

Possibilità di sostituzione - per le ipotesi di consorzi stabili - della consorziata designata esecutrice per sopravvenuta perdita dei requisiti

di Giusy Casamassima

Data di pubblicazione: 3-1-2023

E' legittimità la sostituzione della consorziata designata dall'appalto con altra consorziata, già indicata in sede di partecipazione tra le consorziate esecutrici. Pertanto, laddove si verifichi tale ipotesi, la stazione appaltante, in applicazione dei principi generali di cui all'art. 1 della l. n. 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.

Guida alla lettura

Con la **pronuncia n. 9752** dello scorso 7 novembre, la **V Sezione del Consiglio di Stato** si è interrogata in merito alla **possibilità di sostituzione - per le ipotesi di consorzi stabili - della consorziata designata esecutrice per sopravvenuta perdita dei requisiti**.

I Giudici, preliminarmente, rammentano che recentemente la **Plenaria, con sentenza n. 2/2022** ha affermato il seguente principio di diritto: **“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”**.

La questione posta all'esame della Corte è se **la portata applicativa del suddetto indirizzo interpretativo possa estendersi anche consorzi stabili, stante la peculiare natura giuridica e la indiscussa distinzione tra i requisiti di partecipazione alle gare pubbliche dei consorzi stabili e dei consorzi ordinari, che sostanzialmente coincide con quella dei raggruppamenti temporanei d'impresa**. Il differente trattamento normativo in merito al possesso dei requisiti tra le tipologie di partecipazione plurisoggettiva 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 ha dato risposta positiva all'interrogativo innanzi indicato, così **estendendo la portata dell'indirizzo espresso dall'Adunanza Plenaria n. 2, cit.**, e, dunque, affermando la **legittimità della sostituzione della consorziata designata dall'appalto con altra consorziata, già indicata in sede di partecipazione tra le consorziate esecutrici**. Pertanto, laddove si verifici tale ipotesi, la stazione appaltante, in applicazione dei principi generali di cui all'art. 1 della l. n. 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.

Preliminarmente all'analisi delle argomentazioni che hanno condotto la Corte ad assumere una tale decisione, appare necessaria una ricognizione del quadro normativo e degli istituti di riferimento.

Il consorzio stabile è stato introdotto nel nostro ordinamento dall'art. 10, comma 1, lett. c), l. 10 febbraio 1994, n. 109, all'esito di un *'percorso di tipizzazione normativa del fenomeno della cooperazione tra imprese'* nell'esecuzione di commesse pubbliche, che ha visto nel tempo il riconoscimento delle associazioni temporanee di imprese e dei consorzi di cooperative di produzione e lavoro regolati dalla l. 25 giugno 1909, n. 422, con l'art. 20, l. 8 agosto 1977, n. 584, e la disciplina dei consorzi ordinari, con l. 17 febbraio 1987, n. 80.

I consorzi stabili sono quei consorzi costituiti tra almeno tre imprese che abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici per un periodo non inferiore a cinque anni, istituendo a tale fine una comune struttura di impresa. **Si differenziano dai consorzi cd. 'ordinari'** in quanto mentre questi ultimi nascono e cessano (al pari delle associazioni temporanee di imprese) in vista di un'unica operazione, i primi sono costituiti in funzione di un numero potenzialmente illimitato di operazioni.

Secondo la dottrina più attenta, **l'istituto del consorzio stabile costituisce una evoluzione della figura tradizionale disciplina dagli artt. 2602 ss. c.c. e si colloca in una posizione intermedia fra le associazioni temporanee e gli organismi societari risultanti dalla fusione di imprese.**

Il consorzio stabile, pertanto, rappresenta una particolare categoria dei consorzi disciplinati dal codice civile ed è soggetto sia alla **disciplina generale dettata dallo stesso codice** sia a **quella speciale dettata dal codice dei contratti pubblici**. Sotto quest'ultimo profilo, invero, l'istituto si colloca nel più ampio **fenomeno della partecipazione aggregata alle procedure di evidenza pubblica**, secondo i principi del *favor participationis* e della *'neutralità delle forme giuridiche'* dei soggetti partecipanti alla procedura di gara, disciplinati e regolamentati dalla legislazione prima comunitaria e poi eurounitaria.

Sul punto si richiamano le seguenti disposizioni di legge: **i) art. 45, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 50/2016**, il quale afferma che: *"Rientrano nella definizione di operatori economici i seguenti soggetti... c) i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'art. 2615 ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali,*

società cooperative di produzione e lavoro. I consorzi stabili sono formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tale fine una comune struttura di impresa”; **art. 48, comma 7-bis, d.lgs. n. 50, cit.**, secondo cui: “E’ consentito, per le ragioni indicate ai successivi commi 17, 18 e 19 e per fatti o atti sopravvenuti, ai soggetti di cui all’art. 45, comma 2, lettere b) e c), 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”; **art. 48, cit., comma 17, cit.**, il quale precisa che: “Salvo quanto previsto dall’articolo 110, comma 5, in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione del mandatario ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all’art. 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purchè abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante deve recedere dal contratto”; **art. 48, cit. comma 8,** prevede, altresì, che: “Salvo quanto previsto dall’articolo 110, comma 5, in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrativa controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione di uno dei mandanti ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all’articolo 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire”; **art. 48, cit. comma 19-bis,** secondo cui: “Le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche con riferimento ai soggetti di cui all’articolo 45, comma 2, lettere b), c) ed e)”; **art. 48, cit., comma 19-ter,** poi, precisa che: “Le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verifichino in fase di gara”.

Tanto premesso, **la prevalente giurisprudenza amministrativa**, mutuando anche i principi informativi compendiate all’articolo 45 del d.lgs. n. 50/2016, **qualifica consorzi stabili quei 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.** Il Consiglio di Stato ha, in più occasioni, chiarito che 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’avalimento, 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; *Id.*, 11 dicembre 2020, n. 7943; Cons. Stato sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165; Cons. Stato, sez. III, 22 febbraio 2018, n. 1112).

Nel dettaglio, il cd. 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. n. 50/2016, 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. Cons. Stato, Ad. Plen., 18 marzo 2021, cit.; Cons. Stato, sez. VI, 13 ottobre 2020, cit.).

La giurisprudenza, inoltre, ha di recente (Cons. Stato, sez. III, 4 febbraio 2019, n. 865), rilevato come **l'elemento essenziale per poter 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 presentazioni 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, 17 gennaio 2018, n. 276; *Id.*, 2 maggio 2017, n. 1984). Si ritiene, pertanto, che **il riferimento aggiuntivo del codice dei contratti pubblici alla *'comune struttura di impresa'* induce a concludere nel senso che costituisce un predicato indefettibile di tali soggetti l'esistenza di un'azienda consortile, intesa nel senso civilistico di *'complesso di beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa'*.**

Dall'elaborazione giurisprudenza sul punto è, quindi, emerso che, a differenza dei 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, **sicché 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 interlocutore nella procedura di gara, sebbene espressione di una realtà plurisoggettiva.

Il Collegio è al corrente dell'indirizzo della dottrina che desume la differenza tra consorzi stabili e raggruppamenti temporanei dalla lettura dell'art. 48, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016, il quale prevede che: *"E' fatto divieto ai concorrenti di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti, ovvero di partecipare alla gara anche in forma individuale qualora abbia partecipato alla gara medesima in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti. I consorzi di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre; a quest'ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara; in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio sia il consorziato"*. Con riferimento a tale profilo, questo indirizzo ritiene di **differenziare anche la modalità di partecipazione alla gara e, quindi, l'approccio interpretativo dei requisiti soggettivi con riferimento alle varie fasi della procedura**. Secondo questo orientamento, **l'alterità che connota i consorzi stabili rispetto ai propri componenti varrebbe a differenziarli sia rispetto ai raggruppamenti temporanei che ai consorzi ordinari, e troverebbe indiretta conferma nel fatto della possibilità, a determinate condizioni, di una partecipazione congiunta alla medesima gara**. E da ciò deriverebbe appunto un diverso regime di partecipazione alla gara tra i raggruppamenti temporanei e i consorzi ordinari, da un lato, ed i consorzi stabili dall'altro (Così, Cons. Stato, Sez. III, 4 febbraio 2019, cit.).

Tale interpretazione certamente investe **profili di differenze rispetto ai consorzi ordinari e raggruppamenti temporanei con riferimento ai requisiti di partecipazioni alla procedura di appalto, secondo quanto anche in ambito comunitario si è affermato**. L'art. 48, comma 7, del d.lgs. n. 50, cit. porrebbe, per la giurisprudenza unionale, una presunzione assoluta d'interferenza reciproca tra i suddetti soggetti, anche nel caso in cui il consorzio non sia intervenuto nel procedimento per conto e nell'interesse di dette imprese; né è consentito ai suddetti operatori di dimostrare che le loro offerte sono state formulate in modo pienamente indipendente e che non vi è un rischio di influenza sulla concorrenza tra offerenti (cfr. Corte giustizia UE, Sez. IV, 23 dicembre 2019, n. 376). In virtù della sua configurazione giuridica, infatti, il consorzio stabile può partecipare alle procedure di appalto in nome proprio e nell'interesse proprio, oltre che anche nell'interesse di tutti o solo di alcuni consorziati. Se partecipa anche nell'interesse di alcuni consorziati, deve indicarli espressamente in sede di offerta. Costoro non potranno partecipare alla medesima gara in nessuna altra forma, pena l'esclusione loro e del consorzio. La Corte di giustizia UE (Corte di Giustizia, Sez. IV, 23 dicembre 2009, *Serrantoni S.r.l. e Consorzio stabile edili Scrl c. Comune di Milano*, in causa C-376/08), è giunta ad **ammettere la contemporanea partecipazione alla gara del consorzio stabile e della consorziata, ove quest'ultima non sia stata designata per l'esecuzione del contratto e non abbia, pertanto, concordato la presentazione dell'offerta**.

Tale soluzione è stata condivisa dal Codice dei contratti pubblici, in quanto l'art. 48, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016, vietando espressamente che alla stessa procedura possano partecipare i consorziati indicati in sede di gara, implicitamente ammette la partecipazione di tutti gli altri consorziati.

Il Collegio ritiene che **le evidenziate differenze tra consorzi stabili e consorzi ordinari e i raggruppamenti temporanei di imprese non rilevano ai fini della questione oggetto di esame, essendo distinzioni che investono i requisiti di esternalizzazione della partecipazione alle procedure di gara da parte degli operatori giuridici, e non si riferiscono all'evenienza del venire meno dei requisiti di una consorziata designata in corso di gara.**

Invero, **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 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” (punto 12, pronuncia Plenaria).

Ancora, “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 immodificabilità 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” (punto 12, cit.).

È 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”.*

Se la ‘ratio legis’ delle disposizioni che regolamentano i consorzi stabili depongono verso l’applicabilità dei principi di cui si discute, va tenuto conto anche, a conforto di tale tesi argomentativa, dello specifico trattamento giuridico ad essi riservato, quanto ai requisiti soggettivi di partecipazione prevista per i consorzi stabili.

I consorzi stabili e gli altri consorzi di cui all’art. 45, comma 2, lett. c) hanno fino a questo momento goduto sostanzialmente del medesimo trattamento giuridico quanto ai requisiti soggettivi di partecipazione e alla disciplina applicabile in caso di mutamento della compagine associativa sia in corso di partecipazione alla procedura selettiva e sia in corso di esecuzione del contratto, poiché configurano entrambi delle strutture stabili e non occasionalmente create o da crearsi per la partecipazione ad una procedura selettiva.

Il comma 7-bis dell’art. 48 prevede per i soggetti di cui all’art. 45 comma 2, lett. b) e c) che sia consentito designare un’impresa esecutrice diversa da quella indicata in sede di gara, anche per fatti o atti sopravvenuti diversi da quelli previsti specificamente dai commi 17, 18 e 19, 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. Relativamente alla possibilità di estromettere determinate imprese in corso di esecuzione ovvero in corso di gara, si sottolinea che i commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche relativamente ai consorzi stabili e ai consorzi di società cooperative di produzione e lavoro e di imprese artigiane, in forza del rinvio operato dal comma 19 bis del medesimo art. 48 cit..

Come risulta dal dettato normativo (comma 19-*bis* dell'art. 48), infatti, le disposizioni sono applicabile anche ai consorzi stabili.

La *ratio* del principio dell'immodificabilità soggettiva dei raggruppamenti e dei consorzi ordinari riposa nell'esigenza di assicurare all'amministrazione aggiudicatrice una conoscenza piena dei requisiti di idoneità morale, tecnico – organizzativa ed economico – finanziaria dei concorrenti, al fine di scongiurare il rischio che questa verifica venga vanificata o elusa con modificazioni soggettive in corso di gara o di esecuzione del contratto, delle imprese candidate.

Proprio in considerazione delle ragioni anzidette, il metodo di indagine fino a questo punto seguito deve tenere conto anche dell'evoluzione della giurisprudenza in tema di consorzi ordinari, con riferimento al limite del divieto di modifica della composizione del consorzio (ordinario), in fattispecie in cui il consorzio è stato escluso da una procedura di gara per carenza dei requisiti di partecipazione in capo ad una delle consorziate indicate, per l'esecuzione dell'appalto in caso di aggiudicazione. La giurisprudenza in passato ha ritenuto che: a) è precluso al consorzio la sostituzione del soggetto indicato come esecutore dell'appalto; ammettere la sostituzione successiva della consorziata, in caso di esito negativo della verifica sul possesso dei requisiti generali, significherebbe eludere le finalità sottese alle prescrizioni di gara che richiedono l'indicazione delle consorziate che eseguiranno il servizio e la loro dichiarazione sul possesso dei requisiti generali di partecipazione; b) è consentita la modifica 'in riduzione', vale a dire l'eliminazione, senza sostituzione, di una delle consorziate, con conseguente esecuzione dell'appalto integralmente dalle altre, a condizione che la modifica della compagine in senso riduttivo avvenga per esigenze organizzativo proprie del consorzio e non, invece, per eludere la legge di gara, e, in particolare, per evitare la sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo alla consorziata, che viene meno attraverso l'operazione riduttiva (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 8).

Successivamente la giurisprudenza ha chiarito che la sostituzione della consorziata esecutrice è sempre possibile, in ragione del rapporto organico tra consorziata e consorzio, ma la modifica in riduzione sarebbe consentita alle condizioni 'che quelle che restano a farne parte siano comunque titolari, da sole, dei requisiti di partecipazione e di qualificazione' (Cons. Stato, V, 26 aprile 2018, n. 2537; *Id.*, 17 luglio 2017, n. 3507).

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.

Diversamente, **l'esclusione dell'operatore è, comunque, dovuta per il principio di**

continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione per il quale essi devono essere mantenuti senza soluzione di continuità alla data di presentazione della domanda e quella di aggiudicazione, e per tutta la fase di esecuzione in caso di aggiudicazione del contratto (Cons. Stato, Sez. V, 14 aprile 2020, n. 2397).

Per tale ragione, si è detto che il problema dell'accertamento della finalità elusiva dell'esclusione, se essa risponda ad effettive ragioni organizzative ovvero sia stata effettuata per evitare l'esclusione dalla procedura, può porsi nel caso in cui il soggetto estromesso, consorziata o impresa raggruppata, abbia perduto, medio tempore i requisiti di partecipazione, non certo qualora non li abbia mai avuti, perché, in tal caso, era preclusa sin dall'inizio la sua partecipazione alla procedura di gara, e la riduzione è vicenda successiva della compagine partecipante che risulta del tutto irrilevante per la stazione appaltante.

Da qui la propensione da parte della giurisprudenza di allargare le maglie in tema di partecipazione, perché nell'ambito della disciplina dei raggruppamenti e consorzi ordinari, si è visto che l'art. 47, comma 9 del Codice dispensa dall'immodificabilità della compagine soggettiva dei partecipanti al ricorrere delle sole ipotesi indicate ai commi 17 e 18 del medesimo articolo, che riportano le peculiari fattispecie di sostituzione del mandante o del mandatario nei casi di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione del mandatario ovvero, qualora di tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo, ovvero in caso di perdita dei requisiti di cui all'art. 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia.

Il Collegio, con la pronuncia in commento, rileva che non può non tenersi conto dei recenti arresti giurisprudenziali, sostanzialmente riferiti ai consorzi ordinari e ai raggruppamenti temporanei, ma certamente applicabili, in ragione della medesima *'ratio decidendi'*, anche in tema di modifica soggettiva del consorzio stabile, nell'ipotesi di perdita dei requisiti in sede di gara della consorziata designata. Si è già detto che relativamente ai consorzi stabili, il comma 7-*bis* dell'art. 48, ad essi espressamente riferito (a sua volta inserito con l'art. 32 del d.lgs. n. 56 del 2017), consente per le stesse ragioni di cui ai commi 17 e 18 (quindi anche perdita dei requisiti ex art. 80), 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 tal sede la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata"*.

La disposizione va letta in combinato disposto con il comma 19-*ter* (modifiche soggettive in fase di gara).

La piana lettura degli articoli è in linea con la tesi argomentativa favorevole all'applicabilità dei principi affermati dall'Adunanza Plenaria n. 2 del 2022.

Va subito chiarito, infatti, che nessuna interpretazione restrittiva può essere ammessa, in quanto tale impostazione finirebbe per dare sostanza ad una evidente contraddizione tra situazioni che, al contrario, devono essere analogamente disciplinate, nel senso che per i

consorzi stabili sarebbe consentita la sostituzione in fase di gara della mandataria o della mandante e non dell'impresa designata, ancorchè tale ultima evenienza potrebbe essere considerata un evento meno significativo nella modifica soggettiva dell'operatore economico.

Invece, le disposizioni richiamate devono essere interpretate nel senso di ammettere anche la sostituzione dell'impresa designata non solo in fase di esecuzione, ma anche in fase di gara.

Ciò in quanto, diversamente opinando, si determinerebbe l'effetto irragionevole di creare disparità di trattamento tra varie ipotesi di sopravvenienze, riferite ad istituti sotto tale profilo sostanzialmente assimilabili (consorzi stabili, consorzi ordinari e raggruppamenti di imprese), pur se, come si è detto, con evidenti differenziazioni.

Resta implicito che in nessun caso la modifica soggettiva possa consentire il subentro di un soggetto privo dei requisiti di partecipazione e di qualificazione.

Tale approdo ermeneutico va sostenuto anche in ragione delle seguenti ulteriori considerazioni.

Si è già detto che il dettato normativo non consente un diverso indirizzo, anche in ragione degli approdi della giurisprudenza amministrativa in tema di requisiti di partecipazione alla gara dei consorzi stabili. E appare dirimente, anche, quanto si è precisato 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 non osta, anzi suggerisce la regolamentazione della vicenda secondo i criteri individuati dall'Adunanza Plenaria.

Ciò in considerazione 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.

Ne consegue che, a maggior ragione, ogni obiezione alla modifica soggettiva dovrebbe ritenersi superata, tenuto conto che l'Adunanza Plenaria, con la sentenza richiamata, con condivisibile percorso argomentativo, ha ritenuto ammissibile la modificazione soggettiva in fase di gara, pur rilevando che, al contrario dei consorzi stabili, i raggruppamenti temporanei, essendo centri autonomi di imputazione di rapporti giuridici e potendo avere una struttura organizzativa che provveda all'espletamento in comune di alcune funzioni, rimangono operatori plurisoggettivi, operando come mandatari di tutte le imprese della compagine.

A questo punto, i rilievi sopra enunciati sono supportati da una ulteriore precisazione: tale rapporto di 'mandato' non sussiste tra consorzio stabile e imprese consorziate.

Invero, con specifico riferimento alla qualificazione giuridica della relazione tra consorzio stabile e imprese consorziate, va condivisa la soluzione interpretativa prospettata dalla Corte

Suprema di Cassazione, con sentenza n. 1192 del 2018, secondo cui: *“I consorzi stabili, con rilevanza esterna, previsti dalla legge n. 109 del 1994, sono enti collettivi dotati di autonomia soggettiva, organizzativa e patrimoniale rispetto alle imprese consorziate, sicchè è il consorzio l'unico soggetto legittimato ad agire nei confronti del committente e titolare delle somme riscosse in esecuzione del contratto”*.

Secondo la Corte un aspetto che non può essere messo in discussione riguarda l'autonomia, sul piano giuridico ed organizzativo, del consorzio rispetto alle imprese consorziate, venendo in rilievo un ente collettivo dotato di autonoma organizzazione, qualificazione e soggettività. In particolare, *“la circostanza che il consorzio stabile costituisce un autonomo soggetto di diritto dotato di autonoma qualificazione e di un patrimonio autonomo (come si desume dalla previsione concernente la responsabilità solidale verso la stazione appaltante) impedisce ogni assimilazione tra consorziate del consorzio stabile e imprese mandanti di raggruppamenti temporanei di imprese, proprio per la ontologica differenza di struttura tra il primo e i secondi, per converso privi di personalità giuridica autonoma”*.

I Giudici di legittimità chiariscono che **tra consorzio e consorziate non vi è traccia di un rapporto di 'mandato', nel quadro complessivo del rapporto consortile**, atteso che: *“Il vincolo in forza del quale le consorziate provvedono a dare esecuzione al contratto stipulato non si giustifica, sotto il profilo negoziale, nell'assegnazione che non può essere considerata un contratto (e quindi né un subappalto né un mandato), ma solo un atto unilaterale recettizio, bensì nel momento antecedente all'assegnazione e costituito dalla costituzione e dall'adesione al consorzio, unico atto negoziale contenente l'incarico di stipulare il contratto di appalto per conto delle consorziate e l'ulteriore incarico di determinare di volta in volta a quale tra essere gli appalti assunti dovranno essere assegnati”*.

Dalla natura del rapporto tra consorzio stabile e singole consorziate, nonché dalla peculiare struttura dell'istituto, consegue che la sostituzione dell'impresa, che ha perso i requisiti ai sensi dell'art. 80 cit., non pregiudica la struttura originaria del consorzio che ha partecipato alla gara, in quanto autonomo soggetto di diritto, dotato di distinta qualificazione, stante la ontologica distanza tra la propria soggettività e quella delle imprese consorziate. Va condivisa, infatti, la ricostruzione dell'istituto fatta dalla dottrina più attenta, sostenuta anche dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui “il vincolo in forza del quale le consorziate provvedono a dare esecuzione al contratto stipulato non si giustifica, sotto un profilo negoziale, nell'assegnazione che non può essere considerata un contratto (e quindi né un subappalto né un mandato), ma solo un atto unilaterale recettizio”.

Tale atto unilaterale, avente funzione di incarico della consorziata designata, reso al momento della costituzione del consorzio, può bene essere revocato, in quanto ciò non muta la struttura del consorzio stesso, così come il medesimo incarico può essere affidato ad altra impresa, anche in fase di gara, in ipotesi di venir meno dei requisiti della precedente incaricata.

A tale fine, giova ancora sottolineare la dichiarata autonomia che impedisce ogni assimilazione tra consorziate e consorzio stabile, atteso che i partecipanti al consorzio stabile danno vita ad una stabile struttura di impresa collettiva, la quale, oltre a presentare una propria soggettività

giuridica con autonomia anche patrimoniale, rimane distinta e autonoma rispetto alle aziende dei singoli imprenditori ed è strutturata, quale azienda consortile, per eseguire, anche in proprio (ossia senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate), le prestazioni affidate a mezzo del contratto.

Ne consegue che **la modifica in sostituzione non inficia la natura del consorzio, trattandosi 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 ragione del fatto, già evidenziato, 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.

Diversamente opinando, si determinerebbe la conseguenza del venir meno della finalità giuridica per la quale è stato previsto l'istituto, che è quella (cfr. Cons. Stato, 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.

Tale interpretazione è in linea con i principi sostenuti dal legislatore comunitario, dovendosi rammentare che la Corte di Giustizia UE, in più occasioni, ha adottato una nozione funzionale di impresa, incentrata sullo svolgimento di attività economica, anziché sulle caratteristiche dell'operatore professionale; per impresa deve intendersi l'organismo che: *“esercita un'attività economica, offrendo beni e servizi su un determinato mercato, a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento”*.

Il principio è stato ribadito anche dalla giurisprudenza nazionale, secondo cui: *“Per imprenditore deve intendersi qualsiasi operatore economico, persona fisica o giuridica, che offra sul mercato lavori, prodotti e servizi, secondo un principio di libertà di forme. Ne consegue che l'elenco dei soggetti ammessi alle gare, di cui all'art. 34, codice dei contratti pubblici – d.lgs. n. 163 del 2006 non è da considerarsi tassativo”* (Cons. Stato, sez. VI, 16 giugno 2009, n. 3897).

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.

In conclusione, con specifico riferimento alla questione oggetto di giudizio, 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*.

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 1088 del 2022, proposto da Consorzio Stabile Olimpo, in persona del legale rappresentante *pro tempore* in proprio e quale capogruppo mandatario del RTI costituito con le mandanti Centro Campania Recapiti s.r.l., Pony Service s.r.l. Post & Service s.r.l., NIAL Mail s.r.l., Prisma Service Soc. Coop., CRC Post s.r.l., rappresentati e difesi dall'avvocato Massimiliano Mangano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Consip s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, n.12; Ministero della Giustizia, non costituito in giudizio;

nei confronti

Citypost s.p.a., non costituito in giudizio;
Sailpost s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Cozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n. 13605/2021, resa tra le parti, concernente,

A) quanto al ricorso introduttivo, per l'annullamento:

- della nota prot. n. 9437/21 del 10 giugno 2021, con la quale la Consip s.p.a. nell'ambito della procedura di gara indetta per conto del Ministero della Giustizia ha escluso dal Lotto n. 1 il RTI Consorzio Stabile Olimpo (mandatario) e le mandanti Centro Campania Recapiti s.r.l., Pony Service s.r.l., Post & Service s.r.l., NIAL Mail s.r.l., Prisma Service soc. coop. e CRC Post s.r.l. per violazione dell'art. 80, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016, con conseguente segnalazione dell'esclusione all'ANAC ed escussione della garanzia provvisoria prestata;

- della nota prot. n. 12683 del 01.07.2021 con la quale è stata chiesta l'escussione della cauzione provvisoria;

Ove occorra e possa:

- della nota prot. n. 12162/21 del 25.06.2021 con la quale Consip s.p.a. ha comunicato all'ANAC l'esclusione del RTI per violazione dell'art. 80, comma 4, d.lgs. n. 50/2016 verificatasi, in fase di gara, in capo ad una consorziata designata;

- dei seguenti atti di gara: 1) bando istitutivo, Punto III, 1.1, lett. B); 2) Capitolato d'oneri istitutivo, paragrafo 3.4.; 3) Capitolato d'oneri ID 2258, allegato alla lettera d'invito n. 2677165 del 15.12.2020, paragrafo 5, lett. B) e paragrafo 7.9.

B) quanto ai motivi aggiunti, per l'annullamento:

- della nota prot. registro ufficiale n. 0016051 del 21.07.2021-U, di aggiudicazione definitiva del Lotto n. 1 dell'appalto specifico indetto per "l'affidamento dei Servizi Postali di Raccolta e Recapito per conto del Ministero della Giustizia ID 2258" in favore della Citypost s.p.a., in pari data comunicato all'odierna ricorrente ex art. 76, comma 5, lett. a), del d.lgs. n. 50/2016 s.m.i.,

e per il subentro, previa declaratoria di inefficacia e/o annullamento del contratto, ove in ipotesi stipulato con la società controinteressata, Citypost s.p.a., del RTI costituito dal Consorzio Stabile Olimpo (mandatario) con le mandanti Centro Campania Recapiti s.r.l., Pony Service s.r.l., Post & Service s.r.l. NIAL Mail s.r.l. Prisma Service Soc. Coop. e CRC Post s.r.l. nella esecuzione dei servizi di cui al Lotto n. 1 suindicato.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consip s.p.a. e di Sailpost s.p.a.;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 luglio 2022 il Cons. Annamaria Fasano e viste le

conclusioni delle parti, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando di gara pubblicato sulle GUUE del 4.8.2018 e sulla GURI n. 92 dell'8.8.2018 e relativo Capitolato d'onori, Consip s.p.a. (in seguito Consip) istituiva un sistema dinamico di acquisizione della fornitura di servizi postali di raccolta e recapito per la pubblica amministrazione.

2. Con lettera di invito n. 2677165 del 15.12.2020, Consip invitava tutti gli operatori economici ammessi alla categoria merceologica a presentare un'offerta nell'appalto specifico per i 'Servizi Postali di Raccolta e Recapito per conto del Ministero della Giustizia " ID 2258, suddiviso in tre lotti.

3. Consorzio Stabile Olimpo, in qualità di mandataria del costituendo RTI con le mandanti, Centro Campania Recapiti s.r.l., Pony Service s.r.l., Post & Service s.r.l. NIAL Mail s.r.l., Prisma Service Soc.Coop. e CRC Post. s.r.l., presentava la propria offerta per l'affidamento dei servizi postali di raccolta e recapito relativamente al Lotto 1 (Sud + Sicilia).

4. Con determinazione prot. n. 13413/2021 del 24.3.2021, trasmessa a mezzo PEC, Consip comunicava l'aggiudicazione definitiva del Lotto n. 1 al Consorzio Stabile Olimpo, precisando che l'aggiudicazione definitiva sarebbe divenuta efficace solo dopo il controllo sul possesso dei requisiti di cui all'art. 80 e 85 del d.lgs. n. 50/2016, sia con riguardo alle imprese mandanti e mandatarie, costituenti il raggruppamento, sia con riguardo alle imprese consorziate designate dal Consorzio.

5. Con nota prot. 4510 del 7.4.2021, Consip comunicava a DBF Services Soc. Coop. (in seguito DBF Services), impresa consorziate designata, e, per conoscenza, al Consorzio Stabile Olimpo, di avere riscontrato, nell'ambito della verifica ex art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, una irregolarità contributiva per omesso versamento di contributi INPS, allegando alla suddetta nota del 7.05.2021 il DURC con esito irregolare prot. n. INPS_25309876 dell'11.3.2021 e invitando i destinatari a presentare memorie e documenti entro il termine di 7 giorni dalla richiesta.

Consorzio Stabile Olimpo, con nota di chiarimenti del 14.5.2021, giustificava l'irregolarità sostenendo che la consorziate DBF Services aveva ricevuto il DURC negativo a causa dell'eccezionalità degli eventi pandemici, Covid -19, accaduti nel 2020. Sotto altro aspetto, il Consorzio riferiva che, poiché alla data di presentazione della domanda di partecipazione (14.1.2021), la consorziate DBF Services aveva dichiarato che era effettivamente in possesso di tutti i requisiti previsti dall'art. 80 del d.lgs. n. 50 cit., compresa la regolarità contributiva, conseguentemente, a quella data, non aveva reso alcuna inesatta dichiarazione, in quanto tale regolarità era venuta meno in corso di gara (in data 11.3.2021), sicchè, ai sensi dell'art. 48,

commi 17, 18, 19 bis e 19 *ter* del d.lgs. n. 50 cit., doveva essere autorizzato da Consip ad estromettere la consorziata designata dall'appalto, sostituendola con altra consorziata, la Olimpo Service s.r.l., già indicata in sede di partecipazione tra le consorziate esecutrici.

6. Consip, con nota prot. n. 9437/21 del 10.6.21, escludeva Consorzio Stabile Olimpo dalla gara, respingendo la richiesta di estromissione della consorziata DBF Services, ritenendo che l'estromissione per perdita sopravvenuta di un requisito di cui all'art. 80 cit. non potesse essere ammessa in sede di gara, essendo tale preclusione condivisa dall'interpretazione offerta dalla recente giurisprudenza amministrativa con riguardo all'art. 48 d.lgs. n. 50/2016.

Seguivano all'esclusione, la comunicazione ad ANAC del 25.6.2021 e la richiesta di escussione della cauzione provvisoria del 1.07.2021.

7. Consorzio Stabile Olimpo impugnava dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio il provvedimento di esclusione e gli altri atti adottati in conseguenza di quest'ultimo, chiedendone l'annullamento.

Il ricorrente proponeva eccezioni di incostituzionalità e richieste di rinvio pregiudiziale, denunciando, *inter alia*, che la richiesta di estromissione e/o di sostituzione della DBF Services avrebbe dovuto essere autorizzata, in quanto l'art. 48 del d.lgs. n. 50/2016, con l'introduzione dei commi 19 *bis* e 19 *ter*, consentiva, indubbiamente, la sostituzione e/o l'estromissione della consorziata anche ove la perdita sopravvenuta dei requisiti di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 si verificasse in fase di gara.

8. In data 21.7.2021, Consip comunicava al ricorrente l'aggiudicazione definitiva del Lotto n. 1 in favore di Citypost s.p.a., che veniva impugnata con motivi aggiunti, illustrando le medesime censure proposte con il ricorso introduttivo per illegittimità derivata, con richiesta di subentro, previa declaratoria di inefficacia del contratto in ipotesi stipulato con la City Post s.p.a. nell'esecuzione del servizio.

9. Il Tribunale amministrativo adito, con sentenza n. 13605/2021, respingeva tutte le censure di merito e tutte le eccezioni di incostituzionalità e pregiudiziali articolate in giudizio, ritenendo non necessario esaminare la domanda di subentro.

In particolare, il giudice di prima istanza respingeva il quarto motivo del ricorso principale e il quarto motivo aggiunto, con cui si era contestato che la stazione appaltante avrebbe dovuto consentire al consorzio ricorrente di sostituire la consorziata morosa con altra solvibile.

Il Collegio, invece, statuiva che, ai sensi del comma 7 *bis* dell'art. 48 d.lgs. n. 50/2016, la modifica soggettiva in sede di gara del novero delle consorziate indicate come esecutrici era consentita unicamente per le ragioni precisate ai successivi commi 17, 18 e 19 *ter* (procedura concorsuali che abbiano interessato una di tali imprese o recesso) o per fatti o atti sopravvenuti, ma a condizione che la modifica soggettiva non fosse finalizzata ad eludere in tale sede la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata.

10. Con atto di appello, notificato nei termini e nelle forme di rito, Consorzio Stabile Olimpo ha

impugnato la suindicata pronuncia, denunciando: “a) *Error in procedendo e in iudicando*; violazione e errata applicazione dell’art. 80, commi 4 e 6 del d.lgs. n. 50/2016 s.m.i; violazione e errata applicazione dell’art. 48, commi 17, 18, 19 *bis* e 19 *ter* del d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere per carenza di istruttoria e carenza di motivazione; violazione degli artt. 3, 4, 117, 41 e 97 Cost.; b) *Error in procedendo e in iudicando*- illegittimità derivata della richiesta di escussione”.

L’appellante, con riferimento alla domanda di subentro nell’esecuzione della commessa residua, denuncia l’errore dei giudici di primo grado, nella parte in cui hanno respinto genericamente la domanda di subentro e la richiesta di dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato con Citypost s.p.a..

10.1. Il Ministero della Giustizia, con memoria ex art. 101, comma 2, c.p.a., ha eccepito il proprio difetto di legittimazione passiva, con richiesta di estromissione della causa.

10.2. Si è costituita in giudizio Consip s.p.a., evidenziando che, nelle more del giudizio di appello, è stata depositata la decisione dell’Adunanza Plenaria n. 2 del 2022, pertanto, si è rimessa al Collegio per la definizione del gravame, chiedendo la compensazione delle spese di lite.

11. Si è costituita in resistenza Sailpost s.p.a. (già Citypost s.p.a.), concludendo per la reiezione dell’appello.

12. Le parti, con successive memorie e repliche, hanno articolato in maniera più approfondita le proprie difese.

13. All’udienza pubblica del 14 luglio 2022, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

14. Con il primo mezzo, Consorzio Stabile Olimpo lamenta che il giudice di prima istanza non ha erroneamente ritenuto applicabile alla fattispecie il principio recentemente affermato dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza n. 2/2022 del 25.1.2022, 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 di 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 e 18 e 19 *ter* del medesimo Codice.

Per tale ragione, il T.A.R. avrebbe erroneamente respinto il quarto motivo del ricorso introduttivo e i motivi aggiunti, ritenendo inammissibile la richiesta di estromissione della consorziata DBF Services per sopravvenuta perdita dei requisiti di cui all’art. 80 cit. in corso di gara.

Con il quarto motivo del ricorso introduttivo (e IV dei motivi aggiunti) si era contestato il fatto che, ai sensi dell’art. 48, commi 17, 18, e 19 *ter*, del d.lgs. n. 50/2016, letti in combinato

disposto con il comma 19 *bis* che estende tale disciplina delle modifiche soggettive ai consorzi stabili, la stazione appaltante avrebbe dovuto consentire in corso di gara la modifica riduttiva del Consorzio Stabile Olimpo tramite l'estromissione della consorziata divenuta irregolare ex art. 80, comma 4, cit., consentendo, quindi, al concorrente raggruppato di partecipare alla gara fino alla stipula del contratto. L'appellante ritiene errata la considerazione, sollevata d'ufficio dal giudice di prima istanza, secondo cui la sostituzione della consorziata sarebbe comunque astrattamente impraticabile in ragione della crisi finanziaria che ha coinvolto il Consorzio durante la pandemia. L'assunto argomentativo non corrisponderebbe alla motivazione degli atti impugnati, nei quali non si è negata la possibilità della modifica in riduzione per perdita dei requisiti finanziari, atteso che il forte calo delle entrate del Consorzio e delle consorziate causato dalla pandemia, non solo avrebbe riguardato tutto il settore, ma sarebbe stato esposto (nei motivi I e II) per dimostrare, in che modo, durante tale periodo e con l'interruzione delle commesse, fosse fisiologico incontrare gravi difficoltà nell'adempimento delle proprie obbligazioni in materia fiscale e contributiva.

Nonostante la crisi finanziaria, il Consorzio, come le altre consorziate (diverse da DBF Services), non ha mai perduto in corso di gara i requisiti di cui all'art. 80 del Codice. Infatti, la Stazione appaltante, in occasione dei controlli eseguiti, avrebbe riscontrato una sola irregolarità contributiva in capo a DBF Services, sopraggiunta in corso di gara a marzo 2021, senza sollevare alcun rilievo sulle altre consorziate.

Il Consorzio lamenta che, in assenza di qualsiasi contestazione da parte della Stazione appaltante, avere solo ipotizzato l'impraticabilità della estromissione della consorziata divenuta irregolare con altra consorziata già designata, in ragione della asserita 'crisi finanziaria' del Consorzio – il quale aveva esposto un oggettivo e comprensibile calo di fatturato – risulterebbe una considerazione abnorme e apodittica rispetto all'affidabilità economica dello stesso, valutata, peraltro, senza prendere in considerazione l'affidabilità economica dell'intero raggruppamento privo, altresì, di ulteriori irregolarità.

L'esponente censura la sentenza impugnata anche nella parte in cui richiama i principi in tema di divieto di soccorso istruttorio e afferma una carenza *ab origine* dei requisiti ex art. 80 del d.lgs. cit. della consorziata DBF Services. A tal fine, precisa di avere già rilevato nel IV motivo del ricorso principale e nel IV motivo aggiunto (come ricavabile dallo stesso provvedimento di esclusione del 10.6.2021) che, nella fattispecie, non si discuterebbe di omessa e falsa dichiarazione, né, tantomeno, si sarebbe chiesto di sostituire una consorziata priva *ab origine* dei requisiti di partecipazione, ma solo di ritenere legittima, ai sensi dell'art. 48, commi 17, 18, 19 *bis* e 19 *ter* del d.lgs. n. 50/2016, l'estromissione di una consorziata per sopravvenuta perdita, in corso di gara, di requisiti di cui all'art. 80 del d.lgs. cit., da quest'ultima posseduti alla data di presentazione dell'offerta del 14.1.2021. L'errore del Tribunale adito riguarderebbe l'inesatta ricostruzione dei fatti, relativi non ad un caso di carenza originaria di requisiti, ma ad una incontestata perdita sopravvenuta di regolarità contributiva da parte di una consorziata, la cui estromissione, come già detto, avrebbe dovuto essere valutata solamente nei limiti di quanto previsto dall'art. 48, commi 17, 18, 19 – *bis* e 19 *ter* del d.lgs. 50/2016.

La sentenza del T.A.R., inoltre, sarebbe palesemente errata anche laddove si ritiene (al capo

44 della motivazione) che il Consorzio Stabile Olimpo non avrebbe richiesto una modifica riduttiva per far fronte ad 'esigenze organizzative del raggruppamento' ai sensi del comma 19 dell'art. 48 cit., in tale modo tentando, invece, di eludere la carenza *ab origine* di un requisito di partecipazione.

Secondo il Consorzio, tale circostanza sarebbe completamente smentita dal contenuto della nota di chiarimenti del 14.5.2021, sia dal IV motivo del ricorso introduttivo che dal IV motivo aggiunto, in quanto l'appellante non avrebbe mai fatto ricorso, o riferimento, all'istituto del recesso della consorziata previsto dal comma 19, né tanto meno la fattispecie riguarderebbe una consorziata priva *ab origine* dei requisiti di partecipazione.

La domanda di estromissione della consorziata per sopravvenuta perdita, in corso di gara, dei requisiti di cui all'art. 80, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016, non avrebbe nulla a che vedere con la fattispecie, altrettanto eccezionale, del recesso di cui al comma 19, la cui disciplina non sarebbe stata mai invocata. Trattasi di fattispecie distinte, come recentemente confermato dall'Adunanza Plenaria n. 2/2022, la quale ha anche chiarito 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 mandati, 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"*.

In particolare, l'Adunanza Plenaria, con riferimento alla corretta lettura dei commi 17, 18 e 19 ter dell'art. 48, ha affermato che: *"l'antinomia evidenziata possa e debba essere superata (come è noto, non ammettendo l'ordinamento lacune), attraverso il ricorso ad altre considerazioni, riconducibili ai principi di interpretazione secondo ragionevolezza ovvero secondo Costituzione (o costituzionalmente orientata), cui peraltro lo stesso criterio di ragionevolezza (riferibile all'art. 3 Cost.) si riporta"*.

15. Con il secondo mezzo, l'appellante precisa che, in ragione dell'illegittimità dei provvedimenti impugnati, andrebbe annullata anche la richiesta di escussione della polizza fideiussoria per illegittimità derivata dei vizi esposti nei motivi da I a V del ricorso introduttivo. Conclude, pertanto, riproponendo, anche in sede di appello, la domanda di annullamento della richiesta di escussione della polizza fideiussoria viziata da illegittimità derivata per i vizi articolati nel IV motivo del ricorso introduttivo avverso il provvedimento di esclusione.

16. L'appellante, inoltre, contesta la sentenza impugnata nella parte in cui avrebbe genericamente respinto e/o non esaminato la domanda di subentro, previa declaratoria di inefficacia del contratto stipulato con la controinteressata. Pertanto, con il ricorso in appello, rinnova la richiesta di accoglimento della domanda di subentro, già formulata in primo grado, del RTI Consorzio Stabile Olimpo (capogruppo mandataria) con le mandanti Centro Campania Recapiti s.r.l., Pony Service s.r.l., Post & Service s.r.l., NIAL Mail s.r.l., Prisma Service Soc. Coop. e CRC Post. S.r.l. nell'esecuzione del servizio per la commessa residua.

17. I suddetti motivi, sinteticamente illustrati, vanno esaminati congiuntamente per ragioni di connessione logica.

17.1. Le critiche sono fondate.

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. 50/2016, l'estromissione di una consorziata per sopravvenuta perdita, in corso di gara, dei requisiti di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 (nella specie, sopravvenuta perdita di regolarità contributiva), da quest'ultima posseduti alla data di presentazione dell'offerta; b) se sia consentito, come ritiene il Consorzio Stabile Olimpo, 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, e provvedere alla sostituzione della medesima con altra consorziata, già indicata in sede di partecipazione tra le consorziate esecutrici.

E' importante precisare che, con nota del 14.5.2021, Consorzio Stabile Olimpo 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. La Stazione appaltante ha respinto la richiesta di estromissione della consorziata DBF Services, ritenendo che l'estromissione per perdita sopravvenuta di un requisito di cui all'art. 80 cit. non potesse essere ammessa in sede di gara, essendo tale preclusione condivisa dall'interpretazione offerta dalla recente giurisprudenza amministrativa.

18. Questa Sezione rammenta, ma tale circostanza è stata ampiamente illustrata dall'appellante e dalle parti costituite nei propri scritti difensivi, che recentemente l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza n. 2/2022, ha affermato il seguente principio di diritto: *“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”*.

La questione all'esame è se la portata applicativa del suddetto indirizzo interpretativo possa estendersi anche consorzi stabili, stante la peculiare natura giuridica e la indiscussa distinzione tra i requisiti di partecipazione alle gare pubbliche dei consorzi stabili e dei consorzi ordinari, che sostanzialmente coincide con quella dei raggruppamenti temporanei d'impresa. Il differente trattamento normativo in merito al possesso dei requisiti tra le tipologie di partecipazione plurisoggettiva 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.

18.1. Il Collegio ritiene, infatti, che a tale domanda si deve dare risposta positiva, ossia che, in fattispecie come quella in esame, sia applicabile l'indirizzo recentemente espresso dall'Adunanza Plenaria con la sentenza n. 2 del 2022 e, quindi, sia consentita la sostituzione della consorziata designata dall'appalto con altra consorziata, già indicata in sede di partecipazione tra le consorziate esecutrici.

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.

18.2. L'assunto è confortato dai principi di seguito enunciati.

L'esame della questione impone la ricognizione del quadro normativo e degli istituti di riferimento.

Il consorzio stabile è stato introdotto nel nostro ordinamento dall'art. 10, comma 1, lett. c), L. 10 febbraio 1994, n. 109, all'esito di un 'percorso di tipizzazione normativa del fenomeno della cooperazione tra imprese' nell'esecuzione di commesse pubbliche, che ha visto nel tempo il riconoscimento delle associazioni temporanee di imprese e dei consorzi di cooperative di produzione e lavoro regolati dalla l. 25 giugno 1909, n. 422, con l'art. 20, l. 8 agosto 1977, n. 584, e la disciplina dei consorzi ordinari, con l. 17 febbraio 1987, n. 80.

I consorzi stabili sono quei consorzi costituiti tra almeno tre imprese che abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici per un periodo non inferiore a cinque anni, istituendo a tale fine una comune struttura di impresa. Si differenziano dai consorzi 'ordinari' in quanto mentre questi ultimi nascono e cessano (al pari delle associazioni temporanee di imprese) in vista di un'unica operazione, i primi sono costituiti in funzione di un numero potenzialmente illimitato di operazioni.

Secondo la dottrina più attenta, l'istituto del consorzio stabile costituisce una evoluzione della figura tradizionale disciplinata dagli artt. 2602 ss. c.c. e si colloca in una posizione intermedia fra le associazioni temporanee e gli organismi societari risultanti dalla fusione di imprese.

Il consorzio stabile, pertanto, rappresenta una particolare categoria dei consorzi disciplinati dal codice civile ed è soggetto sia alla disciplina generale dettata dallo stesso codice, sia a quella speciale dettata dal codice dei contratti pubblici.

L'istituto si colloca nel più ampio fenomeno della partecipazione aggregata alle procedure di evidenza pubblica, secondo i principi del *favor participationis* e della 'neutralità delle forme giuridiche' dei soggetti partecipanti alla procedura di gara, disciplinati e regolamentati dalla legislazione prima comunitaria e poi eurounitaria.

L'art. 45, comma 2, lett. c) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 afferma: "*Rientrano nella definizione di operatori economici i seguenti soggetti... c) i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'art. 2615 ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro. I consorzi stabili sono formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tale fine una comune struttura di impresa*".

L'art. 48 del d.lgs. cit., al comma 7 bis, stabilisce: *“E' consentito, per le ragioni indicate ai successivi commi 17, 18 e 19 e per fatti o atti sopravvenuti, ai soggetti di cui all'art. 45, comma 2, lettere b) e c), 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”*.

L'art. 48 del d.lgs. cit., al comma 17, precisa che: *“Salvo quanto previsto dall'articolo 110, comma 5, in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione del mandatario ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'art. 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purchè abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante deve recedere dal contratto”*;

L'art. 48 cit., al comma 8, prevede, altresì, che: *“Salvo quanto previsto dall'articolo 110, comma 5, in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione di uno dei mandanti ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purchè questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire”*.

Il comma 19 bis del medesimo articolo dispone: *“Le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche con riferimento ai soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b), c) ed e)”,* mentre il comma 19 ter precisa: *“Le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verificano in fase di gara”*.

18.3. Ciò premesso, la prevalente giurisprudenza amministrativa, mutuando anche i principi informatori compendati all'articolo 45 del d.lgs. n. 50/2016, qualifica consorzi stabili quei 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. Il Consiglio di Stato ha, in più occasioni, chiarito che 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. 50/2016, 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 poter 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 presentazioni 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).

Si ritiene, pertanto, che il riferimento aggiuntivo del codice dei contratti pubblici alla 'comune struttura di impresa' induce a concludere nel senso che costituisce un predicato indefettibile di tali soggetti l'esistenza di un'azienda consortile, intesa nel senso civilistico di 'complesso di beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa'.

18.4. Dall'elaborazione giurisprudenza sul punto è, quindi, emerso che, a differenza dei 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 interlocutore nella procedura di gara, sebbene espressione di una realtà plurisoggettiva.

18.5. Il Collegio è al corrente dell'indirizzo della dottrina che desume la differenza tra consorzi stabili e raggruppamenti temporanei dalla lettura dell'art. 48, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016, il quale prevede che: *“E' fatto divieto ai concorrenti di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti, ovvero di partecipare alla gara anche in forma individuale qualora abbia partecipato alla gara medesima in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti. I consorzi di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre; a quest'ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara; in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio sia il consorziato”*. Con riferimento a tale profilo, questo indirizzo ritiene di differenziare anche la modalità di partecipazione alla gara e, quindi, l'approccio interpretativo dei requisiti soggettivi con riferimento alle varie fasi della procedura.

Secondo questo orientamento, l'alterità che connota i consorzi stabili rispetto ai propri componenti varrebbe a differenziarli sia rispetto ai raggruppamenti temporanei che ai consorzi ordinari, e troverebbe indiretta conferma nel fatto della possibilità, a determinate condizioni, di una partecipazione congiunta alla medesima gara. E da ciò deriverebbe appunto un diverso regime di partecipazione alla gara tra i raggruppamenti temporanei e i consorzi ordinari, da un lato, ed i consorzi stabili dall'altro (Cons. Stato, sez. III, 4.2.2019, n. 865).

Tale interpretazione certamente investe profili di differenze rispetto ai consorzi ordinari e raggruppamenti temporanei con riferimento ai requisiti di partecipazioni alla procedura di appalto, secondo quanto anche in ambito comunitario si è affermato. L'art. 48, comma 7, del d.lgs. 50/2016 porrebbe, per la giurisprudenza unionale, una presunzione assoluta d'interferenza reciproca tra i suddetti soggetti, anche nel caso in cui il consorzio non sia intervenuto nel procedimento per conto e nell'interesse di dette imprese; né è consentito ai suddetti operatori di dimostrare che le loro offerte sono state formulate in modo pienamente indipendente e che non vi è un rischio di influenza sulla concorrenza tra offerenti (cfr. Corte giustizia UE, sez. IV, 23.12.2019, n. 376).

In virtù della sua configurazione giuridica, infatti, il consorzio stabile può partecipare alle procedure di appalto in nome proprio e nell'interesse proprio, oltre che anche nell'interesse di tutti o solo di alcuni consorziati. Se partecipa anche nell'interesse di alcuni consorziati, deve indicarli espressamente in sede di offerta. Costoro non potranno partecipare alla medesima gara in nessuna altra forma, pena l'esclusione loro e del consorzio.

La Corte di giustizia UE (Corte di Giustizia, sez. IV, 23 dicembre 2009, *Serrantoni S.r.l. e Consorzio stabile edili Scrl c. Comune di Milano*, in causa C- 376/08), è giunta ad ammettere la contemporanea partecipazione alla gara del consorzio stabile e della consorziata, ove quest'ultima non sia stata designata per l'esecuzione del contratto e non abbia, pertanto, concordato la presentazione dell'offerta.

Tale soluzione è stata condivisa dal Codice dei contratti pubblici, in quanto l'art. 48, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016 vietando espressamente che alla stessa procedura possano partecipare i consorziati indicati in sede di gara, implicitamente ammette la partecipazione di tutti gli altri consorziati.

18.6. Il Collegio ritiene che le evidenziate differenze tra consorzi stabili e consorzi ordinari e i raggruppamenti temporanei di imprese non rilevano ai fini della questione oggetto di esame, essendo distinzioni che investono i requisiti di esternalizzazione della partecipazione alle procedure di gara da parte degli operatori giuridici, e non si riferiscono all'evenienza del venire meno dei requisiti di una consorziata designata in corso di gara.

Invero, 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 immodificabilità 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”.*

Se la ‘ratio legis’ delle disposizioni che regolamentano i consorzi stabili depongono verso l’applicabilità dei principi di cui si discute, va tenuto conto anche, a conforto di tale tesi argomentativa, dello specifico trattamento giuridico ad essi riservato, quanto ai requisiti soggettivi di partecipazione prevista per i consorzi stabili.

I consorzi stabili e gli altri consorzi di cui all’art. 45, comma 2, lett. c) hanno fino a questo

momento goduto sostanzialmente del medesimo trattamento giuridico quanto ai requisiti soggettivi di partecipazione e alla disciplina applicabile in caso di mutamento della compagine associativa sia in corso di partecipazione alla procedura selettiva e sia in corso di esecuzione del contratto, poiché configurano entrambi delle strutture stabili e non occasionalmente create o da crearsi per la partecipazione ad una procedura selettiva.

Il comma 7 *bis* dell'art. 48 prevede per i soggetti di cui all'art. 45 comma 2, lett. b) e c) che sia consentito designare un'impresa esecutrice diversa da quella indicata in sede di gara, anche per fatti o atti sopravvenuti diversi da quelli previsti specificamente dai commi 17, 18 e 19, 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. Relativamente alla possibilità di estromettere determinate imprese in corso di esecuzione ovvero in corso di gara, si sottolinea che i commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche relativamente ai consorzi stabili e ai consorzi di società cooperative di produzione e lavoro e di imprese artigiane, in forza del rinvio operato dal comma 19 bis del medesimo art. 48 cit.

Come risulta dal dettato normativo (comma 19 *bis* dell'art. 48), infatti, le disposizioni sono applicabile anche ai consorzi stabili.

19. La *ratio* del principio dell'immodificabilità soggettiva dei raggruppamenti e dei consorzi ordinari riposa nell'esigenza di assicurare all'amministrazione aggiudicatrice una conoscenza piena dei requisiti di idoneità morale, tecnico – organizzativa ed economico – finanziaria dei concorrenti, al fine di scongiurare il rischio che questa verifica venga vanificata o elusa con modificazioni soggettive in corso di gara o di esecuzione del contratto, delle imprese candidate.

Proprio in considerazione delle ragioni anzidette, il metodo di indagine fino a questo punto seguito deve tenere conto anche dell'evoluzione della giurisprudenza in tema di consorzi ordinari, con riferimento al limite del divieto di modifica della composizione del consorzio (ordinario), in fattispecie in cui il consorzio è stato escluso da una procedura di gara per carenza dei requisiti di partecipazione in capo ad una delle consorziate indicate, per l'esecuzione dell'appalto in caso di aggiudicazione. La giurisprudenza in passato ha ritenuto che: a) è precluso al consorzio la sostituzione del soggetto indicato come esecutore dell'appalto; ammettere la sostituzione successiva della consorziata, in caso di esito negativo della verifica sul possesso dei requisiti generali, significherebbe eludere le finalità sottese alle prescrizioni di gara che richiedono l'indicazione delle consorziate che eseguiranno il servizio e la loro dichiarazione sul possesso dei requisiti generali di partecipazione; b) è consentita la modifica 'in riduzione', vale a dire l'eliminazione, senza sostituzione, di una delle consorziate, con conseguente esecuzione dell'appalto integralmente dalle altre, a condizione che la modifica della compagine in senso riduttivo avvenga per esigenze organizzativo proprie del consorzio e non, invece, per eludere la legge di gara, e, in particolare, per evitare la sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo alla consorziata, che viene meno attraverso l'operazione riduttiva (Adunanza Plenaria 4 maggio 2012, n. 8).

Successivamente la giurisprudenza ha chiarito che la sostituzione della consorziata esecutrice è sempre possibile, in ragione del rapporto organico tra consorziata e consorzio, ma la

modifica in riduzione sarebbe consentita alle condizioni *'che quelle che restano a farne parte siano comunque titolari, da sole, dei requisiti di partecipazione e di qualificazione'* (Cons. Stato, V, 26 aprile 2018, n. 2537; Sez. V, 17 luglio 2017, n. 3507).

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.

Diversamente, l'esclusione dell'operatore è, comunque, dovuta per il principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione per il quale essi devono essere mantenuti senza soluzione di continuità alla data di presentazione della domanda e quella di aggiudicazione, e per tutta la fase di esecuzione in caso di aggiudicazione del contratto (Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2020, n. 2397).

Per tale ragione, si è detto che il problema dell'accertamento della finalità elusiva dell'esclusione, se essa risponda ad effettive ragioni organizzative ovvero sia stata effettuata per evitare l'esclusione dalla procedura, può porsi nel caso in cui il soggetto estromesso, consorziata o impresa raggruppata, abbia perduto, *medio tempore* i requisiti di partecipazione, non certo qualora non li abbia mai avuti, perché, in tal caso, era preclusa sin dall'inizio la sua partecipazione alla procedura di gara, e la riduzione è vicenda successiva della compagine partecipante che risulta del tutto irrilevante per la stazione appaltante.

Da qui la propensione da parte della giurisprudenza di allargare le maglie in tema di partecipazione, perché nell'ambito della disciplina dei raggruppamenti e consorzi ordinari, si è visto che l'art. 47, comma 9 del Codice dispensa dall'immodificabilità della compagine soggettiva dei partecipanti al ricorrere delle sole ipotesi indicate ai commi 17 e 18 del medesimo articolo, che riportano le peculiari fattispecie di sostituzione del mandante o del mandatario nei casi di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione del mandatario ovvero, qualora di tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo, ovvero in caso di perdita dei requisiti di cui all'art. 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia.

20. Il Collegio rileva che non può non tenersi conto dei recenti arresti giurisprudenziali, sostanzialmente riferiti ai consorzi ordinari e ai raggruppamenti temporanei, ma certamente applicabili, in ragione della medesima *'ratio decidendi'*, anche in tema di modifica soggettiva del consorzio stabile, nell'ipotesi di perdita dei requisiti in sede di gara della consorziata designata.

Si è già detto che relativamente ai consorzi stabili, il comma 7 *bis* dell'art. 48, ad essi espressamente riferito (a sua volta inserito con l'art. 32 del d.lgs. n. 56 del 2017), consente per le stesse ragioni di cui ai commi 17 e 18 (quindi anche perdita dei requisiti ex art. 80), 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 tal sede la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa"*

consorziata".

La disposizione va letta in combinato disposto con il comma 19 *ter* (modifiche soggettive in fase di gara).

La piana lettura degli articoli è in linea con la tesi argomentativa favorevole all'applicabilità dei principi affermati dall'Adunanza Plenaria n. 2 del 2022.

Va subito chiarito, infatti, che nessuna interpretazione restrittiva può essere ammessa, in quanto tale impostazione finirebbe per dare sostanza ad una evidente contraddizione tra situazioni che, al contrario, devono essere analogamente disciplinate, nel senso che per i consorzi stabili sarebbe consentita la sostituzione in fase di gara della mandataria o della mandante e non dell'impresa designata, ancorchè tale ultima evenienza potrebbe essere considerata un evento meno significativo nella modifica soggettiva dell'operatore economico.

Invece, le disposizioni richiamate devono essere interpretate nel senso di ammettere anche la sostituzione dell'impresa designata non solo in fase di esecuzione, ma anche in fase di gara.

Ciò in quanto, diversamente opinando, si determinerebbe l'effetto irragionevole di creare disparità di trattamento tra varie ipotesi di sopravvenienze, riferite ad istituti sotto tale profilo sostanzialmente assimilabili (consorzi stabili, consorzi ordinari e raggruppamenti di imprese), pur se, come si è detto, con evidenti differenziazioni.

Resta implicito che in nessun caso la modifica soggettiva possa consentire il subentro di un soggetto privo dei requisiti di partecipazione e di qualificazione.

21. Tale approdo ermeneutico va sostenuto anche in ragione delle seguenti ulteriori considerazioni.

Si è già detto che il dettato normativo non consente un diverso indirizzo, anche in ragione degli approdi della giurisprudenza amministrativa in tema di requisiti di partecipazione alla gara dei consorzi stabili. E appare dirimente, anche, quanto si è precisato 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 non osta, anzi suggerisce la regolamentazione della vicenda secondo i criteri individuati dall'Adunanza Plenaria.

Ciò in considerazione 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.

Ne consegue che, a maggior ragione, ogni obiezione alla modifica soggettiva dovrebbe ritenersi superata, tenuto conto che l'Adunanza Plenaria, con la sentenza richiamata, con

condivisibile percorso argomentativo, ha ritenuto ammissibile la modificazione soggettiva in fase di gara, pur rilevando che, al contrario dei consorzi stabili, i raggruppamenti temporanei, essendo centri autonomi di imputazione di rapporti giuridici e potendo avere una struttura organizzativa che provveda all'espletamento in comune di alcune funzioni, rimangono operatori plurisoggettivi, operando come mandatarî di tutte le imprese della compagine.

22. A questo punto, i rilievi sopra enunciati sono supportati da una ulteriore precisazione: tale rapporto di 'mandato' non sussiste tra consorzio stabile e imprese consorziate.

Invero, con specifico riferimento alla qualificazione giuridica della relazione tra consorzio stabile e imprese consorziate, va condivisa la soluzione interpretativa prospettata dalla Corte Suprema di Cassazione, con sentenza n. 1192 del 2018, secondo cui: *"I consorzi stabili, con rilevanza esterna, previsti dalla legge n. 109 del 1994, sono enti collettivi dotati di autonomia soggettiva, organizzativa e patrimoniale rispetto alle imprese consorziate, sicchè è il consorzio l'unico soggetto legittimato ad agire nei confronti del committente e titolare delle somme riscosse in esecuzione del contratto"*.

Secondo la Corte un aspetto che non può essere messo in discussione riguarda l'autonomia, sul piano giuridico ed organizzativo, del consorzio rispetto alle imprese consorziate, venendo in rilievo un ente collettivo dotato di autonoma organizzazione, qualificazione e soggettività.

In particolare, *"la circostanza che il consorzio stabile costituisce un autonomo soggetto di diritto dotato di autonoma qualificazione e di un patrimonio autonomo (come si desume dalla previsione concernente la responsabilità solidale verso la stazione appaltante) impedisce ogni assimilazione tra consorziate del consorzio stabile e imprese mandanti di raggruppamenti temporanei di imprese, proprio per la ontologica differenza di struttura tra il primo e i secondi, per converso privi di personalità giuridica autonoma"*.

I giudici di legittimità chiariscono che tra consorzio e consorziate non vi è traccia di un rapporto di 'mandato', nel quadro complessivo del rapporto consortile, atteso che: *"il vincolo in forza del quale le consorziate provvedono a dare esecuzione al contratto stipulato non si giustifica, sotto il profilo negoziale, nell'assegnazione che non può essere considerata un contratto (e quindi né un subappalto né un mandato), ma solo un atto unilaterale recettizio, bensì nel momento antecedente all'assegnazione e costituito dalla costituzione e dall'adesione al consorzio, unico atto negoziale contenente l'incarico di stipulare il contratto di appalto per conto delle consorziate e l'ulteriore incarico di determinare di volta in volta a quale tra essere gli appalti assunti dovranno essere assegnati"*.

Dalla natura del rapporto tra consorzio stabile e singole consorziate, nonché dalla peculiare struttura dell'istituto, consegue che la sostituzione dell'impresa, che ha perso i requisiti ai sensi dell'art. 80 cit., non pregiudica la struttura originaria del consorzio che ha partecipato alla gara, in quanto autonomo soggetto di diritto, dotato di distinta qualificazione, stante la ontologica distanza tra la propria soggettività e quella delle imprese consorziate. Va condivisa, infatti, la ricostruzione dell'istituto fatta dalla dottrina più attenta, sostenuta anche dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui *"il vincolo in forza del quale le consorziate provvedono a dare esecuzione al contratto stipulato non si giustifica, sotto un profilo negoziale,*

nell'assegnazione che non può essere considerata un contratto (e quindi né un subappalto né un mandato), ma solo un atto unilaterale recettizio".

Tale atto unilaterale, avente funzione di incarico della consorziata designata, reso al momento della costituzione del consorzio, può bene essere revocato, in quanto ciò non muta la struttura del consorzio stesso, così come il medesimo incarico può essere affidato ad altra impresa, anche in fase di gara, in ipotesi di venir meno dei requisiti della precedente incaricata.

A tale fine, giova ancora sottolineare la dichiarata autonomia che impedisce ogni assimilazione tra consorziate e consorzio stabile, atteso che i partecipanti al consorzio stabile danno vita ad una stabile struttura di impresa collettiva, la quale, oltre a presentare una propria soggettività giuridica con autonomia anche patrimoniale, rimane distinta e autonoma rispetto alle aziende dei singoli imprenditori ed è strutturata, quale azienda consortile, per eseguire, anche in proprio (ossia senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate), le prestazioni affidate a mezzo del contratto.

Ne consegue che la modifica in sostituzione non inficia la natura del consorzio, trattandosi 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 ragione del fatto, già evidenziato, 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.

Diversamente opinando, si 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.

Tale interpretazione è in linea con i principi sostenuti dal legislatore comunitario, dovendosi rammentare che la Corte di Giustizia UE, in più occasioni, ha adottato una nozione funzionale di impresa, incentrata sullo svolgimento di attività economica, anziché sulle caratteristiche dell'operatore professionale; per impresa deve intendersi l'organismo che: *"esercita un'attività economica, offrendo beni e servizi su un determinato mercato, a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento"*.

Il principio è stato ribadito anche dalla giurisprudenza nazionale, secondo cui: *"per imprenditore deve intendersi qualsiasi operatore economico, persona fisica o giuridica, che offra sul mercato lavori, prodotti e servizi, secondo un principio di libertà di forme. Ne consegue che l'elenco dei soggetti ammessi alle gare, di cui all'art. 34, codice dei contratti pubblici – dlgs. n. 163 del 2006 non è da considerarsi tassativo"* (Cons. Stato, sez. VI, 16 giugno 2009, n. 3897).

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.

23. 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 esclusione del Consorzio Stabile Olimpo, laddove ha ritenuto inammissibile la sostituzione della consorziata DBF Services, e conseguentemente è illegittima l'aggiudicazione dell'appalto alla società Citypost s.p.a., che dall'esclusione è scaturita.

La pronuncia di illegittimità dell'esclusione 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 dell'esclusione e del provvedimento di aggiudicazione definitiva del Lotto 1 dell'appalto in favore di Citypost s.p.a., e, quindi, per invalidità derivata anche dell'escussione della cauzione provvisoria.

24. Orbene, risulta dai fatti di causa, che in data 6.11.2021 è stato sottoscritto il contratto ID 2258 dal Ministro della Giustizia, e in data 24.11.2021 da Sailpost s.p.a. (ex Citypost s.p.a.) per il servizio di raccolta, smistamento, trasporto e distribuzione/recapito della corrispondenza cartacea ed internazionale, per la durata di 36 mesi.

Per tale ragione, non può trovare accoglimento la domanda del Ministero della Giustizia di estromissione dal giudizio, non riscontrandosi, in virtù della sottoscrizione del contratto, il difetto dei presupposti sui quali si fonda la presenza in giudizio della parte, ossia il difetto di legittimazione (originario o sopravvenuto).

L'appellante ha censurato la sentenza impugnata nella parte in cui ha respinto genericamente e/o non ha esaminato la domanda di subentro, previa declaratoria di inefficacia del contratto stipulato con la controinteressata. Ha, pertanto, riproposto la domanda di subentro nell'esecuzione del servizio per la commessa residua, specificando che *"poiché il servizio ha la durata di 36 mesi è evidente l'interesse dell'odierna appellante all'esecuzione delle commesse residue fino alla naturale scadenza del contratto medesimo"*.

Ciò premesso, il Collegio rileva che, nella specie, non sussistono motivi ostativi desumibili dal

disposto dell'art. 122 c.p.a. all'accoglimento della suddetta domanda, atteso che non risulta in nessun modo emersa, dalla difesa dei resistenti, alcuna valida contestazione sulla natura fungibile dei servizi relativi all'appalto Lotto n. 1.

Va, altresì, precisato che lo stato di esecuzione del contratto appare compatibile con il subentro, e l'appellante ha riproposto, in sede di appello, l'istanza di declaratoria di inefficacia e di subentro nel contratto nei termini sopra specificati.

Ne consegue che, in ragione del *petitum* illustrato con il ricorso in appello, previa dichiarazione di inefficacia del contratto ex art.122 c.p.a., va disposto il subentro, nell'esecuzione del servizio per la commessa residua fino alla naturale scadenza del contratto, dell'appellante RTI Consorzio Stabile Olimpo (capogruppo mandatario) con le mandanti Centro Campania Recapiti s.r.l., Pony Service s.r.l., Post & Service s.r.l., NIAL Mail s.r.l., Prisma Service Soc. Coop. e CRC Post. S.r.l., previe le dovute determinazioni della Stazione appaltante sull'aggiudicazione in suo favore e verifica nei suoi confronti del possesso dei requisiti di partecipazione e di esecuzione.

Ai fini del subentro nei termini sopra specificati, vanno fatti salvi i successivi provvedimenti della Stazione appaltante, che dovrà verificare la sussistenza dei presupposti e delle condizioni della sostituzione della consorziata designata o di altra riorganizzazione del raggruppamento, valutando la permanenza dei requisiti di partecipazione e di qualificazione e, altresì, l'incidenza della modifica soggettiva sul piano dell'offerta formulata.

Come precisato da questo Consiglio, con sentenza n. 2476 del 2021, il subentro è uno strumento di tutela in forma specifica (art. 124 c.p.a.) volto ad assicurare il medesimo bene che sarebbe originariamente spettato al ricorrente, alle medesime condizioni d'offerta dello stesso ricorrente, quindi, deve operare in relazione alle condizioni del contratto originario divenuto inefficace.

Per tale ragione, a seguito delle suddette verifiche, la Stazione appaltante valuterà, impregiudicata ogni discrezionalità, anche al fine di evitare e/o prevenire eventuali pretese risarcitorie ulteriori e aggiuntive per la fase di esecuzione già svoltasi, in caso di attuale positivo riscontro dei requisiti in vista della stipula, la fattibilità, e l'eventuale opportunità, di una stipula del contratto di durata tale da attribuire l'intero bene della vita che il ricorrente avrebbe ottenuto alle condizioni dell'offerta dallo stesso presentata (ossia il diritto al subentro integrale per un periodo corrispondente a quello della durata originaria del servizio).

25. In definitiva, l'appello va accolto. A tale accoglimento consegue, in riforma della sentenza di primo grado, l'accoglimento del ricorso originario proposto da Consorzio Stabile Olimpo, in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del RTI costituito, l'annullamento degli atti impugnati ed il subentro dell'appellante, previa dichiarazione di inefficacia del contratto, nell'esecuzione del servizio della commessa residua fino alla naturale scadenza del contratto.

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 sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso introduttivo proposto dal Consorzio appellante, e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati, dichiara l'inefficacia del contratto stipulato con Citypost s.p.a., e dispone il subentro in favore del RTI Consorzio Stabile Olimpo (capogruppo mandatario) con le mandanti Centro Campania Recapiti s.r.l., Pony Service s.r.l., Post & Service s.r.l., NIAL Mail s.r.l., Prisma Service Soc. Coop. e CRC Post. s.r.l., nell'esecuzione del servizio delle commesse residue e fino alla naturale scadenza del contratto.

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

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

Così deciso in Roma nella udienza pubblica del giorno 14 luglio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere, Estensore