

Sulla partecipazione dei consorzi stabili alle procedure di evidenza pubblica suddivise in lotti

di Carlo Marziale

Data di pubblicazione: 8-3-2021

Il consorzio stabile è un soggetto giuridico autonomo, costituito in forma collettiva e con causa mutualistica, che opera 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".

I requisiti generali di partecipazione vanno posseduti dalle consorziate indicate per l'esecuzione dei lavori, al fine di impedire che queste possano giovare della copertura dell'ente consortile ed eludere così i controlli demandati alle stazioni appaltanti. Conseguentemente, la carenza dei requisiti generali in capo ad una delle consorziate comporta l'esclusione del consorzio intero dall'intera procedura di gara suddivisa in lotti.

GUIDA ALLA LETTURA

Con la pronuncia in esame, i giudici di Palazzo Spada dissolvono eventuali dubbi interpretativi in merito all'obbligatorietà dell'esclusione dei consorzi stabili nei casi in cui venga accertata la carenza dei requisiti generali in capo ad una delle consorziate nell'ambito di procedure di gara suddivise in lotti.

Precisamente, il contenzioso riguardava una procedura - da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - per la conclusione di un accordo quadro, suddivisa in sei lotti autonomi. Nell'ambito di tale gara, il consorzio stabile veniva escluso da tutti i lotti in quanto la stazione appaltante, in sede di verifica della sussistenza dei requisiti di partecipazione dichiarati, aveva riscontrato l'esistenza di gravi violazioni tributarie definitivamente accertate a carico di due consorziate indicate quali esecutrici di un determinato lotto. Pertanto, dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale, il ricorrente ha impugnato gli atti della procedura ritenendo che il provvedimento di esclusione non avrebbe dovuto riguardare anche l'altro lotto in relazione al quale era stata presentata un'offerta.

Il giudice di primo grado aveva rigettato il ricorso e risolto la *res controversa* in punto di fatto, affermando che nella documentazione di gara presentata dal consorzio stabile non era possibile distinguere quali consorziate avrebbe dovuto eseguire i singoli lotti.

Diversamente, nel giudizio d'appello, il Consiglio di Stato ha affrontato la questione sotto il

profilo prettamente giuridico, contribuendo in tal modo a chiarire sia la natura dei consorzi stabili sia le modalità di partecipazione alle procedure di evidenza pubblica.

Ebbene, in via generale, alle procedure di affidamento dei contratti pubblici sono ammessi a partecipare gli operatori economici nella cui definizione - ai sensi dell'art. 45, comma 2, del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 sono ricompresi anche *“i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 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 tal fine una comune struttura di impresa”*.

Il successivo art. 47 del Codice dei contratti pubblici stabilisce espressamente che:

“1. I requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi con le modalità previste dal presente codice, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate.

2. I consorzi stabili di cui agli articoli 45, comma 2, lettera c), e 46, comma 1, lettera f), eseguono le prestazioni o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante. Per i lavori, ai fini della qualificazione di cui all'articolo 84, con il regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, sono stabiliti i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni. L'affidamento delle prestazioni da parte dei soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettera b), ai propri consorziati non costituisce subappalto.

2-bis. La sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara per l'affidamento di servizi e forniture è valutata, a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati. In caso di scioglimento del consorzio stabile per servizi e forniture, ai consorziati sono attribuiti pro quota i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi maturati a favore del consorzio e non assegnati in esecuzione ai consorziati. Le quote di assegnazione sono proporzionali all'apporto reso dai singoli consorziati nell'esecuzione delle prestazioni nel quinquennio antecedente.”

Alla luce delle richiamate previsioni, la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che *“il consorzio stabile è soggetto giuridico autonomo, costituito in forma collettiva e con causa mutualistica, che opera in base ad uno stabile rapporto organico con le imprese associate, in forza del quale può giovare, senza dover ricorrere all'avvalimento, degli stessi requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse, secondo il criterio del “cumulo alla rinfusa”; pertanto, ferma restando la possibilità di qualificarsi con i requisiti posseduti in proprio e direttamente, può ricorrere anche alla sommatoria dei requisiti posseduti dalle stesse*

imprese partecipanti” (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 11 dicembre 2020, n. 7943).

Dunque, l'elemento essenziale per identificare l'esistenza di un consorzio stabile è 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. in questi termini Cons. Stato, III, 4 febbraio 2019, n. 865; Sez. V, 2 maggio 2017 n. 1984; 17 gennaio 2018, n. 276).

La ratio dell'istituto è quella di garantire la partecipazione delle piccole e medie imprese a procedure di gara alle quali non avrebbero potuto partecipare singolarmente e di garantire al tempo stesso l'instaurazione di un rapporto mediato tra l'amministrazione e la consorziata dato proprio dal consorzio e dalla struttura consortile (cfr. sul punto, Cons. Stato, Sez. V, 13 ottobre 2020, n. 6165).

Tanto premesso, deve rilevarsi che la giustizia amministrativa è granitica nell'affermare che *“i requisiti generali di partecipazione vanno posseduti dalle consorziate indicate per l'esecuzione dei lavori, al fine di impedire che queste possano giovare della copertura dell'ente consortile ed eludere così i controlli demandati alle stazioni appaltanti”* (cfr. Cons. Stato, V, 29 gennaio 2018, n. 607; Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 8; Sez. VI, 13 ottobre 2015, n. 4703; Sez. V, 17 maggio 2012, n. 2582). Di talché la carenza dei requisiti generali in capo ad una delle consorziate comporta l'esclusione del consorzio dall'intera procedura di gara.

Con la sentenza in esame, il Consiglio di Stato chiarisce che tale esclusione si rende necessaria anche in relazione alle gare suddivise in lotti. Invero, l'esclusione soltanto per alcuni lotti *“farebbe del consorzio stabile non più un operatore economico unitario ma moltiplicabile in ragione delle consorziate indicate per l'esecuzione del singolo lotto dell'appalto”*. In particolare, il giudice d'appello ha aggiunto che questa evenienza determinerebbe *“uno sdoppiamento all'interno della medesima gara dello stesso consorzio, il quale si avvantaggerebbe di tale sua peculiare composizione per eludere la regola generale che impone il possesso dei requisiti generali sin dal momento di presentazione della domanda di partecipazione da parte di tutte le imprese con le quali l'amministrazione viene in rapporto”*.

Pertanto, l'esclusione del consorzio stabile - nel caso in cui venga accertata la carenza dei requisiti generali in capo ad una delle consorziate nell'ambito di procedure di gara suddivise in lotti - risulta necessaria e doverosa in quanto costituisce *“la corretta attuazione delle finalità a fondamento della scelta legislativa diretta a consentire la partecipazione alla procedura di gara solamente a quegli operatori economici in regola con ogni adempimento fiscale e contributivo”*.

In applicazione dei predetti canoni interpretativi, il Consiglio di Stato ha respinto l'appello e confermato la sentenza emessa dal giudice di prime cure sebbene con una diversa motivazione.

REPUBBLICA ITALIANA**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO****Il Consiglio di Stato****in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 7927 del 2020, proposto da Consorzio Nazionale Sicurezza s.c. a r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avvocato Ernesto Stajano, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Sardegna, 14;

contro

Poste Italiane s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Luciano Martucci e Gennaro Terracciano, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Gennaro Terracciano in Roma, piazza San Bernardo, 101;

nei confronti

Sicuritalia s.p.a., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione Terza) n. 09661/2020, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 gennaio 2021 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Ernesto Stajano e Gennaro Terracciano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando di gara pubblicato in Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana il 25 luglio 2018, Poste Italiane s.p.a. indicava una procedura di gara, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per la conclusione di un accordo – quadro per la fornitura del servizio di manutenzione degli impianti di sicurezza situati presso gli uffici postali, immobili direzionali e industriali di Poste Italiane. L'appalto era suddiviso in sei lotti autonomi, il quinto lotto riguardava il territorio di Abruzzo, Molise, Campania, Puglia, il sesto lotto quello di Calabria, Basilicata e Sicilia.

1.1. Il bando di gara prevedeva la possibilità per ciascun operatore economico di partecipare a tutti i lotti, ma con il limite dell'aggiudicazione solo in due di essi; era, per questo, prescritto al singolo operatore economico di presentare un'unica R.d.o – richiesta d'offerta a prescindere dalla partecipazione a più lotti contenente un unico D.G.U.E. – dichiarazione di gara unica europea e un'unica istanza di ammissione, da affiancare poi a distinte R.d.o. riferite ai singoli lotti per i quali intendeva proporre offerta.

1.2. Presentava offerta C.N.S. – Consorzio nazionale sicurezza s.c. a r.l. dichiarando di voler concorrere per il lotto cinque e per il lotto sei; tanto era specificato nell'unico D.G.U.E. presentato, nel quale, peraltro, erano elencate tutte le imprese esecutrici; anche queste ultime presentavano un proprio D.G.U.E. nel quale specificavano il lotto per il quale avrebbero concorso all'esecuzione (se lotto cinque o sei) cui aggiungevano altrettante istanze di ammissione in cui veniva barrata la casella relativa al lotto di interesse.

Infine, il Consorzio presentava distinte R.d.o. per i singoli lotti cui allegava distinta documentazione tecnica ed economica per ciascuno di essi.

1.3. Espletate le operazioni di gara, con distinti provvedimenti erano aggiudicati a C.N.S. il lotto cinque e il lotto sei per essere risultato in entrambi l'operatore economico meglio graduato; l'aggiudicazione era, comunque, condizionata all'esito positivo della verifica della sussistenza dei requisiti di partecipazione dichiarati ex art. 32 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

In sede di verifica la stazione appaltante, acquisite le certificazioni dei carichi pendenti risultanti al sistema informativo dell'Anagrafe tributaria, apprendeva che a carico delle consorziate Sammarco Security Service di Maurizio Sammarco e Sicurtel di Antonio Bellassi risultavano violazioni tributarie definitivamente accertate; ottenuti chiarimenti da parte del Consorzio, Poste italiane, con provvedimento dell'11 ottobre 2019 prot. P-ACQ.2019.0001816.U, annullava l'aggiudicazione a C.N.S. di entrambi i lotti per mancanza dei requisiti generali di partecipazione in ragione delle gravi violazioni tributarie definitivamente accertate a carico di due imprese indicate dal Consorzio nel proprio D.G.U.E. quali esecutrici dell'appalto.

Riscontrando, poi, l'istanza di autotutela del Consorzio, Poste Italiane s.p.a., con il provvedimento 8 novembre 2019, confermava la propria decisione evidenziando di aver disposto l'annullamento per aver *“preso atto che”* le consorziate risultate prive dei requisiti erano state *“indistintamente indicate dal Consorzio Nazionale di Sicurezza (...) per l'esecuzione dell'appalto sia per il lotto 5 che per il lotto 6...”*.

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, C.N.S. impugnava il provvedimento di annullamento in autotutela sulla base di due motivi:

- con il primo motivo lamentava violazione degli artt. 80, 48 comma 7, 51 e 32, comma 7, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50: la stazione appaltante avrebbe fatto erronea applicazione delle disposizioni in tema di partecipazione dei consorzi stabili (e dei consorzi di produzione e lavoro) alle procedure di gara per le quali la verifica del possesso dei requisiti generali andrebbe svolta solo con riferimento alle imprese concretamente designate per l'esecuzione dell'appalto, e, in una gara suddivisa in lotti, per i singoli lotti; poiché, allora, le imprese risultate prive del requisito di partecipazione erano state indicate come esecutrici per il lotto sei, come dimostrato da tutta la documentazione trasmessa alla stazione appaltante al momento di presentazione dell'offerta, non v'era ragione alcuna per escluderlo anche dal lotto cinque, se non aver ingiustamente assimilato la compagine delle imprese esecutrici indicate per i diversi lotti realizzando in questo modo una inspiegabile commistione degli esiti dei due lotti;

- con il secondo motivo la ricorrente sosteneva la violazione dell'art. 83, comma 9, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50: la stazione appaltante, piuttosto che procedere all'immediata esclusione del Consorzio da entrambi i lotti, avrebbe dovuto attivare il soccorso istruttorio per aver chiara contezza di quali imprese fossero state designate ad eseguire ciascun lotto per il quale il Consorzio aveva presentato offerta.

2.1. Successivamente, C.N.S. presentava motivi aggiunti avverso la nota 22 gennaio 2020 con la quale Poste Italia s.p.a. comunicava l'avvenuta aggiudicazione al r.t.i. – raggruppamento temporaneo di imprese con Saima Sicurezza s.p.a. come mandataria e Sicuitalia s.p.a. come mandante del lotto cinque.

2.2. Resistenti Poste Italiane s.p.a. e Sicuritalia s.p.a. il giudice di primo grado, con la sentenza della Sezione terza, 22 settembre 2020, n. 9661, respingeva il ricorso e i motivi aggiunti con spese di lite a carico della ricorrente.

Il tribunale:

- precisava che l'errore imputato a Poste Italiane s.p.a. era quello di aver esteso gli effetti (negativi) della verifica (anch'essa conclusasi negativamente) dei requisiti in capo alle consorziate eseguita per uno dei due lotti cui il Consorzio aveva partecipato, il lotto sei, anche all'altro lotto per il quale concorreva, il lotto cinque;

- riteneva pacifico in atti, perché non contestato dal Consorzio con specifiche censure proposte in giudizio, che le due consorziate Sammarco Security Service e Sicurtel fossero incorse in inadempimenti fiscali e previdenziali e che fossero, per questo, impossibilitate a partecipare alla procedura di gara; aggiungeva che, per la disciplina di gara, i consorzi stabili erano tenuti alla presentazione di un'unica domanda di ammissione per i sei lotti e che C.N.S. vi si era adeguato presentando un'unica istanza di partecipazione per i due lotti con la designazione di tutte le imprese esecutrici e così pure un unico D.G.U.E. con l'indicazione dei lotti d'interesse ed ogni altra indicazione richiesta dal formulario;

- concludeva sul punto nel senso che le disposizioni della legge di gara portavano ad escludere l'indipendenza tra le domande (e la documentazione che avrebbe dovuto corredare le medesime), e, allo stesso modo, la documentazione presentata dal Consorzio non dava alcuna possibilità di distinguere tra le consorziate che avrebbero eseguito l'appalto per il lotto cinque e quelle che avrebbero eseguito il lotto sei;

- riteneva, affrontando il secondo motivo dell'appello, non assentibile la richiesta di soccorso istruttorio, poiché, per tale via, il Consorzio avrebbe potuto procedere ad una sostituzione delle consorziate *ab origine* prive dei requisiti in violazione del principio di immodificabilità dei partecipanti (se non, quanto ai consorzi, nei casi di procedure concorsuali che abbiano interessato una delle consorziate e, comunque, a condizione che non sia finalizzata ad eludere la carenza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata) e della *par condicio* tra i partecipanti e contrariamente alla regola per cui il soccorso istruttorio può essere disposto allo scopo di consentire l'integrazione della documentazione già prodotta in gara e non per formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte.

3. Propone appello C.N.S. s.c.a r.l.; si è costituita Poste Italiane s.p.a.; è rimasta intimata Sicuritalia s.p.a., pur regolarmente citata.

Le parti hanno depositato memoria ex art. 73, comma 1, cod. proc. amm., cui sono seguite rituali repliche.

All'udienza del 21 gennaio 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo di appello è contestata la sentenza di primo grado per "*Violazione e falsa applicazione di legge: artt. 80, 48 c.7, 51 e 32 comma 7 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Violazione del principio del divieto di motivazione postuma. Errata percezione della documentazione di gara. Eccesso di potere per ingiustizia grave e manifesta irragionevolezza. Travisamento di fatto. Difetto di istruttoria e di motivazione*": per chiara indicazione giurisprudenziale, nel caso dei consorzi stabili, il possesso dei requisiti di partecipazione ad una procedura di gara è richiesto, oltre che al consorzio, solo alle imprese designate per l'esecuzione dell'appalto, per cui la stazione appaltante era tenuta, in sede di verifica dei requisiti, ad individuare le consorziate esecutrici di ciascun lotto mediante puntuale esame della documentazione trasmessa dal concorrente; era accaduto invece che la stazione appaltante prima, e il giudice di primo grado poi, avessero erroneamente percepito il contenuto della documentazione di gara presentata dal Consorzio e, per questo, errato nell'identificazione delle consorziate chiamate ad eseguire l'appalto per il lotto cinque.

L'appellante richiama nuovamente i documenti presentati all'atto della partecipazione alla procedura dai quali era possibile cogliere con certezza quali imprese consorziate fossero state designate (e, dunque avrebbe eseguito) per l'uno e l'altro lotto.

1.1. Congiuntamente può essere esaminato anche il secondo motivo di appello diretto a far

valere: “Violazione e falsa applicazione di legge: art. 83, c. 9, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Violazione e falsa applicazione di legge: artt. 3 e 6 della legge 7 agosto 1990, n. 241. Eccesso di potere per travisamento di fatto e irragionevolezza”: il giudice non avrebbe ben compreso la ragione di critica rivolta alla stazione appaltante nei motivi di ricorso per non aver adoperato il soccorso istruttorio, che non era quella di ottenere, per detta via, l’autorizzazione alla sostituzione delle consorziate esecutrici del lotto sei, rivelatesi prive dei requisiti di partecipazione, ma, piuttosto, fornire chiarimenti sulle imprese indicate nel proprio D.G.U.E. che avrebbero eseguito i diversi lotti, così da superare ogni possibile dubbio al riguardo.

2. Il primo motivo è infondato, il secondo inammissibile; la sentenza di primo grado merita conferma sia pure con diversa motivazione.

2.1. Preliminarmente occorre fissare con precisione il *thema decidendum* del presente giudizio; come precisato dal giudice di primo grado, si tratta di stabilire se sia conforme alle disposizioni che regolano la partecipazione di un consorzio stabile ad una procedura di gara suddivisa in lotti la decisione della stazione appaltante di disporre l’esclusione del consorzio dall’intera procedura per aver accertato la carenza dei requisiti generali di partecipazione relativamente ad imprese indicate come esecutrici di un singolo lotto.

Nel caso di specie, accertata la grave irregolarità tributaria di (due delle) imprese esecutrici del lotto sei, la stazione appaltante ha disposto l’esclusione del Consorzio da tutti i lotti per i quali aveva presentato domanda di partecipazione (e, quindi, anche dal lotto cinque).

2.2. L’appellata sentenza ha risolto la questione in punto di fatto: la disciplina di gara richiedeva la presentazione ai consorzi stabili di un’unica R.d.o. con indicazione generica (e non specifica per lotti) delle imprese esecutrici, come pure di un unico D.G.U.E. nel quale ripetere tale designazione, la documentazione trasmessa dal Consorzio vi si atteneva e dunque, in definitiva, non era possibile distinguere quali consorziate avrebbero eseguito l’uno e l’altro lotto.

Impossibile distinguere in punto di fatto tra le imprese esecutrici del lotto cinque e del lotto sei, la sentenza ha respinto le censure rivolte all’amministrazione di aver escluso il Consorzio dall’intera procedura di gara.

2.3. Tale soluzione non appare concludente: dalla documentazione trasmessa dal C.N.S. alla stazione appaltante era possibile evincere, adottando una minima diligenza, quali imprese fossero state designate per l’esecuzione dell’uno e dell’altro lotto.

Se è vero, infatti, che nel proprio D.G.U.E. C.N.S. aveva indicato le imprese esecutrici senza specificazioni, è vero pure che le singole consorziate nei rispettivi D.G.U.E. avevano specificato il lotto per il quale concorrevano (indicando, altresì, le altre consorziate interessate a quel lotto); allo stesso modo nelle istanze di ammissione presentate dalle consorziate erano barrate le caselle riferite al lotto di proprio interesse.

La documentazione di gara consentiva, pertanto, la contezza delle imprese esecutrici designate da C.N.S. per l’esecuzione dell’uno e dell’altro lotto; se, effettivamente, la

questione si fosse dovuta risolvere in punto di fatto, non era quella della sentenza la soluzione corretta.

Tuttavia, non può darsi soluzione alla questione posta dal giudizio in punto di fatto; occorre piuttosto procedere attraverso la rilevazione del dato normativo e della giurisprudenza che vi si è formata prendendo atto che, nell'odierno appalto, un medesimo *consorzio stabile* partecipando a più lotti nei quali era suddivisa la procedura aveva indicato per ciascuno di esse imprese esecutrici diverse (o parzialmente diverse).

D'altronde, è proprio l'unitaria situazione del consorzio stabile in sede di gara che è posta a giustificazione dell'annullamento in autotutela di entrambe le aggiudicazioni: questo è dimostrato dal fatto che, nel successivo atto di conferma (adottato in seguito all'istanza di autotutela del C.N.S.) la stazione appaltante precisava che il Consorzio Nazionale Sicurezza aveva presentato offerta per i lotti cinque e sei "*in qualità di concorrente*", salvo, aggiungere, ma a completamento, che le imprese esecutrici erano state "*indistintamente elencate*", senza con ciò volendo intendere che fosse impossibile distinguere le imprese esecutrici per l'uno e per l'altro lotto.

2.4. L'art. 45 (*Operatori economici*), 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 tal fine una comune struttura di impresa*».

Per la giurisprudenza, il *consorzio stabile* è un soggetto giuridico autonomo, costituito in forma collettiva e con causa mutualistica, che opera 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, V, 11 dicembre 2020, n. 7943; VI, 13 ottobre 2020, n. 6165; III, 22 febbraio 2018, n. 1112; V, 22 gennaio 2015, n. 244; III, 4 marzo 2014, n. 1030; in coerenza all'evoluzione del consorzio con attività esterna che, ritenuti in passato meri centri di imputazione di rapporti giuridici, sono ora considerati, specialmente in seguito alla l. 10 maggio 1976, n. 377 (*Modificazioni della disciplina del codice civile in tema di consorzi e di società consortili*), "*entità giuridiche, autonome rispetto alle imprese consorziate, nonché portatrici di interessi e posizioni giuridiche soggettive, distinti da quelli delle imprese stesse*" così Cass., I, 16 dicembre 2013, n. 28015).

Il consorzio è il solo soggetto che domanda di essere ammesso alla procedura – come ben evidenziato dall'appellante – e va a stipulare il contratto con l'amministrazione in nome proprio, anche se per conto delle consorziate cui affida i lavori; è il consorzio ad essere responsabile dell'esecuzione delle prestazioni anche quando per la loro esecuzione si avvale delle imprese consorziate (le quali comunque rispondono solidalmente al consorzio per l'esecuzione ai sensi dell'art. 94, comma 1, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 e art. 48, comma 2,

d.lgs. 18 aprile 2016, n.50).

2.5. Il precipitato logico di tale ricostruzione è che il *consorzio stabile* si presenta nella gara come un operatore economico unitario anche se, come nella vicenda qui in esame, la gara è suddivisa in lotti, e, per ciascun lotto, sono indicate imprese esecutrici diverse.

Se si tiene poi conto del fatto che i requisiti generali di partecipazione vanno posseduti dalle consorziate indicate per l'esecuzione dei lavori, al fine di impedire che queste possano giovare della copertura dell'ente consortile ed eludere così i controlli demandati alle stazioni appaltanti (cfr. Cons. Stato, V, 29 gennaio 2018, n. 607; Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8; VI, 13 ottobre 2015, n. 4703; V, 17 maggio 2012, n. 2582), se ne ha per conseguenza che la carenza dei requisiti generali in capo ad una delle consorziate comporta l'esclusione del consorzio intero dall'intera procedura di gara.

Diviene a questo punto irrilevante, dunque, stabilire se una procedura di gara suddivisa in lotti sia qualificabile come gara unica ovvero come più gare per quanti sono i lotti per essere il bando un atto ad oggetto plurimo che dà luogo a distinte procedure. Invero, quel che conta è che il consorzio partecipa alla procedura di gara come operatore economico unitario: per cui, alternativamente, o vi è ammesso, e, dunque, la sua offerta può legittimamente essere scrutinata per diversi lotti, oppure è escluso, ma dall'intera procedura, non solamente da uno dei lotti.

2.6. La tesi per la quale possa essere escluso da un lotto, ma rimanere in gara per gli altri, farebbe del *consorzio stabile* non più un operatore economico unitario ma moltiplicabile in ragione delle consorziate indicate per l'esecuzione del singolo lotto dell'appalto: il che sarebbe in contrasto con il principio – che si ricava indirettamente dall'art. 47, comma 7, del Codice dei contratti pubblici, che vieta alle consorziate indicate per l'esecuzione di partecipare in maniera autonoma alla stessa procedura di gara – che impone agli operatori economici di partecipare ad una procedura di gara in un'unica forma.

Si verificherebbe, infatti, uno sdoppiamento all'interno della medesima gara dello stesso consorzio, il quale si avvantaggerebbe di tale sua peculiare composizione per eludere la regola generale che impone il possesso dei requisiti generali sin dal momento di presentazione della domanda di partecipazione da parte di tutte le imprese con le quali l'amministrazione viene in rapporto.

2.7. In vicenda analoga, ma riguardante un raggruppamento di imprese che, partecipando ad una gara suddivisa in più lotti, si era avvalsa per uno dei lotti di suo interesse un'impresa ausiliaria rivelatasi poi priva del requisito della regolarità tributaria, il Consiglio di Stato, con sentenza V, 22 ottobre 2018, n. 6004, ha già ritenuto legittima l'esclusione dal raggruppamento da tutti i lotti per i quali aveva presentato domanda di partecipazione: *“...poiché, nel caso di specie, il mancato possesso di un requisito di ordine generale rende inaffidabile l'operatore, con riguardo a tutti i lotti in cui è stata suddivisa la gara, a prescindere dalla qualificazione della gara suddivisa in lotti quale ipotesi di gare autonome o di un'unica gara.”*

Quanto potrebbe apparire come una sanzione – l'esclusione del Consorzio da entrambi i lotti – costituisce in realtà la corretta attuazione delle finalità a fondamento della scelta legislativa diretta a consentire la partecipazione alla procedura di gara solamente a quegli operatori economici in regola con ogni adempimento fiscale e contributivo (pena la distorsione delle regole concorrenziale tra le imprese operanti nel medesimo settore di mercato).

2.8. Così risolta la questione, ne segue l'inammissibilità, prima ancora che l'infondatezza del secondo motivo di appello, nella parte in cui è criticata la scelta della stazione appaltante di non attivare il soccorso istruttorio al fine di fugare ogni possibile dubbio relativamente alle imprese consorziate che avrebbero eseguito l'uno e l'altro lotto: ammesso pure che la stazione appaltante abbia avuto tali dubbi, e con l'attivazione del soccorso istruttorio potessero essere risolti, ne sarebbe comunque derivata, per tutte le ragioni precedentemente esposte, l'esclusione dall'intera procedura di gara.

3. Con il terzo motivo di appello è contestato alla sentenza di primo grado "*Violazione e falsa applicazione degli artt. 45, c. 2, e 47 d.lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per travisamento di fatto e irragionevolezza. Difetto di istruttoria e di motivazione*": lamenta l'appellante l'illegittimità della decisione impugnata "*nella parte in cui ha escluso la rilevanza dell'esclusione delle due consorziate prive dei requisiti dal Consorzio Stabile prima dell'aggiudicazione*", e spiega che, riconosciuto il sopravvenuto difetto di un requisito di ordine generale da parte della consorziata indicata come esecutrice, la stazione appaltante avrebbe dovuto ammettere la c.d. modificazione in riduzione, possedendo il consorzio, anche in proprio e sin dalla partecipazione, tutti i requisiti richiesti dalla *lex specialis*.

4. Il motivo è inammissibile poiché formulato per la prima volta nel presente giudizio di appello in violazione dell'art. 104, comma 1, Cod. proc. amm.; ad onta della terminologia utilizzata, infatti, non v'è dubbio che l'appellante intenda contestare la scelta della stazione appaltante di non consentire la sua partecipazione alla procedura di gara anche in formazione ridotta conseguente all'esclusione delle due imprese consorziate indicate come esecutrici del lotto sei per carenza dei requisiti, essendo in grado di eseguire il servizio con le altre consorziate.

La doglianza, implicante altra ragione di illegittimità del provvedimento impugnato, andava, dunque, proposta nel ricorso di primo grado; ciò non è avvenuto e questo preclude che se ne possa conoscere qui per la prima volta.

5. In conclusione, l'appello va respinto e la sentenza di primo grado confermata sia pure con la diversa motivazione riportata.

6. La peculiarità della questione giustifica la compensazione delle spese di lite tra le parti in causa.

P.Q.M.

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

Compensa tra le parti in causa le spese del presente grado del giudizio.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 21 gennaio 2021 con modalità di cui all'art. 4, comma 1, 30 aprile 2020, n. 28 cui rinvia l'art. 25 d.l. 28 ottobre 2020, n. 137.