

Nelle procedure di gara il consorzio è il solo concorrente, mentre non sono concorrenti le sue consorziate, nemmeno quella designata per l' esecuzione della commessa

di Marco Natoli

Data di pubblicazione: 9-5-2020

- *I consorzi di cui alla legge n.422 del 1909 partecipano alla procedura di gara utilizzando requisiti loro propri, e, nell'ambito di questi, facendo valere i mezzi nella disponibilità delle cooperative che costituiscono articolazioni organiche del soggetto collettivo, e cioè i suoi interna corporis;*
- *Ciò significa che il rapporto organico che lega le cooperative consorziate, ivi compresa quella incaricata dell'esecuzione dei lavori, è tale che l'attività compiuta dalle consorziate è imputata unicamente al consorzio (in termini, Cons. Stato, Ad. plen., 20 maggio 2013, n. 14; V, 17 luglio 2017, n. 3505);*
- *Concorrente è quindi solo il consorzio, mentre non assumono tale veste le sue consorziate, nemmeno quella designata per l'esecuzione della commessa, con la conseguenza che quest'ultima all'occorrenza può sempre essere estromessa o sostituita senza che ciò si rifletta sul rapporto esterno tra consorzio concorrente e stazione appaltante (C.G.A.R.S., 2 gennaio 2012, n. 12; Cons. Stato, VI, 29 aprile 2003, n. 2183).*

Guida alla lettura

Nella causa portata all'attenzione del giudice di prime cure, e successivamente del Consiglio di Stato, entrambi gli organi giudicanti affermano che un determinato consorzio costituito fra società cooperative di produzione e lavoro, ai sensi della l. n. 422 del 1909, non è obbligato a ricomprendere determinati inadempimenti nella dichiarazione da rendere nell'appalto oggetto delle controversie, ai sensi dell' art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016.

Nello specifico tali inadempimenti concernono quelli posti in essere nell'ambito di altri affidamenti pubblici da consorziate diverse da quelle indicate per l'esecuzione.

Il giudice di secondo grado, nel confermare la pronuncia del TAR, analizza in modo dettagliato la controversia, facendo ricorso alla minuziosa analisi della normativa e della giurisprudenza concernenti la questione.

Il Collegio, nell'evidenziare la differente posizione che assumono le consorziate designate per l'esecuzione dell'appalto rispetto alle consorziate non indicate, si sofferma dettagliatamente

sulla stessa struttura consortile, accentuando l'analisi proprio sui due differenti tipi di consorziate.

“In particolare, -precisa il Collegio- come rilevato nella decisione della Sezione 26 aprile 2018, n. 2537: - “ai sensi degli artt. 35-36 d.lgs. n. 163-2006 e 277 del regolamento di esecuzione (d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207) il consorzio si qualifica in base al cumulo dei requisiti delle consorziate e tale disciplina si giustifica in ragione del patto consortile che si instaura nell'ambito di un organizzazione stabile, caratterizzato da un rapporto durativo ed improntato a stretta collaborazione tra le consorziate e dalla comune causa mutualistica, nell'ambito del quale la consorziata che si limiti a conferire il proprio requisito all'ente cui appartiene non partecipa all'esecuzione dell'appalto, al quale rimane estranea, tant'è che non sussiste alcuna responsabilità di sorta verso la stazione appaltante”.

Di contro, in relazione alle consorziate indicate per l'esecuzione dell'appalto, la stessa Sezione individua i seguenti elementi di differenziazione: *“Uno statuto ben diverso- precisa il Collegio- è invece quello delle consorziate che, al contrario, siano state indicate per l'esecuzione dell'appalto, per le quali è prevista l'assunzione della responsabilità in solido con il consorzio stabile nei confronti della stazione appaltante (art. 94, comma 1, del citato d.P.R. n. 207-2010), e nei confronti delle quali la giurisprudenza ha quindi ritenuto applicabili gli obblighi dichiarativi dell'art. 38 d.lgs. n. 163-2006 (come da ultimo ricordato da questa Sezione, nella sentenze 27 aprile 2015, n. 2157 e 9 aprile 2015, n. 1824)”; “al consorzio stabile è nondimeno imputabile l'esecuzione delle prestazioni contrattuali dedotte nell'appalto, poiché è esso che stipula il contratto in nome proprio, sebbene per conto delle consorziate, con la conseguenza che ai fini della verifica dei requisiti di qualificazione, atti a comprovare la capacità tecnica e la solidità generale il consorzio può cumulare quelli posseduti dalle imprese consorziate e usufruirne in proprio (principio pacifico presso la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, da ultimo ribadita nelle sentenze della V Sezione, 22 gennaio 2015, n. 244, 19 dicembre 2012, n. 4969; VI, 13 ottobre 2015, n. 4703)”; “nondimeno, il possesso dei requisiti di ordine generale ex art. 38 cod. contratti pubblici deve comunque essere posseduto dalle imprese consorziate in un consorzio stabile, donde gli obblighi dichiarativi poc'anzi richiamati, al fine di impedire che queste si giovino della copertura dell'ente collettivo, eludendo i controlli demandati alle stazioni appaltanti (ex multis: Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 8; V, 17 maggio 2012, n. 2582; VI, 13 ottobre 2015, n. 4703). In ragione di ciò si giustifica l'obbligo per il consorzio stabile ai sensi dell'art. 36, comma 5, del previgente codice dei contratti pubblici di 'indicare in sede di offerta per quali consorziati il consorzio concorre' - come anche per l'art. 37, comma 7, riguardante i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422”.*

In prosieguo la Sezione esamina la struttura specifica dei consorzi in argomento, richiamando sempre la specifica giurisprudenza e confermando che in relazione ai predetti consorzi il possesso dei requisiti di partecipazione di ordine generale va rapportato alla consorziata indicata quale esecutrice.

“Più di recente- puntualizza infatti il Collegio-, in specifica relazione ai consorzi di cui alla l. n. 422 del 1909, ancorchè nell'ambito di diversi contesti censori, questa Sezione del Consiglio di Stato con le decisioni 23 novembre 2018, n. 6632 e 28 agosto 2019, n. 5926, ha rilevato che:

- i detti consorzi partecipano alla procedura di gara utilizzando requisiti loro propri, e, nell'ambito di questi, facendo valere i mezzi nella disponibilità delle cooperative che costituiscono articolazioni organiche del soggetto collettivo, e cioè i suoi interna corporis;

- ciò significa che il rapporto organico che lega le cooperative consorziate, ivi compresa quella incaricata dell'esecuzione dei lavori, è tale che l'attività compiuta dalle consorziate è imputata unicamente al consorzio (in termini, Cons. Stato, Ad. plen., 20 maggio 2013, n. 14; V, 17 luglio 2017, n. 3505);

- concorrente è quindi solo il consorzio, mentre non assumono tale veste le sue consorziate, nemmeno quella designata per l'esecuzione della commessa, con la conseguenza che quest'ultima all'occorrenza può sempre essere estromessa o sostituita senza che ciò si rifletta sul rapporto esterno tra consorzio concorrente e stazione appaltante (C.G.A.R.S., 2 gennaio 2012, n. 12; Cons. Stato, VI, 29 aprile 2003, n. 2183);

- la circostanza che anche la consorziata indicata quale esecutrice debba dichiarare il possesso dei requisiti di partecipazione di ordine generale (oltre che speciale), non è idonea a giustificare una diversa conclusione, atteso che il detto possesso è richiesto al solo fine di evitare che soggetti non titolati possano eseguire la prestazione: sicchè la perdita dei requisiti in questione da parte della consorziata esecutrice comporta semplicemente l'onere di estrometterla o sostituirla con altra consorziata, ma non incide sul possesso dei requisiti di partecipazione del consorzio concorrente;

- a differenza di quanto accade con un raggruppamento temporaneo di imprese, i consorzi in parola sono l'unica controparte del rapporto di appalto, sia nella fase di gara che in quella di esecuzione del contratto e, in relazione alle singole consorziate, operano come detto sulla base di un rapporto organico; e proprio tale autonoma soggettività giustifica anche la possibilità di designare una nuova cooperativa come esecutrice, ove per motivi sopravvenuti la prima designata non fosse in condizione di svolgere la prestazione”.

Chiarito quanto sopra il Consiglio di Stato riconferma le conclusioni cui è giunto il TAR, evidenziando la differente posizione che assumono le consorziate designate per l'esecuzione dell'appalto rispetto alle altre consociate; contestualmente lo stesso giudice di secondo grado accerta che la verifica sul possesso dei requisiti di ordine generale debba essere perimetrata con riferimento esclusivo a queste ultime.

Neppure viene accolta l'ulteriore tesi avanzata dalla società appellante, a detta della quale sussisterebbe un rapporto organico tra i consorzi di cui trattasi, unici titolari della relazione con la stazione appaltante e le consorziate; peraltro, sempre a detta dell'appellante, gli inadempimenti posti in essere da queste ultime, non quali autonomi soggetti di diritto bensì nella qualità di consorziate indicate in altre procedure pubbliche, sarebbero imputabili direttamente al medesimo consorzio.

“I consorzi in esame-precisa infatti il Collegio- hanno soggettività giuridica distinta da quella dei soggetti giuridici che lo compongono (art. 4, l. n. 422 del 1909). Si tratta di un presupposto ben compreso dalla giurisprudenza (Cons. Stato, V, nn. 6632/2018 e 5926/2019, cit.).

Sicchè il fatto che la stessa giurisprudenza abbia sottolineato la valenza di interna corporis (anzi, di una “sorta di interna corporis”, come specifica la decisione dell’Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato n. 14 del 2013) delle consorziate non involve, e non potrebbe del resto involve, stante la specifica disciplina dei consorzi in parola recata dalla l. n. 422 del 1909, nell’assorbimento della soggettività delle consorziate; questa resta pertanto intatta e produttiva di effetti giuridici e delle connesse responsabilità nei rapporti con i terzi, e non solo laddove esse agiscono in totale autonomia rispetto al consorzio: è infatti evidente che nel consentire la loro partecipazione alle gare il d.lgs. n. 50 del 2016, art. 45, comma 2, lett. b), non ha influito sulla configurazione strutturale di tali consorzi come risultante dalla l. n. 422 del 1909.

“Indi, l’affermazione che tra i consorzi di cui trattasi e le consorziate sussiste un rapporto organico- continua il Collegio- è una definizione utile esclusivamente a tipizzare il peculiare modello organizzativo che trapela dalle modalità con cui il Codice dei contratti ha regolato la loro partecipazione alla gara, che li vede, per un verso, beneficiare dei requisiti delle consorziate, per altro verso, concorrere in un ben preciso assetto, che è quello risultante dalla indicazione di cui all’art. 48, comma 7, del d.lgs. n. 50 del 2016, ferme le modifiche in fase esecutiva nei casi previsti dall’art. 7-bis: tant’è che l’Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato n. 13 del 2014 ha affermato che in funzione di tale rapporto organico “l’attività compiuta dai soggetti consorziati è imputata organicamente al Consorzio concorrente, come unico ed autonomo centro di imputazione e di riferimento di interessi”, specificando peraltro trattarsi di un rapporto che “consente, in definitiva, al Consorzio concorrente ed aggiudicatario di avvalersi delle prestazioni di un’impresa cooperativa in esso associata e specificamente designata in sede di gara” che “può eseguire i lavori pur essendo priva [...] dei requisiti di qualificazione tecnica”, e ciò “si spiega con il favore del legislatore per l’incentivazione della mutualità, favorendo, grazie alla sommatoria dei requisiti posseduti della singole imprese, la partecipazione a procedure di gara di cooperative che, isolatamente considerate, non sono in possesso dei requisiti richiesti o, comunque, non appaiono munite di effettive chances competitive”.

Successivamente la Sezione compie un ulteriore approfondimento, rimarcando come i consorzi in argomento, oltre ad avere un ruolo in campo amministrativo, possano essi stessi trovare riscontro anche in ambito di diritto comune. “Anche sotto il profilo civilistico- precisa sul punto la Sezione, “ai sensi dell’art. 2602 cod. civ., la stipulazione del contratto di consorzio non comporta l’assorbimento delle imprese contraenti in un organismo unitario, deputato allo svolgimento di un’attività rispetto alla quale quella delle singole imprese si ponga in rapporto di mezzo a fine, ma solo la costituzione di una organizzazione comune per la disciplina e per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive attività, avente quindi essa stessa carattere strumentale rispetto a quella delle imprese consorziate. In tal senso depone non solo la conservazione dell’autonomia delle imprese, rispetto alle quali il consorzio si pone come un distinto centro d’imputazione di rapporti giuridici, dotato di un fondo consortile che rimane sottratto all’aggressione dei creditori particolari dei consorziati (art. 2614), ma anche la presenza di organi consortili distinti da quelli delle singole imprese (art. 2603, comma 1, n. 4) e la configurazione del rapporto intercorrente tra queste ultime ed il consorzio come mandato (art. 2609), il quale postula l’alterità delle rispettive sfere giuridiche, indipendentemente dall’immediatezza dell’imputazione degli effetti degli atti compiuti dal mandatario” (Cass. civ., I,

27 gennaio 2014, n.1636)".

Infine il Consiglio di Stato rigetta anche l'ulteriore richiesta dell'appellante, a detta del quale *“poiché il consorzio di cooperative nel partecipare alla gara beneficia anche dei requisiti delle consorziate non designate che hanno commesso errori professionali nell'ambito del rapporto organico instauratosi con la designazione, tali errori dovrebbero costituire oggetto di dichiarazione ex art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016, anche tenuto conto del fatto che la norma non contiene alcuna distinzione al riguardo”*.

In conclusione il supremo Consesso afferma che non sia necessario accertare se le vicende segnalate dall'appellante *“siano o meno sussumibili nei “gravi illeciti professionali” che determinano l'esclusione dalla gara, perché non dichiarati o comunque per la loro significatività nella valutazione dell'integrità e dell'affidabilità del concorrente”*.

In definitiva le stesse vicende hanno interessato imprese consorziate non designate ai fini dell'esecuzione dell'appalto in argomento, circostanza, come detto, già ampiamente accertata dal primo giudice.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 6236 del 2019, proposto da Consorzio Stabile Infratech s.c. a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo con S.A.CO.S.E.M. s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Migliarotti, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Autorità di Sistema Portuale del Mar Tirreno Centrale, in persona del legale rappresentante *pro*

tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Angelo Piazza, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

nei confronti

Consorzio Integra Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e nella qualità di mandatario del raggruppamento temporaneo con Brancaccio Costruzioni s.p.a., con impresa cooptata S.I.M.M. Società Industriale del Mezzogiorno s.p.a., rappresentato e difeso dall'avvocato Paolo Vosa, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

Brancaccio Costruzioni s.p.a., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Campania (sezione prima) n. 3231/2019, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello;

Visto l'appello incidentale di Consorzio Integra Società Cooperativa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Tirreno Centrale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 gennaio 2020 il Cons. Anna Bottiglieri e uditi per le parti gli avvocati Vagnucci, su delega dell'avv. Migliarotti, e Terracciano, in dichiarata delega degli avv.ti Piazza e Vosa;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

I. Il Consorzio Stabile Infratech s.c. a r.l., capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con S.A.CO.S.E.M. s.r.l., secondo classificato nella gara indetta il 20 luglio 2018 dall'Autorità di Sistema Portuale del Mar Tirreno Centrale per la realizzazione dei lavori di riqualificazione dell'Area Monumentale del Porto di Napoli - Terminal Passeggeri alla Calata Beverello, impugnava con ricorso proposto innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Campania l'esito della procedura, aggiudicata al raggruppamento temporaneo tra Consorzio Integra Società Cooperativa, mandataria, e Brancaccio Costruzioni s.p.a. Domandava l'annullamento degli atti gravati e il subentro nel contratto, previa declaratoria di inefficacia di quello *medio tempore* eventualmente stipulato.

Secondo Infratech, il Consorzio Integra avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura ai

sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, poiché: a) aveva sottaciuto due inadempimenti contrattuali che avevano comportato l'applicazione di penali per ritardo nell'esecuzione di lavori pubblici da parte del Comune di Ercolano e dell'Università del Piemonte Orientale; b) aveva dichiarato la risoluzione contrattuale per inadempimento disposta dalla Città Metropolitana di Firenze, che la stazione appaltante aveva mancato di valutare quale illecito professionale preclusivo della partecipazione ad appalti pubblici.

Nel contenzioso così instaurato l'Autorità Portuale e il Consorzio Integra si costituivano in resistenza, spiegando eccezioni di rito e di merito; il Consorzio Integra proponeva altresì ricorso incidentale con cui sosteneva sotto vari profili l'illegittimità dell'ammissione in gara della ricorrente principale; il Consorzio Infratech e l'Autorità Portuale resistevano al ricorso incidentale.

II. L'adito Tribunale, con sentenza breve della prima sezione n. 3231/2019, respingeva nel merito il ricorso principale, assorbendo l'eccezione di tardività del gravame spiegata da entrambe le parti resistenti ai sensi dell'art. 120, commi 2-*bis* e 6-*bis*, Cod. proc. amm.; dichiarava inammissibile per carenza di interesse il ricorso incidentale; compensava tra le parti le spese del giudizio, salvo il rimborso al ricorrente incidentale del contributo unificato, posto in capo al ricorrente principale.

Il primo giudice, in estrema sintesi, quanto alla questione *sub a)*, effettuava una articolata ricostruzione normativa e giurisprudenziale, che sfociava nell'avviso che la verifica sul possesso dei requisiti di ordine generale del Consorzio Integra, che aveva partecipato alla gara nella qualità di consorzio fra società cooperative di produzione e lavoro costituito a norma della l. 25 giugno 1909, n. 422, andava perimetrata, così come per i consorzi stabili, alle consorziate designate per l'esecuzione dell'appalto, restando di contro indifferente l'eventuale carenza dei requisiti di ordine generale in capo alle altre consorziate. Rilevava che gli inadempimenti contrattuali non dichiarati riguardavano imprese consorziate estranee all'appalto *de quo*, con conseguente insussistenza dell'obbligo dichiarativo e della sua violazione. Quanto alla questione *sub b)*, osservava che anche la vicenda risolutiva dichiarata dal Consorzio Integra riguardava una impresa diversa da quella designata per l'esecuzione dell'appalto: riteneva pertanto trattarsi di dichiarazione non dovuta, che, in quanto tale, non assumeva rilevanza nella valutazione dell'affidabilità del concorrente.

III. Il Consorzio Infratech ha appellato la predetta sentenza, sostenendo la tempestività del suo ricorso di primo grado e deducendo: *error in iudicando*; violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. 50/2016; violazione della *lex specialis* di gara; violazione delle Linee guida Anac n. 6/2017. Ha concluso per la riforma della sentenza impugnata e l'accoglimento delle domande formulate nell'atto introduttivo del giudizio.

IV. Il Consorzio Integra si è costituito in giudizio. Ha riproposto, ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., le domande e le eccezioni non esaminate dal primo giudice e formulato appello incidentale condizionato concludendo, per l'ipotesi di ritenuta fondatezza dell'appello principale, per la declaratoria della fondatezza del suo ricorso incidentale di primo grado e, per l'effetto, dell'inammissibilità per carenza di interesse del ricorso principale.

V. L'Autorità Portuale si è costituita in giudizio. Ha riproposto l'eccezione di irricevibilità e inammissibilità del ricorso principale di primo grado, spiegando, in via subordinata, questione di incostituzionalità dell'art. 1, comma 5, d.l. 18 aprile 2019, n. 32; ha sostenuto comunque l'infondatezza nel merito dell'appello principale e l'irricevibilità, l'inammissibilità e l'infondatezza dell'appello incidentale condizionato.

VI. Anche l'appellante principale ha eccepito l'inammissibilità e l'infondatezza dell'appello incidentale.

VII. Intervenuta nelle more del giudizio di appello la stipula del contratto di appalto per cui è causa, come da comunicazione della stazione appaltante 28 ottobre 2019, il Consorzio Infratech ha riproposto con autonoma istanza la domanda cautelare, già avanzata nell'appello principale e precedentemente rinviata al merito su accordo delle parti, che la Sezione ha respinto con ordinanza n. 5944/2019.

Nel prosieguo tutte le parti hanno affidato a memorie lo sviluppo delle proprie tesi difensive e la confutazione delle argomentazioni avverse.

La causa è stata indi trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 23 gennaio 2020.

DIRITTO

1. L'appello principale è infondato.

Resta pertanto assorbita ogni questione preliminare al riguardo spiegata dalle parti resistenti.

2. L'appellante principale Consorzio Infratech sostiene che il Consorzio Integra doveva essere escluso dalla gara di cui in fatto ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (*Codice dei contratti pubblici*).

La gara è stata indetta con bando pubblicato il 20 luglio 2018. Pertanto l'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 applicabile *ratione temporis* è quello anteriore alle modifiche apportate dall'art. 5, comma 1, d.-l. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito dalla l. 11 febbraio 2019, n. 12. La norma transitoria dello stesso art. 5, comma 2, prevede infatti che *“Le disposizioni di cui al comma 1 si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi, con i quali si indicano le gare, sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto [...]”*, cioè successivamente al 15 dicembre 2018.

3. Le norme dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, di riferimento della fattispecie sono pertanto quelle per cui le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico rispetto al quale si dimostri con mezzi adeguati che il medesimo *“si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il*

tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione".

Viene in rilievo anche la successiva lett. f)-bis dello stesso art. 80, secondo cui è escluso dalla gara *"l'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere"*.

Nel vigore delle predette disposizioni, la giurisprudenza ha ritenuto che l'individuazione delle condotte da qualificarsi *ex lege* "gravi illeciti professionali" fosse solo esemplificativa, potendo la stazione appaltante desumere la causa di esclusione da ogni altra vicenda pregressa dell'attività professionale dell'operatore economico di cui fosse accertata la contrarietà a un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa (*ex multis*, Cons. Stato, V, 24 gennaio 2019, n. 586; V, 25 gennaio 2019, n. 591; V, 3 gennaio 2019, n. 72; III, 27 dicembre 2018, n. 7231), se stimata idonea a metterne in dubbio l'integrità e l'affidabilità. Tale conclusione è rimasta valida anche dopo la modifica dell'art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, realizzata con il già citato art. 5 del d.-l. n. 135 del 2018, che ha sdoppiato nelle successive lettere *c-bis*) e *c-ter*) la preesistente elencazione, mantenendo peraltro nella lett. c) la previsione di portata generale di cui sopra (Cons. Stato, V, 22 luglio 2019, n. 5171).

In altri termini, si è rilevato che, poiché l'art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016, pone a carico dell'operatore economico concorrente nella gara pubblica obblighi informativi finalizzati a consentire che la stazione appaltante possa effettuare un'adeguata e ponderata valutazione sulla sua affidabilità e integrità, questo è tenuto a fornire una rappresentazione quanto più dettagliata possibile delle proprie pregresse vicende professionali in cui gli è stata contestata una condotta illecita o, comunque, si è verificata la rottura del rapporto di fiducia con altre stazioni appaltanti; da cui l'approdo che la violazione degli obblighi informativi indi ben può integrare, a sua volta, il *"grave illecito professionale"* endoprocedurale, indicato nell'elencazione esemplificativa dell'art. 80, comma 5, lett. c), come omissione delle *"informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione"*, con conseguente possibilità della stazione appaltante di valutare omissioni e reticenze rilevanti ai fini dell'attendibilità e dell'integrità dell'operatore economico (Cons. Stato, V, 3 settembre 2018, n. 5142; III, 23 agosto 2018, n. 5040).

4. Tanto chiarito, si osserva che l'art. 45, comma 2, lett. b) e c), del d.lgs. n. 50 del 2016, consente la partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti pubblici dei consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della l. 25 giugno 1909, n. 422, e dei consorzi stabili; entrambi detti consorzi, ai sensi dell'art. 47, comma 1, devono possedere e comprovare i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure stesse con le modalità previste dal codice, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio se posseduti dalle singole imprese consorziate; gli stessi, per il successivo art. 48, comma 7, sono tenuti a indicare, in sede di offerta, per quali consorziate concorrono, con divieto delle designate di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla

stessa gara. L'art. 48, comma 7-bis, consente infine ai consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro e ai consorzi stabili, per le ragioni indicate ai successivi commi 17, 18 e 19 o per fatti o atti sopravvenuti (fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo, etc.) di designare ai fini dell'esecuzione dei lavori o dei servizi un'impresa consorziata diversa da quella indicata in sede di gara, a condizione che la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata.

In questo quadro normativo, la principale questione da affrontare nella disamina dell'appello principale è se il Consorzio Integra, consorzio fra società cooperative di produzione e lavoro costituito a norma della l. n. 422 del 1909, era tenuto a ricomprendere nella dichiarazione da rendere nell'appalto *de quo* ex art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016, gli inadempimenti posti in essere nell'ambito di altri affidamenti pubblici da consorziate diverse da quelle indicate per l'esecuzione.

Il primo giudice ha dato al quesito risposta negativa.

La conclusione deve essere confermata.

5. La sentenza appellata ha correttamente rilevato, nella vigenza del precedente Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 18 aprile 2006, n. 163, la comunanza dei principi regolanti la partecipazione alle gare pubbliche dei consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro e i consorzi stabili, e ha sottolineato come, in riferimento ai consorzi stabili, questa Sezione del Consiglio di Stato abbia posto in evidenza la differente posizione che assumono le consorziate designate per l'esecuzione dell'appalto rispetto alle consorziate non indicate.

In particolare, come rilevato nella decisione della Sezione 26 aprile 2018, n. 2537:

- *“ai sensi degli artt. 35-36 d.lgs. n. 163-2006 e 277 del regolamento di esecuzione (d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207) il consorzio si qualifica in base al cumulo dei requisiti delle consorziate e tale disciplina si giustifica in ragione del patto consortile che si instaura nell'ambito di un organizzazione stabile, caratterizzato da un rapporto durativo ed improntato a stretta collaborazione tra le consorziate e dalla comune causa mutualistica, nell'ambito del quale la consorziata che si limiti a conferire il proprio requisito all'ente cui appartiene non partecipa all'esecuzione dell'appalto, al quale rimane estranea, tant'è che non sussiste alcuna responsabilità di sorta verso la stazione appaltante”;*

- *“uno statuto ben diverso è invece quello delle consorziate che, al contrario, siano state indicate per l'esecuzione dell'appalto, per le quali è prevista l'assunzione della responsabilità in solido con il consorzio stabile nei confronti della stazione appaltante (art. 94, comma 1, del citato d.P.R. n. 207-2010), e nei confronti delle quali la giurisprudenza ha quindi ritenuto applicabili gli obblighi dichiarativi dell'art. 38 d.lgs. n. 163-2006 (come da ultimo ricordato da questa Sezione, nella sentenze 27 aprile 2015, n. 2157 e 9 aprile 2015, n. 1824)”;*

- *“al consorzio stabile è nondimeno imputabile l'esecuzione delle prestazioni contrattuali dedotte nell'appalto, poiché è esso che stipula il contratto in nome proprio, sebbene per conto*

delle consorziate, con la conseguenza che ai fini della verifica dei requisiti di qualificazione, atti a comprovare la capacità tecnica e la solidità generale il consorzio può cumulare quelli posseduti dalle imprese consorziate e usufruirne in proprio (principio pacifico presso la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, da ultimo ribadita nelle sentenze della V Sezione, 22 gennaio 2015, n. 244, 19 dicembre 2012, n. 4969; VI, 13 ottobre 2015, n. 4703)";

- "nondimeno, il possesso dei requisiti di ordine generale ex art. 38 cod. contratti pubblici deve comunque essere posseduto dalle imprese consorziate in un consorzio stabile, donde gli obblighi dichiarativi poc'anzi richiamati, al fine di impedire che queste si giovino della copertura dell'ente collettivo, eludendo i controlli demandati alle stazioni appaltanti (ex multis: Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 8; V, 17 maggio 2012, n. 2582; VI, 13 ottobre 2015, n. 4703). In ragione di ciò si giustifica l'obbligo per il consorzio stabile ai sensi dell'art. 36, comma 5, del previgente codice dei contratti pubblici di 'indicare in sede di offerta per quali consorziati il consorzio concorre' - come anche per l'art. 37, comma 7, riguardante i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422".

In conclusione, "le consorziate indicate in un consorzio stabile debbono possedere individualmente i requisiti di partecipazione di ordine generale di cui all'art. 38 d.lgs. n. 163-2006, al fine di evitare che le stesse consorziate possano beneficiare dello schermo costituito dal consorzio per eludere [...] la disposizione sostanziale enunciata dal citato art. 38" (Cons. Stato, V, n. 2537/2018).

Quindi, per la giurisprudenza formatasi in relazione al previgente Codice dei contratti pubblici, quanto ai consorzi stabili, vi è una stretta connessione tra l'obbligo di indicare le consorziate designate per l'esecuzione dell'appalto e l'individuazione degli obblighi dichiarativi inerenti il possesso dei requisiti generali.

Altrettanto è a dirsi per i consorzi ex lege n. 422 del 1909, come dà atto la decisione dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato n. 8 del 2012 nel rilevare, con specifico riguardo a tali consorzi, che: "mentre i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria devono essere riferiti al consorzio (come previsto dall'art. 35 codice appalti), i requisiti generali di partecipazione alla procedura di affidamento previsti dall'art. 38 codice citato devono essere posseduti dalle singole imprese consorziate; se, infatti, in caso di consorzi, tali requisiti andassero accertati solo in capo al consorzio e non anche in capo ai consorziati che eseguono le prestazioni, il consorzio potrebbe agevolmente diventare uno schermo di copertura consentendo la partecipazione di consorziati privi dei necessari requisiti; per gli operatori che non hanno i requisiti dell'art. 38 (si pensi al caso di soggetti con condanne penali per gravi reati incidenti sulla moralità professionale) basterebbe, anziché concorrere direttamente andando incontro a sicura esclusione, aderire a un consorzio da utilizzare come copertura [Cons. St., sez. V, 15 giugno 2010, n. 3759; Id., sez. IV, 27 giugno 2007, n. 3765; Id., sez. V, 5 settembre 2005, n. 4477; Id., sez. V, 30 gennaio 2002, n. 507]"

6. Più di recente, in specifica relazione ai consorzi di cui alla l. n. 422 del 1909, ancorchè nell'ambito di diversi contesti censori, questa Sezione del Consiglio di Stato con le decisioni 23 novembre 2018, n. 6632 e 28 agosto 2019, n. 5926, ha rilevato che:

- i detti consorzi partecipano alla procedura di gara utilizzando requisiti loro propri, e, nell'ambito di questi, facendo valere i mezzi nella disponibilità delle cooperative che costituiscono articolazioni organiche del soggetto collettivo, e cioè i suoi *interna corporis*;

- ciò significa che il rapporto organico che lega le cooperative consorziate, ivi compresa quella incaricata dell'esecuzione dei lavori, è tale che l'attività compiuta dalle consorziate è imputata unicamente al consorzio (in termini, Cons. Stato, Ad. plen., 20 maggio 2013, n. 14; V, 17 luglio 2017, n. 3505);

- concorrente è quindi solo il consorzio, mentre non assumono tale veste le sue consorziate, nemmeno quella designata per l'esecuzione della commessa, con la conseguenza che quest'ultima all'occorrenza può sempre essere estromessa o sostituita senza che ciò si rifletta sul rapporto esterno tra consorzio concorrente e stazione appaltante (C.G.A.R.S., 2 gennaio 2012, n. 12; Cons. Stato, VI, 29 aprile 2003, n. 2183);

- la circostanza che anche la consorziata indicata quale esecutrice debba dichiarare il possesso dei requisiti di partecipazione di ordine generale (oltre che speciale), non è idonea a giustificare una diversa conclusione, atteso che il detto possesso è richiesto al solo fine di evitare che soggetti non titolati possono eseguire la prestazione: sicchè la perdita dei requisiti in questione da parte della consorziata esecutrice comporta semplicemente l'onere di estrometterla o sostituirla con altra consorziata, ma non incide sul possesso dei requisiti di partecipazione del consorzio concorrente;

- a differenza di quanto accade con un raggruppamento temporaneo di imprese, i consorzi in parola sono l'unica controparte del rapporto di appalto, sia nella fase di gara che in quella di esecuzione del contratto e, in relazione alle singole consorziate, operano come detto sulla base di un rapporto organico; e proprio tale autonoma soggettività giustifica anche la possibilità di designare una nuova cooperativa come esecutrice, ove per motivi sopravvenuti la prima designata non fosse in condizione di svolgere la prestazione.

Si conferma pertanto che in relazione ai consorzi *ex lege* n. 422 del 1909 il possesso dei requisiti di partecipazione di ordine generale va rapportato alla consorziata indicata quale esecutrice.

7. Nel contesto così delineato, bene ha fatto il primo giudice a rilevare, in assenza di qualificanti modifiche nella disciplina recata dal Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50 del 2016 quanto alla partecipazione dei consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della l. n. 422 del 1909 alle procedure pubbliche di affidamento, e segnatamente quanto alla differente posizione che assumono le consorziate designate per l'esecuzione dell'appalto rispetto alle altre consorziate, che la verifica sul possesso dei requisiti di ordine generale va perimetrata in riferimento esclusivo a queste ultime.

8. Di contro, nessuna delle contrarie osservazioni dell'appellante principale risulta convincente.

8.1. Il Consorzio Infratech isola e riconnette alcuni arresti della citata giurisprudenza

amministrativa, ovvero che i consorzi di cui trattasi sono gli unici titolari del rapporto con la stazione appaltante e che tra gli stessi e le consorziate sussiste un rapporto organico, e afferma su tale base che gli inadempimenti posti in essere da queste ultime, non quali autonomi soggetti di diritto bensì nella qualità di consorziate indicate in altre procedure pubbliche, sono imputabili direttamente al Consorzio, che dovrebbe pertanto dichiararli ex art. 80 del d.lgs. n. 50/2016.

La tesi non può essere condivisa.

I consorzi in esame hanno soggettività giuridica distinta da quella dei soggetti giuridici che lo compongono (art. 4, l. n. 422 del 1909). Si tratta di un presupposto ben compreso dalla giurisprudenza (Cons. Stato, V, nn. 6632/2018 e 5926/2019, cit.).

Sicché il fatto che la stessa giurisprudenza abbia sottolineato la valenza di *interna corporis* (anzi, di una “*sorta di interna corporis*”, come specifica la decisione dell’Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato n. 14 del 2013) delle consorziate non involve, e non potrebbe del resto involve, stante la specifica disciplina dei consorzi in parola recata dalla l. n. 422 del 1909, nell’assorbimento della soggettività delle consorziate; questa resta pertanto intatta e produttiva di effetti giuridici e delle connesse responsabilità nei rapporti con i terzi, e non solo laddove esse agiscono in totale autonomia rispetto al consorzio: è infatti evidente che nel consentire la loro partecipazione alle gare il d.lgs. n. 50 del 2016, art. 45, comma 2, lett. b), non ha influito sulla configurazione strutturale di tali consorzi come risultante dalla l. n. 422 del 1909.

Indi, l’affermazione che tra i consorzi di cui trattasi e le consorziate sussiste un rapporto organico è una definizione utile esclusivamente a tipizzare il peculiare modello organizzativo che trapela dalle modalità con cui il Codice dei contratti ha regolato la loro partecipazione alla gara, che li vede, per un verso, beneficiare dei requisiti delle consorziate, per altro verso, concorrere in un ben preciso assetto, che è quello risultante dalla indicazione di cui all’art. 48, comma 7, del d.lgs. n. 50 del 2016, ferme le modifiche in fase esecutiva nei casi previsti dall’art. 7-bis: tant’è che l’Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato n. 13 del 2014 ha affermato che in funzione di tale rapporto organico “*l’attività compiuta dai soggetti consorziati è imputata organicamente al Consorzio concorrente, come unico ed autonomo centro di imputazione e di riferimento di interessi*”, specificando peraltro trattarsi di un rapporto che “*consente, in definitiva, al Consorzio concorrente ed aggiudicatario di avvalersi delle prestazioni di un’impresa cooperativa in esso associata e specificamente designata in sede di gara*” che “*può eseguire i lavori pur essendo priva [...] dei requisiti di qualificazione tecnica*”, e ciò “*si spiega con il favore del legislatore per l’incentivazione della mutualità, favorendo, grazie alla sommatoria dei requisiti posseduti della singole imprese, la partecipazione a procedure di gara di cooperative che, isolatamente considerate, non sono in possesso dei requisiti richiesti o, comunque, non appaiono munite di effettive chances competitive*”.

Anche sotto il profilo civilistico, “*ai sensi dell’art. 2602 cod. civ., la stipulazione del contratto di consorzio non comporta l’assorbimento delle imprese contraenti in un organismo unitario, deputato allo svolgimento di un’attività rispetto alla quale quella delle singole imprese si ponga in rapporto di mezzo a fine, ma solo la costituzione di una organizzazione comune per la*

disciplina e per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive attività, avente quindi essa stessa carattere strumentale rispetto a quella delle imprese consorziate. In tal senso depone non solo la conservazione dell'autonomia delle imprese, rispetto alle quali il consorzio si pone come un distinto centro d'imputazione di rapporti giuridici, dotato di un fondo consortile che rimane sottratto all'aggressione dei creditori particolari dei consorziati (art. 2614), ma anche la presenza di organi consortili distinti da quelli delle singole imprese (art. 2603, comma 1, n. 4) e la configurazione del rapporto intercorrente tra queste ultime ed il consorzio come mandato (art. 2609), il quale postula l'alterità delle rispettive sfere giuridiche, indipendentemente dall'immediatezza dell'imputazione degli effetti degli atti compiuti dal mandatario" (Cass. civ., I, 27 gennaio 2014, n.1636).

Va escluso, pertanto, che l'imputabilità ai consorzi *ex lege* n. 422 del 1909 dell'attività delle consorziate indicate in sede di gara e la valenza di "*sorta di interna corporis*" di queste ultime possano essere intese come aspetti del rapporto di immedesimazione organica evocato dalla tesi dell'appellante principale.

8.2. Per le stesse ragioni di cui sopra è irrilevante nella questione qui in esame che l'art. 47 del d.lgs. n. 50 del 2016 preveda la responsabilità solidale del consorzio con la consorziata designata nei confronti della stazione appaltante per gli eventuali inadempimenti posti in essere da quest'ultima.

Basti rilevare, anche al di là delle compiute difese sul punto sviluppate dall'Autorità portuale, che evidenzia il diverso piano su cui si pongono la responsabilità solidale nei confronti della committenza pubblica di cui trattasi, connessa alla natura del consorzio di cooperative e correlata alla garanzia della corretta esecuzione delle obbligazioni contrattuali, e la responsabilità per gli illeciti professionali commessi dalle consorziate in corso di esecuzione, di natura personale, che la predetta responsabilità solidale non cancella l'alterità giuridica del consorzio di cooperative, che resta, pur nel suo ruolo di supporto tecnico, economico e finanziario della consorziata designata per l'esecuzione dei lavori, nel cui interesse ha agito, un "*soggetto giuridico a sé stante, distinto, dal punto di vista organizzativo e giuridico, dalle cooperative consorziate che ne fanno parte*" (Cons. Stato, V, 23 novembre 2018, n. 6634).

La responsabilità solidale quindi altro non è che un riflesso del modo con cui il consorzio di cooperative partecipa alla gara, e conferma, piuttosto che contrastare, la conclusione che i centri di imputazione degli effetti giuridici della partecipazione seguita dall'aggiudicazione sono quelli implicati dal fatto che l'esecuzione dell'appalto avviene a opera di altro soggetto da questi espressamente indicato in sede di partecipazione e anche nel suo interesse, e che è dotato di una autonoma soggettività che è valorizzata, e non assorbita, dalla designazione: si tratta, quindi, di "*una più incisiva tutela delle situazioni soggettive dell'Amministrazione*" (Cass. civ., I, n. 1636/2014, cit.).

8.3. L'appellante sostiene ancora che poiché il consorzio di cooperative nel partecipare alla gara beneficia anche dei requisiti delle consorziate non designate che hanno commesso errori professionali nell'ambito del rapporto organico instauratosi con la designazione, tali errori dovrebbero costituire oggetto di dichiarazione *ex art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016*, anche tenuto conto del fatto che la norma non contiene alcuna distinzione al riguardo.

La tesi va respinta.

Senza discostarsi dal piano astratto sui cui si pone la censura, può rilevarsi che essa costituisce riproposizione, sotto altra veste, della impostazione generale dell'appello principale, che, adombrando che la perimetrazione dell'obbligo dichiarativo alle consorziate designate determini una indebita sottrazione dei consorzi *ex lege* n. 422 del 1909 agli obblighi dichiarativi, non tiene conto del fatto che la perimetrazione risponde pienamente all'esigenza della stazione appaltante, che è quella di effettuare il controllo di affidabilità sul soggetto cui è effettivamente commessa l'esecuzione dei lavori. Il rilievo si converte pertanto, come bene osservato dal primo giudice, nella prefigurazione di un obbligo dichiarativo dilatato cui non corrisponde alcuna concreta utilità per il soggetto controllante, oltre che in una elisione dello scopo mutualistico tipico dei consorzi, che tende alla messa in comune dei mezzi e non delle carenze dei suoi componenti.

9. Alla luce delle conclusioni raggiunte al capo che precede, non è necessario accertare se le vicende segnalate dal Consorzio Infratech a carico del Consorzio Integra (le due applicazioni di penali per ritardo nell'esecuzione di lavori pubblici da parte del Comune di Ercolano e dell'Università del Piemonte Orientale, non dichiarate, nonché la risoluzione contrattuale per inadempimento disposta dalla Città Metropolitana di Firenze dichiarata e ritenuta irrilevante dalla stazione appaltante), siano o meno sussumibili nei "gravi illeciti professionali" che determinano l'esclusione dalla gara, perché non dichiarati o comunque per la loro significatività nella valutazione dell'integrità e dell'affidabilità del concorrente.

Dette vicende hanno infatti riguardato imprese consorziate non designate ai fini dell'esecuzione dell'appalto di cui trattasi, circostanza già accertata dal primo giudice e ulteriormente comprovata in questa sede dal Consorzio Integra, a fronte dei dubbi sul punto avanzati dal Consorzio Infratech.

10. Per tutto quanto precede, l'appello principale deve essere respinto.

L'appello incidentale condizionato va per l'effetto dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, restando assorbite tutte le questioni preliminari al riguardo spiegate dalle parti resistenti.

La complessità e la peculiarità delle questioni trattate conducono alla compensazione integrale tra le parti delle spese di giudizio del grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello di cui in epigrafe, respinge l'appello principale e dichiara improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse l'appello incidentale.

Compensa tra le parti le spese di giudizio del grado.

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

