - *error in iudicando* - vizio di infrapetizione in relazione al primo motivo di ricorso di primo grado - violazione di legge (art. 45, comma 1, lett. e), d.lgs. n. 50 del 2016 ed art. 48, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016) - eccesso di potere (difetto di istruttoria e di motivazione - violazione del giusto procedimento - arbitrarietà - sviamento - illogicità manifesta);

IV - *error in iudicando* - violazione di legge (art. 83, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016) - violazione del disciplinare di gara (punto 7.3, lett. f) - eccesso di potere (difetto di istruttoria e di motivazione - violazione del giusto procedimento - arbitrarietà - sviamento - illogicità manifesta);

V - *error in iudicando* - violazione di legge (art. 83, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016) - violazione del disciplinare di gara (punto 7.4) - eccesso di potere (difetto di istruttoria e di motivazione - violazione del giusto procedimento - arbitrarietà - sviamento - illogicità manifesta).

Si sono costituiti per resistere all'appello il comune di Giugliano in Campania, il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili e C.T.C. Bus Consorzio Trasporti Campania Bus.

Successivamente le parti hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza pubblica del 29 settembre 2022 l'appello è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

Giunge in decisione l'appello proposto dall'Ati Mi.Lu.Sa. contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania n. 8096 del 2021 che ha respinto il suo ricorso per l'annullamento dell'aggiudicazione all'Ati composta da C.T.C. Bus Consorzio Trasporti Campania Bus e da Autoservizi Riccitelli S.r.l. della procedura aperta per l'affidamento triennale del servizio di trasporto scolastico e per i centri riabilitativi del territorio del comune di Giugliano in Campania.

Devono, in via preliminare, essere esaminate le eccezioni di inammissibilità dell'appello sollevate dall'aggiudicataria e dal Comune.

In relazione alla presunta carenza di interesse di Mi.Lu.Sa in ragione di una asserita insufficienza del suo organico in dotazione per l'esecuzione del servizio, l'eccezione è inammissibile, atteso che, essendo diretta a contestare una presunta non idoneità tecnica dell'offerta dell'appellante, non ha formato oggetto di ricorso incidentale in primo grado e non può essere introdotta per la prima volta in appello.

E' infondata anche l'eccezione di inammissibilità dell'appello per aver riproposto i motivi di primo grado senza contestare la sentenza, in quanto con le censure si deduce proprio l'erroneità della decisione sotto diversi profili.

E' da disattendere, altresì, l'eccezione di improcedibilità dell'appello per omessa impugnazione della dichiarazione di efficacia della aggiudicazione operata dal Provveditorato alle OO.PP. nonché della presa d'atto degli esiti della gara del comune di Giugliano, atteso che tali atti sono privi di efficacia lesiva perché esulano dalla fase del confronto concorrenziale, che termina con l'aggiudicazione della gara (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 31 luglio 2012, n. 31).

Infondata è, infine, anche l'eccezione di carenza di legittimazione passiva del Comune, atteso che il servizio è destinato a svolgersi proprio nel territorio di Giugliano in Campania.

Nel merito, con il primo motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha rilevato di ufficio l'inammissibilità di una memoria non notificata asseritamente ampliativa del *thema decidendum* senza indicare la questione in udienza ai fini della tutela del contraddittorio, ai sensi dell'art. 73, comma 3, c.p.a.

Con il secondo motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della dichiarazione di inammissibilità della memoria, atteso che con la stessa non erano state introdotte nuove censure, dirette a contestare ulteriori cause di esclusione, né era stata modificata la prospettazione del ricorso introduttivo o ampliato il *thema decidendum*, essendosi la società ricorrente limitata a replicare alle deduzioni difensive di controparte, contestando l'affermata natura di consorzio stabile del CTC Bus, ai sensi dell'art. 45, comma 2, lett. e), del d.lgs. n. 50 del 2016, sia per carenza di qualsiasi espressa indicazione nella autodichiarazione prodotta nella domanda di partecipazione del 18 maggio 2021 (in cui non è stata barrata la relativa casella del consorzio stabile), sia per carenza dei prescritti requisiti sostanziali (non contenendo né l'atto costitutivo né lo statuto alcun impegno dei consorziati di operare congiuntamente almeno per cinque anni).

Con il terzo motivo l'appellante ha dedotto che la sentenza erroneamente avrebbe disatteso la censura secondo cui C.T.C. Bus (mandataria), qualificatasi alla stregua di un consorzio ordinario, non poteva prendere parte alla procedura indicando solo alcune delle imprese consorziate, in elusione degli artt. 45, comma 2, lett. e) e 48, comma 4, del d.lgs. n.50 del 2016, atteso che i consorzi ordinari partecipano alle procedure di evidenza pubblica con tutte le consorziate, attraverso le quali si qualificano, essendo preclusa agli stessi qualsiasi possibilità di concorrere solo per conto di alcune consorziate.

Con il quarto motivo l'appellante ha dedotto che l'A.T.I. aggiudicataria era priva dello specifico requisito di capacità tecnico professionale di aver svolto nel triennio servizi di trasporto scolastico o per disabili, in violazione del punto 7.3, lett. f) del disciplinare di gara.

Con il quinto motivo l'appellante ha dedotto che l'A.T.I. aggiudicataria non aveva comprovato la capacità economico – finanziaria mediante idonee referenze bancarie, in violazione punto 7.4. del disciplinare di gara.

L'appello è fondato per il terzo motivo.

Deve chiarirsi, in via preliminare, che il consorzio è un'organizzazione comune di più imprenditori per la disciplina o lo svolgimento di fasi d'impresa. Più specificamente, ai sensi dell'art. 2602 c.c.: “Con il contratto di consorzio più imprenditori istituiscono un'organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese”. Il consorzio svolge, dunque, una funzione strumentale per le imprese consorziate.

I consorzi presentano, quindi, carattere mutualistico, in quanto l'attività consortile deve svolgersi nell'interesse delle imprese associate.

Con riferimento alle varie tipologie di consorzio, quello con attività interna è un'associazione tra imprenditori che ha come scopo la regolamentazione dei rapporti e della disciplina tra i consorziati. Le imprese consorziate si impongono, quindi, determinati obblighi che verranno tenuti sotto osservanza dell'organizzazione comune.

Nei consorzi con attività esterna l'organizzazione è, invece, destinata a svolgere un'attività con i terzi, implicando generalmente la creazione di un ufficio al quale faranno capo i rapporti giuridici posti in essere.

Il consorzio con attività esterna è privo di personalità giuridica, ma è un autonomo centro di rapporti giuridici ed assume la responsabilità, garantita dal fondo consortile, dei contratti stipulati in nome proprio, assumendone anche il rischio, di natura extracontrattuale, derivante dalla gestione di un'attività imprenditoriale.

I consorzi stabili sono, invece, soggetti dotati di autonoma personalità giuridica, distinta dalle imprese consorziate, configurandosi, dunque, come aggregazioni durevoli di soggetti che nascono da un'esigenza di cooperazione ed assistenza reciproca e che, operando come un'unica impresa, si accreditano all'esterno come soggetto distinto (cfr. Cons. Stato, III, 4 febbraio 2019, n. 865).

Secondo l'ormai consolidato indirizzo giurisprudenziale, per poter attribuire al consorzio la qualifica di consorzio stabile è essenziale la sussistenza del c.d. elemento teleologico, ossia l'astratta idoneità del consorzio, esplicitamente consacrata nel relativo statuto, di operare con un'autonoma struttura di impresa, capace di eseguire, anche in proprio, ovvero senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate, le prestazioni previste nel contratto (ferma restando la facoltà per il consorzio, che abbia tale struttura, di eseguire le prestazioni, nei limiti consentiti, attraverso le consorziate) (cfr. Cons. Stato, V, 17 gennaio 2018, n. 276). A tal fine, è essenziale l'esistenza di un'azienda consortile, intesa nel senso civilistico di "complesso di beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa".

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza del 18 marzo 2021, n. 5, ha chiarito la differenza tra il consorzio ordinario di cui agli artt. 2602 e ss. del codice civile e il consorzio stabile, la cui disciplina si rinviene nell'art. 45, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016: il consorzio ordinario, pur essendo un autonomo centro di rapporti giuridici, non comporta l'assorbimento delle aziende consorziate in un organismo unitario costituente un'impresa collettiva, né esercita autonomamente e direttamente attività imprenditoriale, ma si limita a disciplinare e coordinare, attraverso un'organizzazione comune, le azioni degli imprenditori riuniti. Nel consorzio con attività esterna la struttura organizzativa provvede all'espletamento in comune di una o alcune funzioni (ad esempio, l'acquisto di beni strumentali o di materie prime, la distribuzione, la pubblicità, etc.), ma nemmeno nella sua disciplina civilistica è dotato di una propria realtà aziendale. Ne discende che,

ai fini della disciplina in materia di contratti pubblici, il consorzio ordinario è considerato un soggetto con identità plurisoggettiva, che opera in qualità di mandatario delle imprese della compagine. Esso prende necessariamente parte alla gara per tutte le consorziate e si qualifica attraverso di esse, in quanto le stesse, nell'ipotesi di aggiudicazione, eseguiranno il servizio, rimanendo esclusa la possibilità di partecipare solo per conto di alcune associate.

I consorzi stabili invece, ai sensi dell'art. 45, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, sono costituiti "tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro" che "abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa". I partecipanti in questo caso danno vita ad una stabile struttura di impresa collettiva, la quale, oltre a presentare una propria soggettività giuridica con autonomia anche patrimoniale, rimane distinta e autonoma rispetto alle aziende dei singoli imprenditori ed è strutturata, quale azienda consortile, per eseguire, anche in proprio (ossia senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate), le prestazioni affidate a mezzo del contratto.

Sulla base di questa impostazione, la Corte di giustizia UE ammette la contemporanea partecipazione alla medesima gara del consorzio stabile e della consorziata, ove quest'ultima non sia stata designata per l'esecuzione del contratto e non abbia pertanto concordato la presentazione dell'offerta (v. Corte di giustizia UE 23/12/2009, C-376/08, emessa su ordinanza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sez. I, 2 aprile 2008, n. 194).

Invero, il consorzio stabile, proprio perché dotato di personalità giuridica a differenza del consorzio con attività esterna, implica la costituzione di un'autonoma struttura consortile e il rapporto intercorrente tra consorzio ed imprese consorziate può essere ricondotto al rapporto tra società

commerciale e socio, ove lo strumento associativo assume una sua completa autonomia.

Tanto premesso, nella fattispecie all'esame del Collegio è evidente che C.T.C. Bus Consorzio Trasporti Campania Bus non rivesta la natura di consorzio stabile, bensì di consorzio con attività esterna.

Tanto si evince dall'esame dell'atto costitutivo e dello statuto del medesimo, ed in particolare dall'art. 1 (costituzione) dell'atto costitutivo, ai sensi del quale "E' costituito tra le società "BARRELLA BUS COMPANY S.R.L.", "AUTOSERVIZI LEONCINO VIAGGI S.R.L.", "DI SARNO COACH & LIMOUSINE SERVICE SRL", "EREDI PALMENTIERI S.R.L.", "D'AGOSTINO S.R.L.- VIAGGI E TURISMO", "PINTOUR SOCIETÀ' COOPERATIVA", "BEDUCCI TRAVEL BUS S.R.L.", "ELEFANTE TURISMO E VIAGGI S.R.L.", "D'AGOSTINO TOUR S.R.L.", "CAPUTO BUS S.R.L." e "GP SERVIZI S.R.L.", tutte così come sopra rappresentate, un consorzio con attività esterna sotto la "CONSORZIO TRASPORTI CAMPANIA BUS" in sigla "C.T.C. BUS"; dall'art. 4 (scopi e oggetto) dello statuto, ai sensi del quale: "Il Consorzio, costituito senza scopo di lucro e con i principi della mutualità, si prefigge di svolgere le congiunte attività d'impresa delle consorziate nel settore di servizi trasporti pubblici ..."; dell'art. 11 (obblighi dei consorziati) dello statuto, che non contempla l'impegno di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa (né sono state prodotte in giudizio le decisioni degli organi deliberativi dei consorziati di operare, in modo congiunto, nel settore dei contratti pubblici, per almeno cinque anni); dall'art. 17 (recesso del consorziato) dello statuto, ai sensi del quale: "Il consorziato può recedere dal Consorzio per giusta causa, a mezzo di sua richiesta motivata inviata al Consiglio di amministrazione mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento. ... Il Consiglio di amministrazione può deliberare il recesso del consorziato, anche in assenza di giusta causa, su

sua domanda scritta da far pervenire all'organo amministrativo mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento. In tal caso la quota o le quote di partecipazione al fondo consortile del consorzio receduto non verranno rimborsate e saranno acquisite dal Consorzio a riserva del patrimonio netto”.

Del resto, CTC Bus non ha mai dichiarato nella domanda di partecipazione alla gara di specie la natura di consorzio stabile, non avendo barrato nella stessa l'apposita casella riferita al consorzio stabile.

Risulta smentita del tutto, dunque, la conclusione cui è giunta la sentenza appellata, secondo le cui statuizioni: “dalle ulteriori allegazioni rappresentate dall'atto costitutivo e dallo statuto del consorzio stesso (astrattamente idonei a comprovare la sussistenza dei connotati tipici dei consorzi stabili, ai sensi dell'art. 45, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016: impegno ad operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni ed istituzione di una comune struttura di impresa), si evince che CTC BUS intendeva partecipare alla procedura selettiva nella veste di consorzio stabile e non in quella di consorzio ordinario”.

Alla luce delle suesposte considerazioni, assorbendosi le ulteriori censure, l'appello va accolto e, per l'effetto, va accolto il ricorso di primo grado.

Ne consegue che, trattandosi di gara per l'affidamento di un servizio con prestazioni altamente fungibili a cui hanno partecipato solo due concorrenti, va disposta l'aggiudicazione in favore dell'appellante e il subentro della stessa nella gestione del servizio, previa verifica del possesso dei requisiti da parte della stazione appaltante.

Sussistono giusti motivi, in considerazione della peculiarità e della complessità della fattispecie, per disporre l'integrale compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per

l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado, come in motivazione.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 settembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Elena Quadri**

**IL PRESIDENTE**

**Diego Sabatino**

**IL SEGRETARIO**