

Permanenza dei requisiti generali e speciali posseduti dai candidati ai fini dell'aggiudicazione: quesito all'Adunanza Plenaria

di Licia Grassucci

Data di pubblicazione: 7-1-2021

Ai sensi dell'art. 99, comma 1, c.p.a., si chiede all'Adunanza Plenaria:

1. se, nell'ipotesi di partecipazione ad una gara d'appalto di un consorzio stabile, che ripeta la propria qualificazione, necessaria ai sensi del bando, da una consorziata non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori, quest'ultima vada considerata come soggetto terzo rispetto al consorzio, equiparabile all'impresa ausiliaria nell'avvalimento, sicché la perdita da parte della stessa del requisito durante la gara imponga alla stazione appaltante di ordinarne la sostituzione, in applicazione dell'art. 89, comma 3, d.lgs. n. 50/2016 e/o dell'art. 63, direttiva 24/2014/UE, derogandosi, pertanto, al principio dell'obbligo del possesso continuativo dei requisiti nel corso della gara e fino all'affidamento dei lavori;

2. in caso di risposta negativa al quesito sub "1", se comunque, qualora la consorziata - non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori - derivi la qualificazione da un rapporto di avvalimento con altra impresa, trovino applicazione le disposizioni normative sopra citate e la conseguente deroga al richiamato principio dell'obbligo del possesso continuativo dei requisiti

A seguito di un giudizio riguardante la perdita della qualificazione posseduta da un consorzio stabile in base al principio del cd. cumulo alla rinfusa, il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana solleva plurime questioni.

In particolare, rappresenta che:

a) se il principio della continuità del possesso dei requisiti, elaborato da plurime decisioni dell'Adunanza Plenaria, continui ad operare come regola generale, salvo limitate deroghe imposte dal diritto europeo, quale quella recepita dall'art. 89, comma 3, d.lgs. n. 50/2016, in ordine alla sostituzione dell'ausiliaria priva dei requisiti, da ritenere eccezionale e di stretta interpretazione, non estensibile al di fuori del rigoroso presupposto dell'avvalimento;

b) alla soluzione *sub a)* si potrebbe tuttavia muovere l'obiezione che determina una irragionevole disparità di trattamento tra casi analoghi, e che la regola recepita dal citato art. 89, comma 3, sia espressione di un principio generale da applicarsi in ogni caso di utilizzo di capacità altrui, quale che ne sia la forma giuridica, e quindi anche nel caso di consorzio o ATI. Conseguentemente, l'art. 89, comma 3, andrebbe applicato in via estensiva;

c) nella prospettiva *sub b)*, si potrebbe allora ritenere che l'avvalimento di derivazione

eurounitaria imponga una rimodulazione del principio di continuità del possesso dei requisiti, nel senso che i requisiti devono essere posseduti, senza possibilità di sostituzioni “in corsa”, alla data di scadenza del bando, mentre per perdite di requisiti successive a tale data, dovrebbe sempre consentirsi l’applicazione dell’art. 89, comma 3, a tutti i casi di concorrenti individuali o associati;

d) si potrebbe al contrario dubitare della compatibilità delle regole eurounitarie sull’avvalimento con i principi nazionali di tutela effettiva della concorrenza secondo regole di trasparenza e *par condicio*, affidabilità dei partecipanti alle gare, oltre che di buona andamento dell’Amministrazione, a cui s’ispira il principio della continuità del possesso dei requisiti, e, in tale prospettiva, si potrebbe anche dubitare della compatibilità dell’istituto dell’avvalimento con il principio di concorrenza declinato dai Trattati europei, dovendosi perciò sollevare sotto tale profilo una questione pregiudiziale innanzi alla C. giust. UE.

LEGGI L'ORDINANZA

Pubblicato il 29/12/2020

N. 01211/2020 REG.PROV.COLL.

N. 00753/2020 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA

Sezione giurisdizionale

ha pronunciato la presente

ORDINANZA DI RIMESSIONE ALL'ADUNANZA PLENARIA

sul ricorso numero di registro generale 753 del 2020, proposto da

Consorzio Stabile Sinergica, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giovanni Vittorio Nardelli e Francesco Paolo Tronca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero dell'economia e delle finanze, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Palermo, domiciliataria ex lege in Palermo, via Valerio Villareale, n. 6;

Eurovega Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimiliano Mangano e Francesco Stallone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Francesco Stallone in Palermo, via Nunzio Morello, n. 40;

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

Presidenza del Consiglio dei Ministri e Commissario straordinario unico acque reflue d.P.C.M. 26/04/2017 prof. Enrico Rolle, non costituiti in giudizio;

nei confronti

Eurovega s.r.l., Celi Energia s.r.l. e Cedit s.r.l., non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del TAR della Sicilia - Sezione Prima - n. 640/2020, depositata il 17.3.2020, resa tra le parti sul ricorso n. 654/2019 R.G. concernente l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione nei confronti del Consorzio ricorrente dell'appalto per l'affidamento di lavori in materia di collettamento, fognatura e depurazione acque;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'economia e delle finanze, di Eurovega Costruzioni s.r.l. e di Invitalia s.p.a.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 dicembre 2020, tenutasi da remoto ai sensi dell'art. 4, d.l. n. 84/2020 e dell'art. 25, d.l. n. 137/2020, il Cons. Maria Stella Boscarino e uditi per le parti gli avvocati Alfonso Celotto su delega dell'avv. Giovanni Vittorio Nardelli, Francesco Paolo Tronca, Francesco Stallone e Paola Librizzi su delega dell'avv. Nunzio Pinelli;

I. Con l'appello in epigrafe il Consorzio Stabile Sinergica espone di avere partecipato alla procedura aperta indetta, ai sensi dell'art. 60, d.lgs. n. 50/2016, dall'Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa - Invitalia s.p.a., quale Centrale di committenza per il Commissario straordinario unico acque reflue ex d.P.C.M. 26 aprile 2017, con bando pubblicato il 17 maggio 2018, per l'aggiudicazione, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dell'appalto dei "lavori di realizzazione del collettamento del sistema fognario delle acque nere al servizio della zona Tonnarella, Trasmazzaro e collegamento alla rete esistente di Lungomare Mazzini – Comune di Mazara Del Vallo (TP)", per un importo complessivo € 16.845.000,00.

Il bando prevedeva la classificazione dei lavori come di seguito indicato:

1) acquedotti, gasdotti, oleodotti, opere d'irrigazione ed evacuazione: categoria OG6 VIII; importo totale: € 16.505.479,14; incidenza percentuale sul totale: 97,98%; qualificazione obbligatoria;

2) interventi a basso impatto ambientale: categoria OS35 II; importo totale: € 339.520,86; incidenza percentuale sul totale: 2,02%; qualificazione obbligatoria.

Il Consorzio rappresenta che, a conclusione dell'articolato iter di gara, con provvedimento prot. n. 7171 del 21 gennaio 2019, era risultato aggiudicatario, ma l'aggiudicazione era stata annullata in autotutela, con provvedimento prot. n. 16448 dell'11 febbraio 2019 (allegati 003/1 e 004/2 al ricorso in appello), in quanto dagli accertamenti finalizzati alla verifica dei requisiti era risultato che, a partire dall'11 ottobre 2019 (e sino al 6 febbraio 2019), il Consorzio aveva perso l'attestazione di qualificazione SOA, relativamente alla categoria OS35, per effetto del venir meno della partecipazione al consorzio della Tiemme Energia s.r.l. (allegato 024/22 al ricorso in appello), consorziata non designata per l'esecuzione dei lavori (come da dichiarazione resa in gara, All. 004/3 al ricorso in primo grado).

II. Il Consorzio impugnava l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione con ricorso avanti al T.A.R. Sicilia, con il quale lamentava l'illegittimità dell'atto impugnato per:

- 1) omessa comunicazione dell'avvio del procedimento (motivo non riproposto in appello);
- 2) violazione degli artt. 83, co. 2, 84 e 216, co, 14, d.lgs. n. 50/2016 e 7 del disciplinare di gara: venuta meno dalla compagine consortile la Tiemme Energia s.r.l., il Consorzio era rimasto privo della qualificazione necessaria per la categoria OS35 che era stata assicurata da Tiemme mediante avvalimento di Cargo. Ma con l'ammissione provvisoria al Consorzio, in data 10 settembre 2018, a cui aveva fatto seguito, in data 18 gennaio 2019, quella definitiva, della Cargo s.r.l., qualificata nella categoria OS35, la qualificazione era stata riacquistata;
- 3) violazione degli artt. 83, co. 2, 84 e 216, co, 14, d.lgs. n. 50/2016 e 7 del disciplinare di gara, eccesso di potere: non sarebbe più vigente l'obbligo del mantenimento del possesso dei requisiti dalla data di presentazione dell'offerta e sino all'esecuzione dei lavori, cosicché l'Amm.ne avrebbe dovuto tener conto del fatto che il Consorzio, qualificato nella categoria OS35 alla data della presentazione dell'offerta, dopo la perdita della qualificazione, l'aveva comunque riacquistata;
- 4) la stazione appaltante avrebbe dovuto imporre la sostituzione della consorziata, che aveva perduto la qualificazione in questione, ai sensi dell'art. 89, d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 63, direttiva 2014/24/UE, i quali sarebbero applicabili a tutti i casi di affidamento di un'impresa sui requisiti di un altro soggetto, e non solo all'ipotesi dell'avvalimento;
- 5) violazione e falsa applicazione dell'art. 12, d.l. n. 47/2014: il Consorzio avrebbe potuto eseguire direttamente tutti i lavori oggetto di appalto, in quanto in possesso della SOA VIII illimitata per la categoria prevalente con conseguente assorbimento della categoria scorporabile OS35 (motivo non riproposto in appello);
- 6) violazione e falsa applicazione dell'art. 83, co. 9, d.lgs. n. 50/2016: l'Amministrazione avrebbe dovuto attivare il soccorso istruttorio (motivo non riproposto in appello).

III. Con sentenza n. 640/2020 del 17.3.2020 il T.A.R. Sicilia ha respinto il ricorso.

In particolare, quanto al terzo motivo, il giudice di prime cure si richiama al principio di continuità nel possesso dei requisiti di ammissione sancito nella decisione dell'Adunanza plenaria n. 8 del 2015.

Sul secondo motivo, la sentenza premette che il Consorzio ricorrente, al momento della presentazione dell'istanza di partecipazione, possedeva la qualificazione nella categoria OS35, classifica III, in base al principio del cumulo alla rinfusa, tramite la propria consorziata Tiemme energia s.r.l., la quale, a sua volta, la derivava da un rapporto di avvalimento con la Cargo s.r.l., ma che, in data 31 agosto 2018, veniva meno il rapporto tra la Tiemme e la Cargo, cosicché, con provvedimento del 14 settembre 2018, l'organismo di attestazione CQOP SOA dichiarava decaduta la prima (e a cascata il Consorzio) dall'attestazione di qualificazione relativa alla categoria OS35; precisato che, in data 10 settembre 2018, l'assemblea dei soci del Consorzio, dichiarata decaduta la Tiemme, contestualmente ammetteva "provvisoriamente" la Cargo, inserita in via definitiva nella compagine consortile solo il 18 gennaio 2019, ha ritenuto infondata la censura in applicazione del principio della valenza

costitutiva della certificazione rilasciata dalla SOA.

Il quarto motivo è stato poi ritenuto infondato escludendosi che l'impresa consorziata possa essere considerata soggetto terzo rispetto al consorzio, che risponde, pertanto, della sua condotta, senza che possa porsi un problema di affidamento incolpevole.

IV. Il ricorso in appello è affidato a tre censure.

Con il primo motivo si assume l'erroneità della statuizione in ordine al secondo motivo di ricorso, poiché nell'attuale sistema legislativo non esisterebbe più l'obbligo del mantenimento del possesso dei requisiti dalla data di presentazione dell'offerta sino all'esecuzione dei lavori.

Con il secondo motivo di appello si lamenta l'erroneità della statuizione in primo grado, in quanto, alla luce del principio del c.d. cumulo alla rinfusa applicabile in sede di qualificazione in gara, l'ammissione provvisoria al Consorzio in data 10 settembre 2018 della Cargo s.r.l. (qualificata per la OS35) avrebbe consentito al Consorzio di utilizzarne i requisiti ai fini della partecipazione alla gara.

Con il terzo motivo di appello si sostiene che il T.A.R. Sicilia avrebbe errato nel ritenere non applicabile ai consorzi stabili la possibilità di sostituire la consorziata non esecutrice "portatrice" della qualificazione che nelle more abbia perso il proprio requisito, in quanto da non considerare soggetto terzo rispetto al consorzio; infatti, l'art. 63, direttiva 2014/24/UE e l'art. 89, d.lgs. n. 50/2016 consentono la sostituzione del soggetto terzo che abbia perso i pertinenti requisiti di selezione e su cui si sia fatto affidamento e tale normativa va applicata al rapporto "consorzio stabile/consorziata non esecutrice" a motivo della alterità tra tali soggetti, con conseguente obbligo dell'amministrazione di ordinare la sostituzione della consorziata.

V. Eurovega Costruzioni, costituitasi in giudizio, con memoria eccepisce che:

a) del Consorzio faceva originariamente parte la Tiemme Energia s.r.l. (dalla quale il Consorzio ripeteva il requisito OS35);

b) quest'ultima società, a sua volta, ripeteva il requisito in esecuzione di un contratto di avvalimento ex art. 88, co. 2, d.P.R. n. 207/2010;

c) la Cargo S.r.l. ad agosto 2018 cedeva le proprie quote di partecipazione nella Tiemme s.r.l.;

d) in ragione di ciò la SOA CQOP, a settembre 2018, accertava la perdita del requisito da parte del Consorzio per fatto della consorziata;

e) tali vicende sarebbero "interne" al Consorzio, il quale non ha partecipato alla gara fruendo dei requisiti di un terzo mediante l'istituto dell'avvalimento (che avrebbe consentito di invocare l'art. 89, co. 3, d.lgs. n. 50/2016), ma con requisiti propri.

Secondo l'appellata, quindi, nel caso in esame, il Consorzio non avrebbe perduto il requisito di

qualificazione “per fatto di un soggetto terzo di cui si è avvalso” per l’esecuzione dell’appalto ai sensi dell’art. 89 del Codice Appalti, ma perché una sua consorziata (Tiemme Energia), nemmeno indicata per l’esecuzione dell’appalto (per cui era stata indicata Apulia S.r.l.), per fatti interni, relativi ai suoi rapporti con un’altra impresa (Cargo S.r.l.), ai sensi dell’art. 88, co. 3, d.P.R. n. 207/2010, è decaduta dalla validità della sua attestazione (nella parte in cui la stessa certificava la qualificazione nella categoria OS35 in capo al Consorzio di cui la medesima Tiemme Energia faceva parte).

In altri termini, il Consorzio avrebbe perduto il requisito non per il fatto di un ausiliario su cui aveva poggato il proprio affidamento ex art. 89 (e/o art. 47, co. 2), d.lgs. n. 50/2016, ma per fatto proprio, ovvero per fatto addebitabile ad un suo consorziato.

L’appellata argomenta che l’art. 89 co. 3, d.lgs. n. 50/2016, in applicazione della direttiva 24/2014/UE, ha stabilito che un concorrente, ove, al fine di dimostrare il possesso dei requisiti di qualificazione in gara, concluda un contratto di avvalimento (ex art. 89 d.lgs. n. 50/2016 e ex art. 88 co. 1 d.P.R. n. 207/2010), non può subire un danno dall’affidamento riposto nell’impresa ausiliaria la quale, per causa non imputabile al concorrente, abbia perduto i requisiti che aveva prestato.

Ma, conclude l’appellata, si tratta di questione all’evidenza diversa dalla fattispecie in esame, nella quale il Consorzio Stabile, per fatto ad esso imputabile, ha perduto il requisito di qualificazione nella Categoria OS35.

Sia Invitalia che il Ministero si sono costituiti in giudizio, e, con memorie, resistono all’appello.

VI. Con ordinanza n. 705/2020 del 18.9.2020, ritenuta la preminenza dell’interesse pubblico relativo alla prosecuzione dei lavori in questione, iniziati da diversi mesi ed eseguiti nell’ambito di un intervento strategico disposto per superare una procedura di infrazione euro unitaria, la domanda cautelare è stata accolta ai soli fini della fissazione dell’udienza per la discussione dell’appello nel merito.

All’udienza del 16 dicembre 2020, in esito alla discussione orale (da remoto), la causa è stata trattenuta in decisione.

VII. Come esposto in premesse, il Consorzio appellante, al momento della presentazione dell’istanza di partecipazione, possedeva la qualificazione nella categoria OS35, classifica III, in base al principio del cumulo alla rinfusa, tramite la propria consorziata Tiemme energia s.r.l. (non designata per l’esecuzione dei lavori), la quale, a sua volta, la derivava da un rapporto di avvalimento con la Cargo s.r.l. (oltre agli allegati citati sopra, si veda anche All. 031/29 al ricorso in appello).

Successivamente, veniva meno il rapporto tra la Tiemme e la Cargo (per scelta di quest’ultima), cosicché, con provvedimento del 14 settembre 2018, l’organismo di attestazione CQOP SOA dichiarava decaduta la prima (e quindi il Consorzio) dall’attestazione di qualificazione relativa alla categoria OS35.

Frattanto, l'assemblea dei soci del Consorzio dichiarava la Tiemme decaduta per perdita dei requisiti e contestualmente ammetteva "provvisoriamente" la Cargo, che veniva inserita in via definitiva nella compagine consortile il 18 gennaio 2019.

Solo in seguito ad espressa richiesta successivamente (il 6 febbraio 2019) inoltrata alla CQOP SOA, quest'ultima aggiornava le attestazioni di qualificazioni del Consorzio con l'aggiunta della categoria in questione.

Il giudice di prime cure ha ritenuto che nessun rilievo possa attribuirsi all'ammissione provvisoria ai fini dell'attribuzione della qualificazione nella categoria OS35, in applicazione del principio della valenza costitutiva della certificazione rilasciata dagli organismi preposti, e considerato che lo stesso Consorzio ha chiesto l'aggiornamento della qualificazione solo dopo l'ammissione definitiva.

Il Collegio al riguardo osserva che tale orientamento trova recente conferma nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, che, con decisione della sez. V, 13 agosto 2020, n. 5030, ha ribadito come la certificazione rilasciata da un organismo d'attestazione SOA abbia valore costitutivo della assegnazione della categoria.

Tanto condurrebbe alla reiezione del relativo motivo di appello, con la conseguente necessità di esaminare gli ulteriori motivi di ricorso riproposti in appello.

VIII. Viene, quindi, in rilievo l'indirizzo interpretativo di cui alla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 8 del 20 luglio 2015, nella quale è stato affermato che nelle gare di appalto 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.

Alla stregua di tale principio, il Consorzio, essendo rimasto privo di tale qualificazione nel corso della gara, non avrebbe potuto rendersene aggiudicatario.

Con il quarto motivo del ricorso introduttivo, però, il Consorzio aveva dedotto che la stazione appaltante avrebbe dovuto imporre la sostituzione della consorziata, che aveva perduto la qualificazione in questione, ai sensi dell'art. 89, d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 63, direttiva 2014/24/UE, applicabili non solo nell'ipotesi dell'avvalimento ma a tutti i casi in cui un'impresa abbia fatto affidamento sui requisiti di un altro soggetto.

Al riguardo, il T.A.R. adito in primo grado premette di condividere l'orientamento giurisprudenziale, formatosi sulla disciplina in materia di avvalimento, secondo cui la sostituzione dell'impresa ausiliaria durante la gara, ora consentita o, meglio, imposta dall'art. 89, co. 3, d.lgs. n. 50/2016, è istituto derogatorio rispetto al principio generale dell'immodificabilità soggettiva del concorrente nel corso della procedura e risponde all'esigenza di evitare l'esclusione dell'operatore per ragioni a lui non direttamente riconducibili e così, seppur di riflesso, di stimolare il ricorso all'avvalimento; il concorrente,

infatti, può far conto sul fatto che, nel caso in cui l'ausiliaria non presenti i requisiti richiesti, potrà procedere alla sua sostituzione e non sarà, per ciò solo, escluso (Cons. St., V, 21 febbraio 2018, n. 1101 e giurisprudenza ivi richiamata).

Il giudice di prime cure ritiene, però, che il principio di diritto in questione rinvenga il suo fondamento logico e la sua spiegazione nell'esigenza di non far gravare sul soggetto incolpevole la responsabilità di condotte addebitabili a terzi.

Totalmente diversa sarebbe la situazione nel caso dei consorzi stabili, che non hanno alla loro base un'intesa temporanea finalizzata all'aggiudicazione della singola commessa (come si verifica nel caso dell'avvalimento), ma un'aggregazione stabile tra più soggetti che danno vita a un'impresa autonoma.

In tali fattispecie l'impresa consorziata non è terza rispetto al consorzio, che risponde, pertanto, della sua condotta, senza che possa porsi un problema di affidamento incolpevole.

Non può, pertanto, a seguito della perdita della qualificazione per fatto della consorziata, invocare l'applicazione del principio della sostituibilità dell'ausiliaria operante nel diverso caso dell'avvalimento.

IX. Il presente ricorso viene deferito all'esame dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, sia ai sensi dell'art. 99, co. 1, c.p.a., stante il possibile insorgere di contrasto giurisprudenziale sulle questioni che verranno infra riportate sub XI, sia ai sensi dell'art. 99, co. 3, c.p.a., in considerazione del fatto che il principio posto dall'Adunanza Plenaria n. 8 del 20 luglio 2015 (obbligo del possesso continuativo dei requisiti) potrebbe condurre –in un caso quale quello in esame, in cui il consorzio stabile possedeva la qualificazione prescritta, in base al principio del cumulo alla rinfusa, tramite una propria consorziata (non designata per l'esecuzione dei lavori), la quale, a sua volta, la derivava da un rapporto di avvalimento, venuto meno per fatto dell'impresa avvalsa- alla violazione dei principi posti dall'art. 63, direttiva 2014/24/UE.

IX.1. Quanto al primo profilo.

Preliminarmente, occorre sgomberare il campo dalla questione, dibattuta tra l'appellante e le altre parti, circa l'applicabilità o meno dell'art. 48, d d.lgs. n. 50/2016.

L'appellante, infatti, argomenta da tale disposizione per pervenire alla conclusione dell'avvenuto superamento (normativo) del principio di immodificabilità soggettiva; il Ministero eccepisce che i co. 17 e ss. dell'art. 48 riguarderebbero fattispecie particolari e comunque si applicherebbero solo ai raggruppamenti di imprese.

In realtà, l'art. 48 d.lgs. n. 50/2016 consente (co. 7-bis, inserito dall'art. 32, co. 1, lett. c), d.lgs. 19 aprile 2017 n. 56), per le ragioni indicate ai successivi co. 17, 18 e 19 o per fatti o atti sopravvenuti, ai soggetti di cui all'art. 45, co. 2, lett. b) e c), 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 in tale sede la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata.

Le fattispecie individuate ai co. 17-19 sono effettivamente specifiche (quali procedure concorsuali, morte, interdizione, inabilitazione o fallimento dell'imprenditore individuale ed altre).

Le stesse trovano applicazione ai consorzi stabili (individuati all'art. 45, co. 2, lett. c), richiamato tanto nel co. 7-bis quanto nel co. 19-bis).

Inoltre, per effetto del co. 19-ter, le previsioni di cui ai co. 17, 18 e 19 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verificano in fase di gara.

Quindi l'art. 48, co. 7 bis, d.lgs. n. 50/2016 consente (anche) ai consorzi stabili, tra cui rientra il consorzio ricorrente, di designare "ai fini dell'esecuzione dei lavori o dei servizi" un'impresa consorziata diversa da quella indicata in sede di gara, al ricorrere delle situazioni di cui ai co. 17-19, e a condizione che la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere in tale sede la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata.

Tale norma, dunque, contrariamente alla prospettazione dell'Amministrazione, si applica ai consorzi stabili, ma nella fattispecie in esame non viene in rilievo, in quanto riguarda l'impresa consorziata designata per i lavori, mentre Tiemme s.r.l. (la consorziata che ha perduto la qualificazione) non era l'impresa designata per l'esecuzione delle opere.

Quindi, il co. 7 bis dell'art. 48 d.lgs. n. 50/2016, invocato dall'appellante, non può trovare applicazione al suo caso, in quanto riferito all'ipotesi della modifica soggettiva del novero delle consorziate indicate in sede di gara come esecutrici, senza tralasciare il fatto che, comunque, la modifica soggettiva non dev'essere finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata.

XI.2. Come esposto in premesse, la peculiarità della fattispecie risiede nel fatto che il requisito di qualificazione necessario per la partecipazione alla gara era in possesso del consorzio stabile appellante grazie ad una consorziata (Tiemme s.r.l.), non designata per l'esecuzione dei lavori, e che a sua volta lo ripeteva da altra impresa, in virtù dell'istituto dell'avvalimento; con la conseguenza che, nella prospettazione della ricorrente, la fattispecie rientrerebbe nell'ambito di applicazione dell'art. 63, direttiva 2014/24/UE.

Al riguardo, dovrebbe ritenersi che la consorziata non designata per l'esecuzione dei lavori vada considerata soggetto terzo rispetto al consorzio. Peraltro, anche a ritenere diversamente, tale andrebbe considerata la Cargo s.r.l. (ausiliaria di Tiemme); e poiché la perdita del requisito è avvenuta perché un soggetto terzo (Cargo s.r.l., ausiliaria della consorziata Tiemme s.r.l.) ha volutamente operato il recesso dal rapporto, si ricadrebbe nell'ambito di applicazione della direttiva, la quale, all'art 63 (rubricato " Affidamento sulle capacità di altri soggetti"), dopo aver stabilito (relativamente ai criteri relativi alla capacità economica e finanziaria ed ai criteri relativi alle capacità tecniche e professionali) che "un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi", precisa che "l'amministrazione aggiudicatrice verifica,, se i soggetti sulla cui capacità l'operatore economico intende fare affidamento soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione

L'amministrazione aggiudicatrice impone che l'operatore economico sostituisca un soggetto che non soddisfa un pertinente criterio di selezione o per il quale sussistono motivi obbligatori di esclusione. L'amministrazione aggiudicatrice può imporre o essere obbligata dallo Stato membro a imporre che l'operatore economico sostituisca un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione”.

In sostanza, ricordato che ai consorzi stabili è data la facoltà di dimostrare il possesso dei requisiti di qualificazione richiesti dalla lex specialis di procedura con attribuzioni proprie e dirette del consorzio o tramite il cumulo, c.d. alla rinfusa, dei requisiti delle singole imprese designate per l'esecuzione delle prestazioni, la tesi dell'appellante è che il rapporto consorzio-consorziata non esecutrice dei lavori sia analogo all'avvalimento, per cui ritiene che la stazione appaltante avrebbe dovuto applicare l'art. 89 co. 3 d.lgs. n. 50/2016, il quale stabilisce che “La stazione appaltante verifica, conformemente agli articoli 85, 86 e 88, se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80. Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione. Nel bando di gara possono essere altresì indicati i casi in cui l'operatore economico deve sostituire un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione, purché si tratti di requisiti tecnici”.

Ovvero, dovrebbe trovare applicazione diretta l'art. 63 della direttiva sopra citato.

Ora, nella ricostruzione giurisprudenziale il consorzio stabile 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.

Questo concetto di estraneità sul quale fa leva l'appellante conduce la giurisprudenza ad affermare che, nel momento in cui un consorzio stabile partecipa ad una gara per conto di alcune sue consorziate, le altre consorziate — evidentemente estranee a tale partecipazione — possono partecipare autonomamente alla medesima gara.

Quindi, il modulo consortile comporta una qualificabilità intesa come risultante delle qualificazioni conseguite da ciascuna delle imprese consorziate, delle quali, quelle non designate per l'esecuzione dei lavori andrebbero considerate ausiliarie; da qui l'applicabilità dell'art. 89 co. 3 d.lgs. n. 50/2016 o comunque della direttiva, che in maniera abbastanza generica si riferisce a soggetti terzi quale che sia la natura giuridica del rapporto che li lega al concorrente.

La tesi dell'appellante parrebbe essere supportata da recente giurisprudenza (Cons. St., sez.

VI, 13 ottobre 2020, n. 6165), secondo la quale “L'esistenza di una comune struttura di impresa per l'esecuzione delle prestazioni contrattuali, oggetto di affidamento, rappresenta un requisito necessario per la configurabilità di un consorzio stabile ai sensi dell'art. 45, co. 2, lett. c), d.lgs. n. 50/2016.

Tale struttura garantisce un'alterità rispetto alle singole imprese e integra un elemento teleologico, riconducibile all'astratta idoneità del consorzio ad eseguire il contratto di appalto, fungendo anche nelle fasi precedenti all'esecuzione da tramite tra la p.a. e le consorziate, che abbiano scelto e previsto nel proprio statuto di operare congiuntamente nel settore dei contratti pubblici, per un determinato arco temporale. Coerentemente alla ratio dell'istituto in esame, che è quella di favorire la partecipazione di piccole e medie imprese alle procedure di gare, ciò non esclude che il consorzio, dotato di una propria “azienda” intesa come complesso di beni organizzati, possa nell'esecuzione delle prestazioni avvalersi delle consorziate, sia pure nei limiti previsti, senza che per ciò solo venga meno la sua alterità”.

XI.3. Ove non si ritenesse fondata tale prospettazione, dovrebbe comunque tenersi conto della peculiarità della fattispecie, nella quale, non solo si discute di una delle consorziate non esecutrici, della quale può dunque argomentarsi di terzietà rispetto al consorzio; ma anche a ritenere diversamente, comunque andrebbe valorizzata la circostanza che la consorziata ha perduto il requisito di qualificazione (facendolo perdere al consorzio) per “fatto/colpa” di un'impresa terza dalla quale la consorziata attingeva il requisito di qualificazione in virtù dell'avvalimento, sicché non potrebbe dubitarsi dell'estraneità (rispetto alla consorziata e a maggior ragione al consorzio) del soggetto che, per propria scelta, ha causato la perdita del requisito.

XII. Nell'ipotesi in cui si ritenga fondata in parte qua la critica dell'appellante alla sentenza appellata, ne discenderebbe la necessità di rivedere il noto orientamento circa l'obbligo del possesso continuativo dei requisiti, la cui applicazione potrebbe condurre –in un caso quale quello in esame, in cui il consorzio stabile ha perduto la qualificazione posseduta tramite una propria consorziata (non designata per l'esecuzione dei lavori), la quale, a sua volta, la derivava da un rapporto di avvalimento, venuto meno per fatto dell'impresa avvalsa- alla violazione dei principi posti dall'art. 63, direttiva 2014/24/UE.

XIII. In definitiva, le soluzioni prospettabili sono molteplici:

a) si potrebbe ritenere che il principio della continuità del possesso dei requisiti, elaborato da plurime decisioni dell'Adunanza Plenaria, continui ad operare come regola generale, salvo limitate deroghe imposte dal diritto europeo, quale quella recepita dall'art. 89, comma 3, d.lgs. n. 50/2016, in ordine alla sostituzione dell'ausiliaria priva dei requisiti, da ritenere eccezionale e di stretta interpretazione, non estensibile al di fuori del rigoroso presupposto dell'avvalimento; sicché il caso di specie andrebbe deciso applicando i principi espressi dalle Plenarie e non estendendovi, invece, l'art. 89 comma 3 citato;

b) alla soluzione sub a) si potrebbe tuttavia muovere l'obiezione che determina una irragionevole disparità di trattamento tra casi analoghi, e che la regola recepita dall'art. 89 comma 3 sia espressione di un principio generale da applicarsi in ogni caso di utilizzo di

capacità altrui, quale che ne sia la forma giuridica, e quindi anche nel caso di consorzio o ati; sicché il caso di specie andrebbe deciso applicandovi in via estensiva l'art. 89, comma 3, citato;

c) nella prospettiva sub b), si potrebbe allora ritenere che l'avvalimento di derivazione eurounitaria imponga una rimodulazione del principio di continuità del possesso dei requisiti, nel senso che i requisiti devono essere posseduti, senza possibilità di sostituzioni "in corsa", alla data di scadenza del bando, mentre per perdite di requisiti successive a tale data, dovrebbe sempre consentirsi l'applicazione dell'art. 89 comma 3, a tutti i casi di concorrenti individuali o associati;

d) si potrebbe al contrario dubitare della compatibilità delle regole eurounitarie sull'avvalimento con i principi nazionali di tutela effettiva della concorrenza secondo regole di trasparenza e par condicio, affidabilità dei partecipanti alle gare, oltre che di buona andamento dell'Amministrazione, a cui si ispira il principio della continuità del possesso dei requisiti, e, in tale prospettiva, si potrebbe anche dubitare della compatibilità dell'istituto dell'avvalimento con il principio di concorrenza declinato dai Trattati europei, dovendosi perciò sollevare sotto tale profilo una questione pregiudiziale innanzi alla C. giust. UE.

XIV. Conclusivamente, il Collegio sottopone all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato le seguenti questioni:

1. se, nell'ipotesi di partecipazione ad una gara d'appalto di un consorzio stabile, che ripeta la propria qualificazione, necessaria ai sensi del bando, da una consorziata non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori, quest'ultima vada considerata come soggetto terzo rispetto al consorzio, equiparabile all'impresa ausiliaria nell'avvalimento, sicché la perdita da parte della stessa del requisito durante la gara imponga alla stazione appaltante di ordinarne la sostituzione, in applicazione dell'art. 89 co. 3, d.lgs. n. 50/2016 e/o dell'art. 63, direttiva 24/2014/UE, derogandosi, pertanto, al principio dell'obbligo del possesso continuativo dei requisiti nel corso della gara e fino all'affidamento dei lavori;
2. in caso di risposta negativa al quesito sub "1", se comunque, qualora la consorziata - non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori - derivi la qualificazione da un rapporto di avvalimento con altra impresa, trovino applicazione le disposizioni normative sopra citate e la conseguente deroga al richiamato principio dell'obbligo del possesso continuativo dei requisiti.

Salvo che l'Adunanza plenaria intenda decidere per intero la causa ex art. 99 co. 4 c.p.a., il Collegio si riserva, all'esito della restituzione degli atti da parte dell'Adunanza plenaria, la decisione del merito alla luce dei principi di diritto che l'Adunanza plenaria enuncerà.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, non definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, ne dispone il deferimento all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

Manda alla segreteria della sezione per gli adempimenti di competenza, e, in particolare, per la trasmissione del fascicolo di causa e della presente ordinanza al segretario incaricato di assistere all'Adunanza plenaria.

Così deciso dal C.G.A.R.S. con sede in Palermo nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2020 tenutasi da remoto con la contemporanea e continuativa presenza dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Nicola Gaviano, Consigliere

Maria Stella Boscarino, Consigliere, Estensore

Giuseppe Verde, Consigliere

Maria Immordino, Consigliere