

Massima: Il Collegio ritiene che, nella fattispecie in esame, può certamente ritenersi applicabile l'indirizzo espresso dall'Adunanza Plenaria e, quindi, possa considerarsi possibile la sostituzione della consorziata designata dall'appalto con altra consorziata quale consorziata esecutrice. Pertanto, laddove si verifichi tale ipotesi, la stazione appaltante, in applicazione dei principi generali di cui all'art. 1 della l. 241/1990 e all'art. 4 d.lgs. n. 50/2016, è tenuta ad interpellare il consorzio stabile, se questo non abbia già manifestato la propria volontà in ordine alla possibilità di procedere alla riorganizzazione del proprio assetto interno, al fine di rendere possibile la partecipazione dello stesso alla gara, nonostante la perdita dei requisiti di una delle consorziate designate dall'appalto (Cons. di Stato, sez. V, 7 novembre 2022, n. 9752).

Consiglio di Stato, Sez. V, n. 779 del 24/01/2023



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 2604 del 2022, proposto da Consorzio Stabile Fenix S.C.A R.L., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Roberto Maria Bisceglia e Sara Pedace, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Trenitalia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Domenico Tomassetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Consorzio Stabile Artemide, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza in forma semplificata del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza) n. 12843/2021, resa tra le parti, concernente l'annullamento, previa sospensiva:

- della delibera n. 178 del 27/09/21, comunicata il 6/10/21, con cui Trenitalia s.p.a. ha deliberato il ritiro dell'aggiudicazione già intervenuta in favore del ricorrente Consorzio Stabile Fenix S.C. A R.L. dell'appalto dei lavori di realizzazione di tettoie per un'area temporanea di deposito rifiuti presso l'IMCV AV di Roma San Lorenzo (CIG 860614712D – CUP D84D13000010005);

- della comunicazione di Trenitalia s.p.a. datata 27/09/21, di accompagnamento alla delibera n.178 del 27/09/21, trasmessa il 6/10/21 con cui è preannunciato l'avvio del procedimento volto alla escussione della cauzione provvisoria;

- della comunicazione datata 22/10/21 con cui il Responsabile del procedimento di Trenitalia s.p.a. ha rigettato l'istanza di revoca in via di autotutela formulata dal Consorzio Stabile Fenix;

- della comunicazione datata 27/10/21 con cui Trenitalia s.p.a., ufficio Direzione Amministrazione Finanza e Controllo, ha avviato la procedura di escussione della polizza, costituente cauzione provvisoria, invitando la Compagnia City Insurance e, per quanto di ragione, il Consorzio Stabile Fenix al pagamento dell'importo (€ 3.919,34) garantito;

- di ogni altro atto preordinato, presupposto, connesso e conseguente, parimenti lesivo;

nonché

della nuova aggiudicazione che *medio tempore* fosse intervenuta e, comunque, per la dichiarazione dell'inefficacia del contratto laddove stipulato e con richiesta di subentro, ai sensi dell'art. 122 del cod.proc.amm., nell'esecuzione dello stesso.

e per la condanna, in forma specifica, della stazione appaltante a riaggiudicare l'appalto al Consorzio Stabile Fenix S.C.A R.L.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Trenitalia s.p.a.;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 novembre 2022 il Cons. Annamaria Fasano e udito per le parti l'avvocato Erra, in dichiarata delega dell'avv. Bisceglia, e l'avv. Tomassetti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Consorzio Stabile Fenix S.C.A R.L. (in seguito anche Consorzio Fenix) proponeva ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio avverso la delibera n. 178 del 27.9.2021, con cui Trenitalia s.p.a. (in seguito anche Trenitalia) aveva statuito il ritiro dell'aggiudicazione già intervenuta in favore del ricorrente dell'appalto dei lavori di realizzazione di tettoie per un'area temporanea di deposito rifiuti presso l'IMCV AV di Roma San Lorenzo.

La stazione appaltante si era determinata nel ritiro dell'aggiudicazione in quanto dalla documentazione acquisita risultava che la società consorziata Vitale One Costruzioni s.r.l. non era in possesso del requisito della regolarità fiscale.

Il Consorzio impugnava anche la comunicazione di Trenitalia trasmessa il 6.10.2021, con cui era stato preannunciato l'avvio del procedimento volto alla escussione della cauzione provvisoria, nonché della comunicazione datata 22.10.2021 con cui il Responsabile del procedimento di Trenitalia aveva respinto l'istanza di revoca in via di autotutela formulata dal Consorzio Fenix, nonché della comunicazione datata 27.10.2021 inviata da Trenitalia per avviare la procedura di escussione della polizza, costituente cauzione provvisoria. Il ricorrente, infine, domandava la dichiarazione di inefficacia del contratto laddove stipulato con richiesta di subentro, ai sensi dell'art. 122 cod. proc. amm., nell'esecuzione dello stesso, formulando istanza di condanna in forma specifica della stazione appaltante a riaggiudicare l'appalto al Consorzio Fenix.

Secondo l'esponente, l'aggiudicazione non avrebbe dovuto essere revocata, atteso che la consorziata, al momento della presentazione dell'offerta, presentava il requisito della regolarità fiscale, e l'ulteriore pendenza tributaria, che aveva determinato il ritiro dell'aggiudicazione, era stata dalla stessa appresa in un momento successivo, e immediatamente regolarizzata mediante rateizzo. Il Consorzio denunciava l'illegittimità della richiesta di incameramento della cauzione provvisoria, non sussistendo alcuno dei presupposti previsti, avendo il ricorrente rilasciato dichiarazioni veritiere, in quanto in possesso dei requisiti.

2. Il Tribunale amministrativo regionale, con sentenza n. 12843 del 13.12.2021, respingeva il ricorso sulla base del rilievo che la società consorziata non aveva mantenuto il requisito della regolarità fiscale per tutta la durata della gara, essendo decaduta dalla definizione agevolata delle controversie tributarie n. 484/2019, ed avendo provveduto alla regolarizzazione mediante rateizzazione solo nell'agosto del 2021, nel corso della procedura di gara. La successiva rateizzazione, comunque, non sanava l'irregolarità riscontrata, essendo un atto volontario del contribuente, oltre al fatto che tale regolarità poteva ritenersi sussistente solo qualora l'istanza di rateizzazione fosse stata accolta prima del decorso del termine per la presentazione delle offerte. Secondo il giudicante, la legittimità dell'atto di ritiro dell'aggiudicazione giustificava l'incameramento della cauzione provvisoria, trattandosi di conseguenza automatica della mancanza dei requisiti dichiarati. Il Collegio, infine, respingeva la contestazione del ricorrente sulla mancata autorizzazione alla sostituzione della consorziata Vitale One Costruzioni s.r.l., in ragione dei principi espressi dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 10/2021.

3. Consorzio Stabile Fenix ha appellato la suddetta pronuncia, chiedendone l'integrale riforma e denunciando: "1. *Illegittimità per omessa o carente motivazione- presupposti erronei e/o inesistenti – violazione e/o falsa applicazione di legge (primo motivo di ricorso: illegittimità per violazione e falsa applicazione art. 80 del d.lgs. 50/16- per violazione e falsa applicazione lex specialis – eccesso di potere per violazione dei principi di buon andamento e imparzialità – carente e/o omessa motivazione – violazione del diritto di difesa – carenza e/o omessa istruttoria; 2. Illegittimità per omessa o carente motivazione – presupposti erronei e/o inesistenti – violazione e/o falsa applicazione di legge – ulteriore profilo (secondo motivo di ricorso: illegittimità per violazione e falsa applicazione ex art. 80 del d.lgs. n. 50/16 – per violazione e falsa applicazione lex specialis – eccesso di potere per violazione dei principi di buon andamento e imparzialità – carente e/o omessa motivazione – violazione del diritto di difesa – carenza e/o omessa istruttoria – ulteriore profilo); 3. Illegittimità per omessa o carente motivazione – presupposti erronei e/o inesistenti – manifesta ingiustizia – ulteriore profilo (terzo motivo di ricorso: illegittimità per violazione e falsa applicazione art. 80 del d.lgs. 50/2016 – per violazione e falsa applicazione lex specialis – eccesso di potere per violazione dei principi di buon andamento e imparzialità – carente*

e/o omessa motivazione – carenza e/o omessa istruttoria – ulteriore profilo), 4) Illegittimità per omessa o carente motivazione – presupposti erronei e/o inesistenti – manifesta ingiustizia – ulteriore profilo (quarto motivo di ricorso: illegittimità per violazione e falsa applicazione art. 80 del d.lgs. 50/16 – per violazione art. 48 del d.lgs. 50/16 – per violazione e falsa applicazione lex specialis – eccesso di potere per violazione dei principi di buon andamento e imparzialità – carente e/o omessa motivazione – carenza e/o omessa istruttoria – ulteriore profilo)”.

4. Si è costituita in resistenza Trenitalia, concludendo per il rigetto dell'appello.

5. Le parti con successive memorie e repliche hanno articolato in maniera più approfondita le proprie difese; in particolare, l'appellante ha richiamato i principi espressi dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 2 del 2022, precisando che la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 da parte del mandatario o di una delle mandanti, è consentita non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara.

6. All'udienza pubblica del 3 novembre 2022, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

7. Con il primo mezzo, l'appellante censura la sentenza impugnata nella parte in cui si sostiene che la consorziata designata Vitale One Costruzioni s.r.l. non avrebbe mantenuto il requisito di regolarità fiscale per tutta la durata della gara, sicchè, essendo intervenuta la regolarizzazione mediante rateizzazione solo nell'agosto del 2021, *“la regolarità fiscale può ritenersi sussistente solo qualora l'istanza di rateizzazione sia stata accolta prima del decorso del termine per la presentazione delle offerte”*. Il Consorzio deduce che l'istanza di rateizzazione non poteva essere accolta prima della scadenza per la presentazione delle offerte, atteso che l'irregolarità, ovvero la conoscenza della stessa, era sopravvenuta rispetto alla partecipazione alla gara, così come dedotto e documentato sia in occasione dei chiarimenti richiesti da Trenitalia nel settembre 2021, sia in occasione dell'istanza di revoca in autotutela del provvedimento con cui Trenitalia aveva ritirato l'aggiudicazione già disposta in favore del Consorzio, sia in sede giudiziale con il ricorso introduttivo.

8. Con il secondo mezzo, si censura la sentenza impugnata nella parte in cui il Collegio ha ritenuto infondata la critica relativa alla modificazione della motivazione della revoca dell'aggiudicazione da parte di Trenitalia, formulata con il ricorso introduttivo e dimostrata dalla documentazione versata in atti.

9. Con la terza doglianza, l'appellante lamenta che il giudice di prima istanza avrebbe errato nel respingere il terzo motivo di ricorso, concernente l'incameramento della cauzione, facendo riferimento ad un precedente del Consiglio di Stato riguardante un'ipotesi del tutto diversa da quella in esame. Nella specie, non sussisterebbe dolo o colpa nel comportamento del Consorzio appellante, essendo state rese dichiarazioni veritiere in sede di gara, in uno alla intervenuta regolarizzazione tempestiva della regolarità fiscale, con la conseguenza che l'incameramento della cauzione sarebbe illegittimo.

10. Con il quarto motivo, si denuncia l'erroneità della sentenza gravata nella parte in cui non ha accolto il motivo del ricorso introduttivo con cui il ricorrente aveva censurato il provvedimento di revoca, ed ogni conseguenza pregiudizievole da esso derivante, ivi incluso l'incameramento della cauzione, anche in considerazione della circostanza che Trenitalia, in violazione dell'art. 48, commi da 17 a 19 ter, del d.lgs. n. 50 del 2016, non aveva avviato il procedimento onde consentire al

Consorzio di sostituire la consorziata designata per sopravvenuto difetto del requisito della regolarità fiscale, benchè avesse provveduto a risolvere il problema mediante rateizzazione. Nel caso in esame, non sarebbe configurabile una sostituzione per addizione, posto che il Consorzio Fenix avrebbe, nell'ambito della propria compagine consortile, potuto indicare altra consorziata designandola all'esecuzione dei lavori, di cui all'offerta che esso Consorzio aveva prodotto in gara. Trenitalia avrebbe dovuto avviare il procedimento volto alla sostituzione della consorziata designata anche tenuto conto della espressa richiesta in tal senso formulata dal Consorzio Fenix, con la nota contenente istanza di revoca in autotutela del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione.

L'appellante, con memoria, ribadendo il suddetto principio, ha rammentato che l'Adunanza Plenaria n. 2 del 2022, intervenuta nelle more del giudizio, ha statuito che *'la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) da parte del mandatario o di una delle mandanti, è consentita non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara, in tal senso interpretando l'art. 48, commi 17, 18, e 19 ter del medesimo Codice'*.

11. I suddetti mezzi, sopra sinteticamente illustrati, vanno esaminati congiuntamente, per ragioni di connessione logica.

11.1. Le critiche vanno condivise.

11.2. Va premesso che, nella fattispecie, dalla documentazione versata in atti, è emerso che la consorziata Vitale One Costruzioni s.r.l., alla data di scadenza della presentazione delle offerte (5.3.2021), risultava non avere irregolarità fiscali definitivamente accertate, atteso che, al contrario, non sarebbe stato consentito partecipare alla gara per carenza dei requisiti. La carenza dei requisiti è sopravvenuta in corso di gara, atteso che la pendenza integrata dalla decadenza della definizione agevolata è stata resa nota alla società Vitale One Costruzioni s.r.l. in data 9.3.2021, sicchè, per quanto qui di interesse, è irrilevante che la stessa abbia successivamente provveduto alla relativa regolarizzazione mediante rateizzazione dei carichi fiscali.

La giurisprudenza, con indirizzo condiviso, ha precisato che: *"Non rileva il fatto che il requisito sia venuto meno dopo la proposta di aggiudicazione e sia stato ripristinato prima della aggiudicazione definitiva. Come esattamente affermato dal primo giudice, nella fattispecie opera il principio di continuità del possesso dei requisiti di partecipazione, secondo cui nelle procedure per l'aggiudicazione di contratti pubblici " i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità"*(Cons.Stato, sez. V, 12 maggio 2020, n. 2968; Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 20 luglio 2020, n. 8).

Ciò premesso, le questioni prospettate dalle parti pongono all'esame di questa Sezione i seguenti quesiti: a) se sia legittima, ai sensi dell'art. 48, commi 17, 18, 19 bis e 19 ter del d.lgs. n. 50 del 2016, la revoca dell'aggiudicazione ad un Consorzio Stabile per sopravvenuta perdita, in corso di gara, dei requisiti, di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 (nella specie, sopravvenuta perdita di regolarità fiscale), di una consorziata designata, da quest'ultima posseduti alla data di presentazione dell'offerta; b) se sia consentito, come ritiene il Consorzio Fenix, ai sensi dell'art. 48, commi 17, 18, 19 bis e 19 ter, del d.lgs. n. 50 del 2016, estromettere la consorziata designata dall'appalto, divenuta priva dei requisiti in corso di gara, e provvedere alla sostituzione della medesima con altra consorziata designata.

E' importante precisare che, con l'istanza di revoca in autotutela, Consorzio Fenix ha comunicato alla stazione appaltante la disponibilità, ove autorizzato, ad estromettere e/o sostituire la consorziata già indicata in gara, con altra consorziata già designata.

11.3. Il Collegio ritiene che alla soluzione della presente controversia debba pervenirsi muovendo dai principi giurisprudenziali recentemente espressi dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con sentenza n. 2/2022, con riferimento ai raggruppamenti temporanei di imprese, secondo cui: *“la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (Codice dei contratti pubblici) da parte del mandatario o di una delle mandanti, è consentita non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara”*, applicabili alla fattispecie in esame.

Invero, la questione se la portata applicativa del suddetto indirizzo giurisprudenziale possa estendersi anche a consorzi stabili è stata risolta da questa Sezione con le sentenze del 7 novembre 2022, n. 9752 e n. 9762.

I recenti approdi interpretativi hanno ritenuto che il differente trattamento normativo in merito al possesso dei requisiti tra le tipologie di partecipazione plurisoggettiva dei consorzi e dei raggruppamenti temporanei di imprese si specchia con la differente disciplina applicabile in tema di modifica soggettiva, rispetto alla quale, per le ragioni di seguito illustrate, è consentita una più ampia possibilità di operare una modifica della consorziata indicata quale esecutrice del contratto.

Il Collegio ritiene che, nella fattispecie in esame, può certamente ritenersi applicabile l'indirizzo espresso dall'Adunanza Plenaria e, quindi, possa considerarsi possibile la sostituzione della consorziata designata dall'appalto con altra consorziata quale consorziata esecutrice.

Pertanto, laddove si verifichi tale ipotesi, la stazione appaltante, in applicazione dei principi generali di cui all'art. 1 della l. 241/1990 e all'art. 4 d.lgs. n. 50/2016, è tenuta ad interpellare il consorzio stabile, se questo non abbia già manifestato la propria volontà in ordine alla possibilità di procedere alla riorganizzazione del proprio assetto interno, al fine di rendere possibile la partecipazione dello stesso alla gara, nonostante la perdita dei requisiti di una delle consorziate designate dall'appalto (Cons. di Stato, sez. V, 7 novembre 2022, n. 9752).

A tale interpretazione non osta la peculiare natura dei consorzi stabili.

Secondo l'indirizzo prevalente della giurisprudenza amministrativa, mutuando anche i principi informativi compendati all'articolo 45 del d.lgs. n. 50 del 2016, per consorzi stabili s'intendono i consorzi che abbiano stabilito di operare nel settore dei contratti pubblici per un periodo non inferiore a cinque anni e che, pertanto, abbiano istituito una comune struttura d'impresa. Si tratta di aggregazioni durevoli di soggetti che nascono da un'esigenza di cooperazione ed assistenza reciproca e, operando come un'unica impresa, si accreditano all'esterno come soggetto distinto.

Sono operatori economici dotati di autonoma personalità giuridica, costituiti in forma collettiva e con causa mutualistica, che operano in base a uno stabile rapporto organico con le imprese associate, il quale si può giovare, senza necessità di ricorrere all'avvalimento, dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse, secondo il criterio del 'cumulo alla rinfusa' (cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 febbraio 2021, n. 964; Cons. stato, 11 dicembre 2020, n. 7943; Cons. Stato sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165; Cons. Stato, sez. III, 22 febbraio 2018, n. 1112).

Il criterio del 'cumulo alla rinfusa', costituendo un approdo pacifico della giurisprudenza, viene individuato nella possibilità per i consorzi stabili di qualificarsi nelle gare di affidamento di appalti

pubblici utilizzando i requisiti delle proprie consorziate, dovendosi precisare che, in caso di partecipazione alla gara, è necessaria la verifica della effettiva esistenza in capo ai singoli consorziati, dei requisiti di capacità tecnica e professionale prescritti dalla *lex specialis* (Cons. Stato, Ad.Plen. 18 marzo 2021, n. 5). L'art. 47, comma 1, del d.lgs. 50 del 2016, infatti, prescrive che i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria devono essere posseduti dai consorzi in proprio, anche se il comma 1 prevede la possibilità del cumulo, ma ciò vale solo per i requisiti relativi alla disponibilità dell'attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo.

Elemento qualificante dei consorzi stabili è senz'altro la 'comune struttura di impresa' da intendersi quale 'azienda consortile' utile ad eseguire in proprio, ossia senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate, le prestazioni affidate a mezzo del contratto (cfr. Adunanza Plenaria 18 marzo 2021, n. 5; Cons. Stato, sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165).

E' stato di recente evidenziato in giurisprudenza (Cons. Stato, sez. III, 4.2.2019, n. 865), come l'elemento essenziale per potere attribuire al consorzio la qualifica di consorzio stabile è il c.d. elemento teleologico, ossia l'astratta idoneità del consorzio, esplicitamente consacrata nello statuto consortile, 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, sez. V, 2.5.2017, n. 1984; Cons. Stato, sez. V, 17.1.2018, n. 276).

11.4. Dall'elaborazione giurisprudenza sul punto è, quindi, emerso che, a differenza di RTI e consorzi ordinari, il consorzio stabile, è un nuovo e peculiare soggetto giuridico, promanante da un contratto a dimensione associativa tra imprese, caratterizzato oggettivamente come struttura imprenditoriale da un rapporto tra le stesse imprese di tipo organico, al fine di operare in modo congiunto nel settore dei lavori pubblici, sicchè unico interlocutore con l'amministrazione appaltante è il medesimo consorzio, con la conseguenza che i requisiti speciali di idoneità tecnica e finanziaria devono essere da esso comprovati con il cumulo dei requisiti delle singole consorziate, e non solo di quelli delle imprese per le quali il consorzio dichiara di concorrere.

A quest'ultimo rilievo va data la dovuta importanza, atteso che la questione delle modifiche soggettive della struttura del consorzio stabile in sede di gara sembra sfumare, se si riflette sul fatto che l'amministrazione appaltante ha un unico operatore economico a cui riferirsi nella procedura di gara, sebbene lo stesso sia espressione di una realtà plurisoggettiva.

L'assunto è confortato anche da altre riflessioni.

Come già evidenziato da questa Sezione nelle pronunce sopra richiamate, i criteri che devono ispirare l'approdo ermeneutico che giunge all'applicabilità dei principi espressi dall'Adunanza Plenaria n. 2 del 2022 alla fattispecie in esame, sono quelli che regolamentano la partecipazione aggregata alle procedure di evidenza pubblica, che a loro volta legittimano la creazione dei consorzi stabili, ossia il *favor participationis* e la 'neutralità delle forme giuridiche dei soggetti partecipanti', come chiariti dalla legislazione eurounitaria.

Tali principi coesistono e suggeriscono una interpretazione del dettato normativo finalizzata ad agevolare la partecipazione delle imprese, nel rispetto della *par condicio* degli operatori giuridici.

Il principio del *favor participationis* consiste nel realizzare l'ampliamento della platea dei concorrenti che partecipano ad una gara pubblica, costituendo dunque espressione della massima

concorrenzialità nel settore dei pubblici contratti. Ogni deroga a tale finalità di carattere generale deve, di conseguenza, essere suscettibile di stretta interpretazione.

Il principio della ‘neutralità delle forme giuridiche’, invece, è stato confermato dagli artt. 19, par.2, della direttiva 2014/24/UE, relative ai settori ordinari, 37, par. 2, della direttiva 2014/25/UE relativa ai settori speciali e 26, par. 2, della direttiva 2014/23/UE, relativa alle concessioni, a mente dei quali i raggruppamenti di operatori economici non possono essere obbligati dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori ad avere una forma giuridica specifica ai fini della presentazione di un’offerta o di una domanda di partecipazione.

L’art. 19, par.2, direttiva 2014/23/UE, infatti, è la base interpretativa della modalità partecipativa di una pluralità di operatori economici, la cui tipizzazione viene rimessa al legislatore nazionale, secondo principi di proporzionalità e di non discriminazione.

Sulla scorta di tale percorso interpretativo, vengono in rilievo gli approdi a cui è giunta l’Adunanza Plenaria nella sentenza invocata sul tema oggetto della pronuncia (ossia perdita dei requisiti ex art. 80 d.lgs. n. 50/2016 in sede di gara), la quale è pervenuta alla conclusione di ritenere necessaria, tra le norme antinomiche, *“la applicazione di una sola di esse (quella, appunto, compatibile con le fonti sovraordinate della Costituzione e del diritto dell’Unione Europea), e la non applicazione dell’altra recessiva perché contraria ai più volte richiamati principi”*.

Si è quindi ritenuto (punto 12 della sentenza) che:

-“una interpretazione che escluda la sopravvenienza della perdita dei requisiti ex art. 80 in fase di gara, per un verso introdurrebbe una disparità di trattamento tra varie ipotesi di sopravvenienze non ragionevolmente supportata”;

-“si verificherebbe un caso di concreta incapacità a contrattare con la pubblica amministrazione da parte di imprese in è ‘incolpevoli’, riguardando il fatto impeditivo sopravvenuto una sola di esse, così finendo per costituire una fattispecie di ‘responsabilità oggettiva’, ovvero una inedita, discutibile (e sicuramente non voluta) speciale fattispecie di culpa in eligendo”.

Si aggiunge che: “Se uno dei principi fondamentali in tema di disciplina dei contratti con la pubblica amministrazione – tale da giustificare la previsione stessa del raggruppamento temporaneo di imprese – è quello di consentire la più ampia partecipazione delle imprese, in condizione di parità, ai procedimenti di scelta del contraente (e dunque di favorirne la potenzialità di accedere al contratto, al contempo tutelando l’interesse pubblico ad una maggiore ampiezza di scelta conseguente alla pluralità di offerte), una interpretazione restrittiva della sopravvenuta perdita dei requisiti ex art. 80, a maggior ragione perché non sorretta da alcuna giustificazione non solo ragionevole, ma neppure percepibile, finisce per porsi in contrasto sia con il principio di eguaglianza, sia con il principio di libertà economica e di par condicio delle imprese nei confronti delle pubbliche amministrazioni (come concretamente declinati anche dall’art. 1 della l. n. 241/1990 e dall’art. 4 del codice dei contratti pubblici). Ed infatti, come condivisibilmente affermato dall’ordinanza di rimessione “nessuna delle ragioni che sorreggono il principio di immutabilità della composizione del raggruppamento varrebbe a spiegare in maniera convincente il divieto di modifica per la perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 in sede di gara: non la necessità che la stazione appaltante si trovi ad aggiudicare la gara e a stipulare il contratto con un soggetto del quale non abbia potuto verificare i requisiti, in quanto, una volta esclusa dall’Adunanza Plenaria nella sentenza n. 10 del 2021 la c.d. sostituzione per addizione, tale evenienza non potrà giammai verificarsi quale che sia la vicenda sopravvenuta per la quale sia venuto meno uno dei componenti del raggruppamento; né la tutela della par condicio dei

partecipanti alla procedura di gara, che è violato solo se all'uno è consentito quel che all'altro è negato".

E' stato così formulato il seguente principio di diritto: *"la modifica del raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) da parte del mandatario o di una delle mandanti, è consentita non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara, in tal senso interpretando l'art. 48, commi 17, 18 e 19 ter del medesimo Codice"*.

11.5. Da siffatti rilievi consegue che non sussiste nessuna ragione ostativa all'applicabilità dei principi espressi da questo Consiglio nella decisione n. 2 del 2022 anche alla vicenda in esame.

Non depone in tal senso il dettato normativo e non consentono un diverso indirizzo le conclusioni espresse dalla giurisprudenza amministrativa in tema di requisiti di partecipazione alla gara.

Ma soprattutto appare dirimente quanto si è detto sulla soggettività individuale del consorzio stabile, dotato di autonoma personalità giuridica, espressione di una realtà imprenditoriale distinta rispetto a quella dei singoli consorziati, con dimensione organizzativa propria e con autonoma struttura a rilevanza esterna, la quale suggerisce la regolamentazione della vicenda secondo i criteri individuati dall'Adunanza Plenaria.

Ciò in ragione del fatto che, tanto durante lo svolgimento della procedura di gara, quanto durante l'esecuzione del contratto, l'unica controparte della stazione appaltante è il consorzio stabile nel suo complesso, nell'ambito del quale, a differenza delle unioni temporanee di imprese, i rapporti con le imprese consorziate e le imprese esecutrici si risolvono in rapporti interorganici, che non hanno alcuna rilevanza all'esterno nei confronti della stazione appaltante.

La modifica in sostituzione, inoltre, non inficia la natura del consorzio, trattandosi, come si è detto, di una realtà imprenditoriale distinta rispetto a quella dei singoli consorziati, naturalmente se il consorzio stabile rimane nella sua totalità in possesso dei requisiti richiesti dalla *lex specialis*.

Ciò in quanto la modifica in riduzione della compagine soggettiva di un operatore partecipante alla procedura in forma plurisoggettiva presuppone, pur sempre, il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di gara alla data di presentazione della domanda.

Negare l'applicabilità dei principi espressi dall'Adunanza Plenaria n. 2 del 2022 ai consorzi stabili determinerebbe la conseguenza del venir meno della finalità giuridica per la quale è stato previsto l'istituto, che è quella (cfr. Cons. Stato, sentenza sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165) di favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese alle procedure di gara cui non avrebbero potuto partecipare con i soli propri requisiti, al tempo stesso, beneficiando di un rapporto mediato tra l'amministrazione e la consorziata data dal consorzio e dalla struttura consortile.

La soluzione interpretativa delineata non confligge con la perdurante validità del principio di necessaria continuità nel possesso dei requisiti, affermato dall'Adunanza Plenaria con sentenza n. 8/2015, né con il più generale principio di immodificabilità soggettiva del concorrente (Cons. Stato, sez. V, 26 aprile 2018, n. 2527). Anzi tale prospettiva è idonea a soddisfare sia il principio del *favor participationis*, sia quello della certezza dei requisiti che debbono ricorrere affinché un determinato soggetto giuridico possa legittimamente concorrere per l'aggiudicazione di un contratto di lavori, servizi e forniture.

Un ulteriore argomento viene offerto dal percorso argomentativo seguito da questa Sezione, con sentenza n. 9923 del 11.11.2022, che ha ritenuto applicabile anche ai consorzi stabili i principi dell'Adunanza Plenaria, in forza del rinvio contenuto nello stesso art. 48, comma 19 bis, del d.lgs. n. 50 del 2016. L'estensione si aggiunge a quanto già previsto dal comma 7 bis dello stesso articolo 48, che consente nelle stesse ipotesi dei commi 17, 18 e 19, quando riguardino l'impresa consorziata designata per l'esecuzione, la designazione ai fini dell'esecuzione di una impresa consorziata diversa da quella indicata in sede di gara.

La generale previsione del comma 19 ter è interpretabile nel senso che le modifiche soggettive che riguardano il consorzio stabile ovvero la consorziata designata per l'esecuzione, purchè riconducibili a quelle previsti dai commi 17, 18 e 19 (rispettivamente richiamati per il consorzio stabile dal comma 19 bis e per la consorziata designata dal comma 7 bis), sono consentite sia in fase esecutiva che in fase di gara. Secondo quanto statuito nella decisione richiamata, se la sostituzione è ammessa per la perdita dei requisiti in corso di gara nei rapporti tra imprese solo temporaneamente raggruppate, sarebbe irragionevole un'interpretazione che non consentisse la sostituzione 'interna' al consorzio stabile, in ragione della particolare natura del rapporto che lega quest'ultimo alle imprese consorziate e che addirittura permette l'assunzione in capo allo stesso consorzio delle prestazioni della consorziata designata che venga esclusa dalla gara.

11.5. In conclusione, deve ritenersi che nel caso di specie era consentita in sede di gara l'estromissione dell'impresa divenuta priva dei requisiti ex art. 80 cit., e conseguentemente possibile la sostituzione della consorziata designata con altra impresa in possesso dei requisiti di partecipazione e di quelli di qualificazione per l'esecuzione dei lavori indicati dalla *lex specialis*.

Per i rilievi sopra illustrati è, quindi, illegittimo il provvedimento di ritiro (delibera n. 178 del 2021) dell'aggiudicazione della gara al Consorzio Fenix.

La pronuncia di illegittimità del ritiro dell'aggiudicazione comporta, come ravvisato dalla menzionata Adunanza Plenaria, che *“la stazione appaltante, in ossequio al principio di partecipazione procedimentale, è tenuta ad interpellare il raggruppamento e, laddove questo intende effettuare una riorganizzazione del proprio assetto, onde poter riprendere la partecipazione alla gara, provvede ad assegnare un congruo termine per la predetta riorganizzazione”*.

In tali termini, va disposto l'annullamento del provvedimento di ritiro dell'aggiudicazione e, quindi, per invalidità derivata anche dell'escussione della cauzione provvisoria. Stante l'accoglimento del terzo e quarto motivo di appello, vanno assorbite le rimanenti censure.

Orbene, non risulta dai fatti di causa che sia stata disposta altra aggiudicazione o sia stato sottoscritto contratto con altri operatori giuridici. Ne consegue che nulla va disposto con riferimento alla domanda di inefficacia del contratto ex art. 122 c.p.a. eventualmente stipulato e conseguente riconoscimento del diritto al subentro.

12. In definitiva, l'appello va accolto. A tale accoglimento segue, in riforma della sentenza di primo grado, l'accoglimento del ricorso introduttivo proposto da Consorzio Stabile Fenix S.C. A.R.L., e l'annullamento degli atti impugnati, pertanto *“la stazione appaltante, in ossequio al principio di partecipazione procedimentale, è tenuta ad interpellare il raggruppamento e, laddove questo intende effettuare una riorganizzazione del proprio assetto, onde poter riprendere la partecipazione alla gara, provvede ad assegnare un congruo termine per la predetta riorganizzazione”*, al fine di consentire la sostituzione con altra consorziata designata per l'esecuzione, rimanendo impregiudicata ogni valutazione dell'amministrazione dei requisiti di partecipazione, secondo i criteri indicati dalla *lex specialis*.

13. Le spese di lite dei due gradi di giudizio si compensano integralmente tra le parti, per la connotazione della vicenda e per la novità e complessità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando, accoglie l'appello, come in epigrafe proposto, e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso introduttivo proposto dal Consorzio Stabile Fenix S.C.A R.L.

Compensa integralmente tra le parti le spese di lite del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso, in Roma, nella camera di consiglio del giorno 3 novembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Annamaria Fasano

IL PRESIDENTE
Paolo Giovanni Nicolo' Lotti