

Il C.g.a. deferisce all'Adunanza plenaria talune questioni concernenti gli effetti della perdita dei requisiti da parte di una impresa, socia di un consorzio stabile, non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori, alla luce del principio di continuità del possesso dei requisiti e delle sue possibili deroghe.

Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, ordinanza 29 dicembre 2020, n. 1211 – Pres. De Nictolis, Est. Boscarino

Contratti pubblici – Consorzi stabili – Principio di continuità dei requisiti e impresa consorziata non indicata quale esecutrice dei lavori – Deferimento all'Adunanza plenaria

Vanno deferite all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato le seguenti questioni:

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

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

(1) I. – Con l'ordinanza in rassegna, la sezione giurisdizionale del C.g.a. ha posto specifici quesiti in tema di possesso continuativo dei requisiti dell'impresa consorziata non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori (e natura giuridica di questa), anche per l'ipotesi in cui essa sia in possesso di una qualificazione che trova fonte in un rapporto di avvalimento con altra impresa.

L'ordinanza, nel richiamare in modo chiaro e compiuto le possibili soluzioni interpretative prospettabili, pone le basi per un intervento nomofilattico della Plenaria volto a delineare con chiarezza il quadro sistematico delle disposizioni di riferimento.

II. – La vicenda contenziosa che ha condotto al giudizio dinanzi al C.g.a. muove da una controversia instaurata, in primo grado, da un operatore economico che ha partecipato alla procedura aperta indetta dall'Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa s.p.a., procedura nella quale è originariamente rimasto aggiudicatario.

Successivamente l'aggiudicazione è stata, però, annullata in autotutela, poiché dagli accertamenti finalizzati alla verifica dei requisiti era risultato che detto operatore aveva perso l'attestazione di qualificazione SOA, relativamente alla categoria OS35, per effetto del venir meno della partecipazione al consorzio di una consorziata; tale circostanza era, in particolare, stata confermata con la nota dell'organismo di attestazione e risultava dalla certificazione SOA estratta dal casellario informatico dell'ANAC.

Oggetto della domanda caducatoria proposta in primo grado era, pertanto, il correlato provvedimento di annullamento, in autotutela, dell'aggiudicazione dell'appalto.

A sostegno della domanda parte ricorrente aveva evidenziato che non sarebbe più vigente l'obbligo del mantenimento del possesso dei requisiti dalla data di presentazione dell'offerta e sino all'esecuzione dei lavori, cosicché avrebbe dovuto tenersi conto del fatto che il Consorzio era qualificato nella categoria in questione (OS35) alla data della presentazione dell'offerta e, dopo la sua perdita, l'aveva riacquistata.

Il ricorso è stato rigettato con sentenza T.a.r. per la Sicilia, sez. I, 17 marzo 2020, n. 640 avverso la quale l'originaria parte ricorrente ha interposto appello, giudizio nell'ambito del quale si è innestato il deferimento alla Plenaria di cui trattasi.

III. – Con l'ordinanza in rassegna il Collegio giunge alla elaborazione dei quesiti sopra riportati sulla base del seguente percorso argomentativo:

- a) il Consorzio originariamente aggiudicatario, al momento della presentazione dell'istanza di partecipazione, possedeva la qualificazione nella categoria OS35, classifica III, in base al principio del c.d. "cumulo alla rinfusa", tramite la propria consorziata Tiemme energia s.r.l. (non designata per l'esecuzione dei lavori), la quale, a sua volta, la derivava da un rapporto di avvalimento con la Cargo s.r.l.;
- b) successivamente, veniva meno il rapporto tra le predette Tiemme e Cargo (per scelta di quest'ultima), cosicché, con provvedimento del 14 settembre 2018, l'organismo di attestazione dichiarava decaduta la prima (e quindi il Consorzio) dall'attestazione di qualificazione relativa alla categoria OS35;
- c) frattanto, l'assemblea dei soci del Consorzio dichiarava la Tiemme decaduta per perdita dei requisiti e contestualmente ammetteva "provvisoriamente" la Cargo, che veniva inserita in via definitiva nella compagine consortile il 18 gennaio 2019;
- d) solo in seguito ad espressa richiesta successivamente inoltrata (il 6 febbraio 2019) all'organismo di attestazione, quest'ultimo aggiornava le attestazioni di qualificazioni del Consorzio con l'aggiunta della categoria in questione;
- e) il giudice di prime cure correttamente ha ritenuto – in linea con l'orientamento espresso, da ultimo, da Cons. Stato, sez. V, 13 agosto 2020, n. 5030 – che nessun rilievo possa attribuirsi all'ammissione provvisoria ai fini dell'attribuzione della qualificazione nella categoria OS35, in applicazione del principio della valenza

costitutiva della certificazione rilasciata dagli organismi preposti, tenuto anche conto che lo stesso Consorzio ha chiesto l'aggiornamento della qualificazione solo dopo l'ammissione definitiva;

- f) ciò precisato, quanto al principio di continuità nel possesso dei requisiti (*id est*: principio secondo cui nelle gare di appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità), alla stregua dello stesso il Consorzio originario aggiudicatario non avrebbe potuto rimanere tale;
- g) quanto alla sostituibilità dell'impresa facente parte della forma associativa:
- g1) va rilevato, per un verso, che l'orientamento giurisprudenziale, formatosi sulla disciplina in materia di avvalimento, secondo cui la sostituzione dell'impresa ausiliaria durante la gara, ora consentita o, meglio, imposta dall'art. 89, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016, è istituito derogatorio rispetto al principio generale dell'immodificabilità soggettiva del concorrente nel corso della procedura e risponde all'esigenza di evitare l'esclusione dell'operatore per ragioni a lui non direttamente riconducibili e così, seppur di riflesso, di stimolare il ricorso all'avvalimento; il concorrente, infatti, può far conto sul fatto che, nel caso in cui l'ausiliaria non presenti i requisiti richiesti, potrà procedere alla sua sostituzione e non sarà, per ciò solo, escluso (Cons. St., sez. V, 21 febbraio 2018, n. 1101 e giurisprudenza ivi richiamata);
- g2) per altro verso, deve evidenziarsi che totalmente diversa sarebbe la situazione nel caso dei consorzi stabili, che non hanno alla loro base un'intesa temporanea finalizzata all'aggiudicazione della singola commessa (come si verifica nel caso dell'avvalimento), ma un'aggregazione stabile tra più soggetti che danno vita a un'impresa autonoma: I) in tali fattispecie l'impresa consorziata non è terza rispetto al consorzio, che risponde, pertanto, della sua condotta, senza che possa porsi un problema di affidamento incolpevole; II) non può, pertanto, a seguito della perdita della qualificazione per fatto della consorziata, invocarsi l'applicazione del principio della sostituibilità dell'ausiliaria operante nel diverso caso dell'avvalimento;
- h) il principio posto da Cons. Stato, Ad. plen. 20 luglio 2015, n. 8 (in *Urbanistica e appalti*, 2016, 88, con nota di GIACALONE) sull'obbligo del possesso continuativo

dei requisiti, potrebbe condurre ad un contrasto giurisprudenziale in un caso peculiare, quale quello oggetto di giudizio, in cui il consorzio stabile possedeva la qualificazione prescritta, in base al principio del c.d. cumulo alla rinfusa, tramite una propria consorziata (non designata per l'esecuzione dei lavori), la quale, a sua volta, la derivava da un rapporto di avvalimento, venuto meno per fatto dell'impresa avvalsa;

i) sul punto, sul versante normativo, va ricordato che:

i1) l'art. 48 d.lgs. n. 50 del 2016 consente di designare ai fini dell'esecuzione dei lavori o dei servizi, un'impresa consorziata diversa da quella indicata in sede di gara, a condizione che la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere in tale sede la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata;

i2) le fattispecie individuate ai commi 17-19 di tale disposizione trovano applicazione ai consorzi stabili;

i3) per effetto del comma 19-ter, 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;

i4) conseguentemente: I) l'art. 48, comma 7-bis, d.lgs. n. 50 del 2016 consente (anche) ai consorzi stabili, tra cui rientra il consorzio ricorrente, di designare "ai fini dell'esecuzione dei lavori o dei servizi" un'impresa consorziata diversa da quella indicata in sede di gara, al ricorrere delle situazioni di cui ai commi 17-19, e a condizione che la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere in tale sede la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata; II) tale norma si applica ai consorzi stabili (ma nella fattispecie in esame non viene in rilievo, in quanto riguarda l'impresa consorziata designata per i lavori, mentre Tiemme s.r.l., ossia la consorziata che ha perduto la qualificazione, non era l'impresa designata per l'esecuzione delle opere); III) il comma 7-bis dell'art. 48 d.lgs. n. 50 del 2016, non può trovare applicazione al caso di specie (e segnatamente, del Consorzio originario ricorrente), in quanto riferito all'ipotesi della modifica soggettiva del novero delle consorziate indicate in sede di gara come esecutrici, senza tralasciare il fatto che, comunque, la modifica soggettiva non dev'essere finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata;

j) la peculiarità della fattispecie risiede nel fatto che il requisito di qualificazione necessario per la partecipazione alla gara era in possesso del consorzio stabile appellante grazie ad una consorziata (Tiemme s.r.l.), non designata per l'esecuzione dei lavori, e che a sua volta lo ripeteva da altra impresa, in virtù

dell'istituto dell'avvalimento; con la conseguenza che, nella prospettazione della parte ricorrente, la fattispecie rientrerebbe nell'ambito di applicazione dell'art. 63, direttiva n. 2014/24/UE:

- j1) al riguardo, dovrebbe ritenersi che la consorziata non designata per l'esecuzione dei lavori vada considerata soggetto terzo rispetto al consorzio; peraltro, anche a ritenere diversamente, tale andrebbe considerata la Cargo s.r.l. (ausiliaria di Tiemme); e poiché la perdita del requisito è avvenuta perché un soggetto terzo (Cargo s.r.l., ausiliaria della consorziata Tiemme s.r.l.) ha volutamente operato il recesso dal rapporto, si ricadrebbe nell'ambito di applicazione della direttiva;
 - j2) in sostanza, ricordato che ai consorzi stabili è data la facoltà di dimostrare il possesso dei requisiti di qualificazione richiesti dalla *lex specialis* di procedura con attribuzioni proprie e dirette del consorzio o tramite il cumulo, c.d. alla rinfusa, dei requisiti delle singole imprese designate per l'esecuzione delle prestazioni, la tesi propugnata è che il rapporto consorzio-consorziata non esecutrice dei lavori sia analogo all'avvalimento, per cui ritiene che la stazione appaltante avrebbe dovuto applicare l'art. 89 comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016;
- k) quanto alla natura del consorzio stabile:
- k1) nella ricostruzione giurisprudenziale il consorzio stabile si qualifica in base al cumulo dei requisiti delle consorziate e tale disciplina si giustifica in ragione del patto consortile che si instaura nell'ambito di un'organizzazione stabile, caratterizzato da un rapporto durativo ed improntato a stretta collaborazione tra le consorziate e dalla comune causa mutualistica, nell'ambito del quale la consorziata che si limiti a conferire il proprio requisito all'ente cui appartiene non partecipa all'esecuzione dell'appalto, al quale rimane estranea, tant'è che non sussiste alcuna responsabilità di sorta verso la stazione appaltante;
 - k2) uno statuto ben diverso è invece quello delle consorziate che, al contrario, siano state indicate per l'esecuzione dell'appalto, per le quali è prevista l'assunzione della responsabilità in solido con il consorzio stabile nei confronti della stazione appaltante;
 - k3) tale concetto di estraneità condurrebbe la giurisprudenza ad affermare che, nel momento in cui un consorzio stabile partecipa ad una gara per conto di alcune sue consorziate, le altre consorziate — evidentemente estranee a tale partecipazione — possono partecipare autonomamente alla medesima gara;

- k4) ne deriva che la qualificazione del modulo consortile deve intendersi come risultante delle qualificazioni conseguite da ciascuna delle imprese consorziate, delle quali, quelle non designate per l'esecuzione dei lavori andrebbero considerate ausiliarie; da qui l'applicabilità dell'art. 89 comma 3 d.lgs. n. 50 del 2016 o comunque della direttiva, che in maniera abbastanza generica si riferisce a soggetti terzi quale che sia la natura giuridica del rapporto che li lega al concorrente;
 - k5) tale tesi (esposta dal consorzio stabile originario ricorrente) parrebbe essere supportata da recente giurisprudenza (Cons. Stato, sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165), secondo la quale *"L'esistenza di una comune struttura di impresa per l'esecuzione delle prestazioni contrattuali, oggetto di affidamento, rappresenta un requisito necessario per la configurabilità di un consorzio stabile ai sensi dell'art. 45, co. 2, lett. c), d.lgs. n. 50/2016"*;
 - k6) tale struttura garantisce un'alterità rispetto alle singole imprese e integra un elemento teleologico, riconducibile all'astratta idoneità del consorzio ad eseguire il contratto di appalto, fungendo anche nelle fasi precedenti all'esecuzione da tramite tra la p.a. e le consorziate, che abbiano scelto e previsto nel proprio statuto di operare congiuntamente nel settore dei contratti pubblici, per un determinato arco temporale;
 - k7) coerentemente alla *ratio* dell'istituto in esame, che è quella di favorire la partecipazione di piccole e medie imprese alle procedure di gare, ciò non esclude che il consorzio, dotato di una propria *"azienda"* intesa come complesso di beni organizzati, possa nell'esecuzione delle prestazioni avvalersi delle consorziate, sia pure nei limiti previsti, senza che per ciò solo venga meno la sua alterità;
- l) in definitiva, le soluzioni interpretative prospettabili sono molteplici:
- l1) si potrebbe ritenere che il principio della continuità del possesso dei requisiti, elaborato da plurime decisioni della Plenaria, continui ad operare come regola generale, salvo limitate deroghe imposte dal diritto europeo, quale quella recepita dall'art. 89, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016, in ordine alla sostituzione dell'ausiliaria priva dei requisiti, da ritenere eccezionale e di stretta interpretazione, non estensibile al di fuori del rigoroso presupposto dell'avvalimento; sicché il caso di specie andrebbe deciso applicando i principi espressi dalle Plenarie e non estendendovi, invece, l'art. 89 comma 3 citato;
 - l2) alla soluzione sub l1) si potrebbe tuttavia muovere l'obiezione che determina una irragionevole disparità di trattamento tra casi analoghi, e che la regola recepita dall'art. 89 comma 3 sia espressione di un principio

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

- 13) nella prospettiva sub 12), si potrebbe allora ritenere che l'avvalimento di derivazione eurounitaria imponga una rimodulazione del principio di continuità del possesso dei requisiti, nel senso che i requisiti devono essere posseduti, senza possibilità di sostituzioni "*in corsa*", alla data di scadenza del bando, mentre per perdite di requisiti successive a tale data, dovrebbe sempre consentirsi l'applicazione dell'art. 89 comma 3, a tutti i casi di concorrenti individuali o associati;
- 14) si potrebbe al contrario dubitare della compatibilità delle regole eurounitarie sull'avvalimento con i principi nazionali di tutela effettiva della concorrenza secondo regole di trasparenza e par condicio, affidabilità dei partecipanti alle gare, oltre che di buon andamento dell'Amministrazione, a cui si ispira il principio della continuità del possesso dei requisiti, e, in tale prospettiva, si potrebbe anche dubitare della compatibilità dell'istituto dell'avvalimento con il principio di concorrenza declinato dai Trattati europei;
- 15) ove non si ritenesse fondata tale prospettazione, dovrebbe comunque tenersi conto della peculiarità della fattispecie, nella quale, non solo si discute di una delle consorziate non esecutrici, della quale può dunque argomentarsi della terzietà rispetto al consorzio; ma anche a ritenere diversamente, comunque andrebbe valorizzata la circostanza che la consorziata ha perduto il requisito di qualificazione (facendolo perdere al consorzio) per "*fatto/colpa*" di un'impresa terza dalla quale la consorziata attingeva il requisito di qualificazione in virtù dell'avvalimento, sicché non potrebbe dubitarsi dell'estraneità (rispetto alla consorziata e a maggior ragione al consorzio) del soggetto che, per propria scelta, ha causato la perdita del requisito;
- 16) nell'ipotesi in cui si ritenga fondata *in parte qua* la critica dell'appellante alla sentenza appellata, ne discenderebbe la necessità di rivedere il noto orientamento circa l'obbligo del possesso continuativo dei requisiti, la cui applicazione potrebbe condurre –in un caso quale quello in esame, in cui il consorzio stabile ha perduto la qualificazione posseduta tramite una propria consorziata (non designata per l'esecuzione dei lavori), la quale, a sua volta, la derivava da un rapporto di avvalimento, venuto meno per fatto

dell'impresa avvalsa- alla violazione dei principi posti dall'art. 63, direttiva n. 2014/24/UE.

IV. – Per completezza si segnala:

m) sul principio di continuità del possesso dei requisiti, la sua inderogabilità e gli effetti nel tempo:

- m1) Cons. Stato, Ad. plen., 3 luglio 2017, n. 3 (in *Foro it.*, 2018, III, 31 e oggetto della News US in data 13 luglio 2017);
- m2) con particolare riferimento al possesso ininterrotto dei requisiti fin dal momento della partecipazione alla gara nell'ipotesi di subentro dell'impresa che segue in graduatoria: Cons. Stato, sez. III, 6 marzo 2017, n. 1050 (in *Foro amm.*, 2017, 534);
- m3) Cons. Stato, Ad. plen., 25 maggio 2016, n. 10 (in *Foro it.*, 2017, III, 262, con nota di CORDOVA e oggetto della News US in data 31 maggio 2016);
- m4) Cons. Stato, Ad. plen., 29 febbraio 2016, n. 6, in *Foro it.* 2017, parte III, col. 263;
- m5) Cons. Stato, Ad. plen., 29 febbraio 2016, n. 5 (in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2016, 2, 85, con nota di TONON; *Nuovo notiziario giur.*, 2016, 255, con nota di BARBIERI; *Urbanistica e appalti*, 2016, 787, con nota di CARANTA; *Guida al dir.*, 2016, 13, 82, con nota di CORRADO; *Riv. neldiritto*, 2016, 1586, con nota di CELLAI);
- m6) Cons. Stato, Ad. plen., 20 luglio 2015, n. 8, cit., secondo cui *“nelle gare di appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità”*; 4 maggio 2012, n. 8 (in *Guida al dir.*, 2012, 23, 82, con nota di PONTE; *Corriere merito*, 2012, 745 (m), con nota di RAIOLA; *Urbanistica e appalti*, 2012, 905, con nota di D'HERIN; *Dir. e pratica amm.*, 2012, 9, 72 (m), con nota di TOSCHEI; *Riv. neldiritto*, 2012, 1601, con nota di BERTOLINI; *Foro amm.-Cons. Stato*, 2012, 2234 (m), con nota di GOTTI), secondo cui *“Il divieto di modificazione soggettiva dei soggetti consorziati in sede di appalti pubblici non ha l'obiettivo di precludere sempre e comunque il recesso dal raggruppamento in costanza di procedura di gara; il rigore delle norme va temperato in ragione dello scopo che persegue, che è quello di consentire alla stazione appaltante, in primo luogo, di verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara e, correlativamente, di*

precludere modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli, e dunque, in grado di impedire le suddette verifiche preliminari; pertanto le uniche modifiche soggettive elusive del dettato legislativo sono quelle che portano all'aggiunta o alla sostituzione delle imprese partecipanti e non anche quelle che conducono al recesso di una delle imprese del raggruppamento; tale soluzione va seguita purché la modifica della compagine soggettiva in senso riduttivo avvenga per esigenze organizzative proprie dell'Ati o consorzio, e non invece per eludere la legge di gara e, in particolare, per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente dell'Ati che viene meno per effetto dell'operazione riduttiva”;

- m7) Cons. Stato, Ad. plen., 7 aprile 2011, n. 4 (in *Foro it.*, 2011, III, 306, con nota di SIGISMONDI; *Urbanistica e appalti*, 2011, 674, con nota di LAMBERTI; *Corriere merito*, 2011, 763 (m), con nota di RAIOLA; *Giur. it.*, 2011, 1651 (m), con nota di TROPEA; *Guida al dir.*, 2011, 19, 70, con nota di PALLIGGIANO; *Giornale dir. amm.*, 2011, 1103 (m), con nota di GISONDI; *Riv. nel diritto*, 2011, 1530, con nota di IZZO; *Dir. proc. amm.*, 2011, 1035, con nota di SQUAZZONI, GIANNELLI, FOLLIERI, MARINELLI);
- m8) Cons. Stato, Ad. plen., 15 aprile 2010, n. 2155 (in *Foro it.*, 2010, III, 374, con nota di TRAVI; *Corriere merito*, 2010, 688 (m), con nota di RAIOLA; *Dir. proc. amm.*, 2010, 617, con nota di SQUAZZONI; *Urbanistica e appalti*, 2010, 964, con nota di FOÀ; *Guida al dir.*, 2010, 19, 84, con nota di CORRADO; *Dir. e pratica amm.*, 2010, 6, 72 (m), con nota di BRAIDO, LILLI; *Corti irpinia*, 2010, 277, con nota di BARRA);
- m9) in dottrina è stato evidenziato che *“le cause di esclusione rilevano non solo al fine della partecipazione alla gara, ma anche al fine della stipula del contratto e del subappalto, pertanto i requisiti generali non devono essere posseduti solo al momento della presentazione della domanda e al momento della scadenza del bando di gara, ma devono perdurare per tutto lo svolgimento della procedura e fino alla stipula del contratto [...]; il perdurante possesso di alcuni di essi rileva anche in fase di esecuzione, e il loro venir meno può essere causa di risoluzione del contratto. Ne consegue che va pronunciata la decadenza dall'aggiudicazione ove l'aggiudicatario, inizialmente in possesso dei requisiti, li perda prima della stipulazione”* (R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni*, Bologna, 2020, 677). La peculiarità della disciplina delle gare d'appalto, su un piano generale di fonte eurounitaria ed espressione – tra gli altri – dei principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza, segna anche la differenza con le altre procedure concorsuali: mentre normalmente in queste ultime *“si richiede che i requisiti siano posseduti alla data di scadenza*

*prevista dal bando per la presentazione delle domande di partecipazione, nelle gare d'appalto la Plenaria esige, con maggior rigore, che «i requisiti generali e speciali devono essere posseduti non solo alla data di scadenza del bando, ma anche al momento della verifica dei requisiti da parte della stazione appaltante e al momento dell'aggiudicazione [...]» (R. DE NICTOLIS, cit., 677). Sul versante della disciplina UE, Corte di giustizia UE, sez. V, 27 novembre 2019, C-402-18, Tedeschi Srl (in *Riv. giur. edilizia*, 2019, I, 1438, con nota di GIUFFRÉ; *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2020, 1, 125, con nota di DAMIN; *Riv. trim. appalti*, 2020, 191, con nota di MANCINI, MANGANI, nonché oggetto della News US n. 131 del 10 dicembre 2019 ed alla quale si rinvia per ogni approfondimento in dottrina e in giurisprudenza), ha affermato che “le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a rispettare nel corso di tutta la procedura i principi di aggiudicazione degli appalti di cui all'articolo 2 della direttiva 2004/18, tra i quali figurano, in particolare, i principi di parità di trattamento, di trasparenza e di proporzionalità”;*

- n) sull'importanza del possesso, nel tempo, dei requisiti di ordine generale:
- n1) Corte cost., 7 maggio 2020, n. 85 (in *Foro it.*, 2020, I, 3003, con nota di D'AURIA, oggetto della News US in data 20 maggio 2020);
 - n2) Corte di giustizia UE, sez. X, sentenza 28 marzo 2019, C- 101/18 – Idi Srl (in *Riv. trim. appalti*, 2020, 299, con nota di SEGALERBA e oggetto della News US in data 15 aprile 2019);
- o) sulla sostituzione dell'impresa ausiliaria durante la gara:
- o1) Cons. Stato, sez. V, 21 febbraio 2018, n. 1101, secondo cui I) “In precedenza, sotto il d. lgs. n. 163 del 2006, la sostituzione era consentita solo in caso di raggruppamento temporaneo di imprese per i motivi ivi previsti (art. 37, comma 19, d.lgs. n. 163 del 2006) e solamente nella fase esecutiva (Cons. Stato, sez. V, 20 gennaio 2015, n. 169, in *Foro amm.*, 2015, 74)”; II) “l'art. 89, comma 3, invece, consente (anzi, impone) la sostituzione anche nell'ambito di rapporto tra imprese scaturito dalla stipulazione di un contratto di avvalimento ed anche nella fase precedente l'esecuzione del contratto (per questo, è stato definito “istituto del tutto innovativo” da Cons. Stato, sez. III, 25 novembre 2015, n. 5359, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 696, con nota di MANZI; *Nuovo dir. amm.*, 2016, 3, 80, con nota di URBANI, Corte di giustizia UE, 14 settembre 2017, C-223/16 Casertana costruzioni s.r.l., *Giur. it.*, 2017, 2458 con nota di GIUSTI e *Urbanistica e appalti*, 2018, 183, con nota di MANZI; nonché oggetto della News US in data 5 dicembre 2017); III) “La sostituzione dell'ausiliaria durante la gara è istituto derogatorio al principio dell'immodificabilità soggettiva del concorrente nel corso della procedura (nonché di coloro di cui intende avvalersi, e, per questa via,

della stessa offerta); ma risponde all'esigenza di evitare l'esclusione dell'operatore per ragioni lui non direttamente riconducibili e così, seppur di riflesso, stimolare il ricorso all'avvalimento. Il concorrente, infatti, può far conto sul fatto che, nel caso in cui l'ausiliaria non presenti i requisiti richiesti, potrà procedere alla sua sostituzione e non sarà, per ciò solo, escluso”;

- o2) Cons. Stato, Sez. V, sentenza 29 novembre 2017 n. 5611;
 - o3) Corte di giustizia UE, 7 aprile 2016, C-324/14, in *lamministrativista.it*, 20 aprile 2016, con nota di NUNZIATA, ed oggetto della News US in data 13 aprile 2016, alla quale si rinvia per ogni ulteriore approfondimento;
 - o4) Corte di giustizia UE, Sez. VI, 2 giugno 2016, C-27/15, Pippo Pizzo, in *Foro it.* 2017, IV, 206, con nota di CONDORELLI, nonché oggetto della News US in data 5 luglio 2016, secondo la quale: *“la direttiva 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, non osta ad una normativa nazionale che autorizzi gli operatori economici che partecipano ad una gara d'appalto a fare affidamento sulle capacità di uno o più soggetti terzi per soddisfare i requisiti minimi di partecipazione che tale operatore soddisfa solo in parte”;*
- p) sulla finalità e ratio del principio di immodificabilità dell'offerta:
- p1) Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 22 maggio 2020, n. 298, secondo cui: I) *“La Corte di Giustizia ha affermato, sulla base della pregressa disciplina contenuta nell'art. 51, par. 3, della direttiva n. 2004/17/CE (ora contenuta nell'art. 28, par. 2, della direttiva 2014/24/UE), che il principio di parità di trattamento (che ha lo scopo di favorire la concorrenza) e l'obbligo di trasparenza impongono, in particolare, che gli operatori economici devono trovarsi su un piano di parità sia al momento in cui preparano le loro offerte, sia al momento in cui queste sono valutate dall'amministrazione aggiudicatrice, con conseguente declinazione della regola dell'immodificabilità soggettiva dei partecipanti alla gara (Corte di giustizia UE, sez. V, 11 luglio 2019, C-697/17, in *Foro amm.*, 2019, 1208 e oggetto della News US in data 31 luglio 2019; e Corte di giustizia UE, grande sezione, 24 maggio 2016, C-396/14, MT Hojgaard A/S)”; II) *“Le ipotesi legali in cui è ammessa la modificazione soggettiva nella composizione del raggruppamento nella fase esecutiva (fattispecie estese alla fase di gara dal successivo comma 19-ter, l'art. 48, commi 18 e 19-ter, del d. lgs. n. 50 del 2016 e l'art. 95 del d. lgs. n. 159 del 2011) disciplinano entrambe, per quanto di interesse ai fini della decisione della presente controversia, fattispecie finalizzate a garantire al raggruppamento che perda, nel corso della gara, una delle proprie mandanti per interdittiva antimafia di poter continuare a partecipare alla procedura con i rimanenti componenti”;* III) *“Mentre le previsioni ampliative di cui all'art. 48, commi 18 e 19-ter del d. lgs. n.**

50 del 2016 e di cui all'art. 95 del d. lgs. n. 159 del 2011 erano contenute anche nella disciplina previgente (commi 17 e 18 dell'art. 37 del d. lgs. n. 163 del 2006), la facoltà di recesso, esercitabile a determinate condizioni, è stata introdotta dall'art. 48, comma 19, del d. lgs. n. 50 del 2016"; IV) "In particolare, il comma 19 dell'art. 48 consente che la modifica soggettiva del raggruppamento possa essere causata dal recesso di una o più imprese raggruppate purché sia causata da esigenze organizzative e le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione necessari, sempre che l'operazione non sia finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara. I limiti introdotti dal legislatore con il comma 19 paiono recepire quanto già affermato in precedenza dalla giurisprudenza"; V) "In base a quest'ultima, compiutamente sintetizzata dall'Adunanza plenaria con la pronuncia n. 8 del 2012, cit., il divieto di modificazione soggettiva trova la sua ragion d'essere nello scopo di consentire alla stazione appaltante, in primo luogo, di verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara e, correlativamente, di precludere modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli, e dunque, in grado di impedire le suddette verifiche preliminari"; VI) "Il recesso di una delle imprese del raggruppamento dopo l'aggiudicazione (come nel caso di specie) non frustra, invece, le esigenze succitate quando l'amministrazione, al momento del mutamento soggettivo, ha già provveduto a verificare i requisiti di capacità e di moralità dell'impresa o delle imprese che restano, sicché i rischi che il divieto mira ad impedire non possono verificarsi"; VII) "Proprio in ragione della funzione della regola in esame non è, invece, ammissibile il recesso dell'impresa componente di un raggruppamento nel corso della procedura di gara che sia strumentale a sanare ex post una situazione di preclusione all'ammissione alla procedura sussistente al momento dell'offerta in ragione della sussistenza di cause di esclusione riguardanti il soggetto recedente, pena la violazione della par condicio tra i concorrenti"; VIII) "La richiamata decisione dell'Adunanza plenaria n. 8 del 2012, cit., ha, in particolare, argomentato in tal senso affermando, con riferimento alla disciplina previgente, contenuta nell'art. 37 del d. lgs. n. 163 del 2006, la legittimità della modifica soggettiva in senso riduttivo per esigenze organizzative proprie dell'a.t.i. e non invece per eludere la legge di gara e, in particolare, per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente dell'a.t.i. che viene meno per effetto dell'operazione riduttiva"; IX) "L'elusione quale limite del recesso è, quindi, apprezzata in ragione del motivo posto alla base del medesimo e del tempo di emersione di tale motivo: l'esercizio della facoltà non deve configurarsi come strumentale a sanare ex post una situazione di preclusione all'ammissione alla procedura sussistente al momento dell'offerta momento"; X) "Si ha elusione allorché, [...] il raggruppamento, di cui fa parte

l'impresa che esercita una facoltà consentita dall'ordinamento (quella di recedere da un rapporto di mandato, così producendo conseguenze anche rispetto alla stazione appaltante), aggira la disciplina dei requisiti di partecipazione con una complessa operazione che si snoda a partire dalla presentazione dell'offerta e si conclude con l'acquisizione del bene della vita al quale aspira (il contratto)";

- p2) Cons. Stato, sez. IV, 8 febbraio 2017, n. 549 (in sede di interpretazione dell'art. 51 del vecchio codice dei contratti pubblici);
- p3) Cons. Stato, sez. VI, 6 maggio 2016, n. 1827, secondo cui *"Nella materia degli appalti pubblici vige il principio generale della immodificabilità dell'offerta, che è regola posta a tutela della imparzialità e della trasparenza dell'agire della stazione appaltante, nonché ad ineludibile tutela del principio della concorrenza e della parità di trattamento tra gli operatori economici che prendono parte alla procedura concorsuale";*
- q) sugli effetti della dichiarazione non veritiera dell'ausiliaria:
- q1) Cons. Stato, sez. III, ordinanza, 20 marzo 2020, n. 2005, oggetto della News US in data 31 marzo 2020, secondo cui *"Deve essere rimessa alla Corte di giustizia UE la seguente questione pregiudiziale: "Se l'articolo 63 della direttiva 2014/24 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, relativo all'istituto dell'avalimento, unitamente ai principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), osti all'applicazione della normativa nazionale italiana in materia di avalimento e di esclusione dalle procedure di affidamento, contenuta nell'articolo 89, comma 1, quarto periodo, del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, secondo la quale nel caso di dichiarazioni non veritiere rese dall'impresa ausiliaria riguardanti la sussistenza di condanne penali passate in giudicato, potenzialmente idonee a dimostrare la commissione di un grave illecito professionale, la stazione appaltante deve sempre escludere l'operatore economico concorrente in gara, senza imporgli o consentirgli di indicare un'altra impresa ausiliaria idonea, in sostituzione della prima, come stabilito, invece nelle altre ipotesi in cui i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione";*
- q2) Cons. Stato, sez. V, 19 novembre 2018, n. 6529 (in Guida al dir., 2019, 1, 102), secondo cui *"ai sensi del combinato disposto dell'art. 80, 5° comma, lett. f-bis), e dell'art. 89, 1° comma, d.leg. n. 50 del 2016 la falsa dichiarazione presentata dall'operatore economico, anche con riguardo alla posizione dell'impresa ausiliaria, fa scattare l'esclusione dalla gara";*

- r) con riferimento alla disciplina delle modifiche soggettive delle imprese che partecipano a gare di appalto durante la vigenza del codice del 2006, si veda Cons. Stato, sez. V, 20 gennaio 2015, n. 169 (in *Foro amm.*, 2015, 74);
- s) sui limiti all'ammissibilità delle modifiche soggettive del r.t.i in corso di gara: Cons. Stato, sez. V, 27 agosto 2020, n. 5255, secondo cui:
- s1) *“Un'interpretazione conforme ai principi eurounitari in materia di appalti pubblici impone di ritenere che la sola ipotesi di recesso dal raggruppamento, in fase di gara, ammessa ai sensi dell'art. 48, commi 19 e 19-ter, del d.lgs. n. 50/2016 è quella contemplata nel primo periodo del citato comma 19, ossia quella giustificata da obiettive esigenze organizzative del raggruppamento”;*
 - s2) *“Il limite a qualsivoglia modifica soggettiva del raggruppamento partecipante alla gara pubblica è costituito dal divieto di elusione, in corso di gara, della mancanza di un requisito di partecipazione; la perdita sopravvenuta del requisito in capo ad una delle imprese del raggruppamento non incide sfavorevolmente soltanto qualora intervenga in fase esecutiva, come attualmente codificato dall'art. 48 del D.Lgs. n. 50/2016”;*
 - s3) *“Nelle gare pubbliche, ed in particolare circa l'immodificabilità soggettiva dei raggruppamenti temporanei di imprese nella fase procedurale corrente tra la presentazione delle offerte e la definizione della procedura di aggiudicazione, di per sé non impedisce il recesso di una o più imprese partecipanti all'A.t.i. medesima, a condizione che quelle che restano a farne parte risultino titolari, da sole, dei requisiti di partecipazione e di qualificazione e che ciò avvenga per esigenze organizzative proprie dell'A.t.i. o Consorzio, e non invece per eludere la legge di gara e, in particolare, per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente dell'A.t.i. venuto meno per effetto dell'operazione riduttiva”;*
- t) sul principio di immodificabilità dell'offerta e procedimento di verifica dell'anomalia: Cons. Stato, sez. V, 7 novembre 2018, n. 6295 secondo cui:
- t1) *“La verifica dell'offerta ha natura globale, nell'ambito della quale occorre accertare l'insostenibilità economica dell'offerta nel suo complesso, a prescindere da inesattezze o sottostime delle singole voci di cui questa si compone”;*
 - t2) *“E' consentito, a fronte dell'immodificabilità dell'offerta, una modifica delle relative voci di costo, ed in particolare giustificazioni sopravvenute e compensazioni tra sottostime e sovrastime, purché l'offerta risulti nel suo complesso affidabile al momento dell'aggiudicazione e a tale momento dia garanzia di una seria esecuzione del contratto”;*
- u) sull'applicabilità del c.d. cumulo alla rinfusa in generale: T.a.r. per il Lazio, sez. I-bis, 7 dicembre 2020, n. 13049, secondo cui *“il «cumulo alla rinfusa» [...] non risulta*

più applicabile da quando il d.l. 32/2019 ha introdotto il principio «della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati»»;

- v) sulla ammissibilità del c.d. “cumulo alla rinfusa” nel settore dei beni culturali: Cons. Stato, sez. V, 16 gennaio 2019, n. 403, secondo cui *“L’esegesi sia letterale, che funzionale, dell’art. 146, comma 1, del D.Lgs. n. 50 del 2016 induce la Sezione ad escludere che nei contratti in materia di beni culturali i consorzi stabili possano qualificarsi con il cumulo alla rinfusa, essendo richiesto dalla norma il possesso di requisiti di qualificazione specifici ed adeguati ad assicurare la tutela del bene oggetto di intervento”;*
- w) sulle modifiche soggettive di un consorzio di società cooperative: Cons. Stato, sez. V, 28 agosto 2019, n. 5926, secondo cui:
- w1) *il consorzio di cooperative di produzione e lavoro, in quanto tale è “regolamentato dalla speciale disciplina di cui alla L. 25 giugno 1909, n. 422 (“Costituzione di consorzi di cooperative per appalti di lavori pubblici”), diversa da quella invece applicabile alle altre tipologie consortili (in particolare, i consorzi stabili e quelli ordinari)”;*
- w2) *“L’art. 4 della legge prevede che “Il consorzio di cooperative costituisce persona giuridica e soggiace alle norme del codice di commercio per le sue operazioni commerciali e per tutti gli effetti che ne derivano”, dal che si evince che detto consorzio costituisce un soggetto autonomo, giuridicamente distinto dalle singole cooperative consorziate e per tale regolamentato da una normativa speciale di favore (in considerazione dello scopo mutualistico), a partire appunto dalla richiamata L. n. 422 del 1909”;*
- w3) *“Più precisamente, va confermato l’orientamento secondo cui il consorzio tra società di cooperative di produzione e lavoro partecipa alla procedura di gara utilizzando i requisiti suoi propri e, nell’ambito di questi, ben può far valere i mezzi nella disponibilità delle cooperative consorziate, che costituiscono articolazioni organiche del soggetto collettivo (ossia i suoi interna corporis)”;*
- w4) *“Ciò significa che il rapporto organico che lega le cooperative consorziate, ivi compresa quella indicata dell’esecuzione dei lavori, è tale che l’attività compiuta dalle stesse è imputata unicamente al consorzio”;*
- w5) *“Sicché - tra l’altro - la sostituzione della consorziata esecutrice è sempre possibile, stante il rapporto organico tra consorziata e consorzio (Cons. Stato, sez. V, 17 luglio 2017, n. 3507)”;*
- w6) *“In questi termini, «l’attività compiuta dalle consorziate è imputata organicamente al consorzio, come unico ed autonomo centro di imputazione e di riferimento di interessi, per cui, diversamente da quanto accade in tema di associazioni temporanee e di consorzi stabili, la responsabilità per inadempimento degli obblighi contrattuali nei confronti della p.a. si appunta esclusivamente in capo al consorzio*

senza estendersi, in via solidale, alla cooperativa incaricata dell'esecuzione" (ex multis, Cons. Stato, Ad. plen., 20 maggio 2013, n. 14, in Cooperative e enti non profit, 2014, 1, 39, con nota di DE SANTIS);

- w7) *"In effetti, a differenza di quanto accade con un raggruppamento temporaneo di imprese, il consorzio di cui trattasi è l'unica controparte del rapporto di appalto, sia nella fase di gara che in quella di esecuzione del contratto e, in relazione alle singole consorziate, opera come già detto sulla base di un rapporto organico; e proprio tale autonoma soggettività giustifica anche la possibilità di designare una nuova cooperativa come esecutrice, ove per motivi sopravvenuti la prima designata non fosse in condizione di svolgere la prestazione";*
- w8) *"Sulla base di tali premesse deve dunque concludersi che le eventuali modifiche soggettive di un consorzio di società cooperative, il quale partecipi ad un Rti con altri operatori economici, hanno un rilievo meramente interno al consorzio medesimo e, per tali, non incidono sul rapporto tra quest'ultimo e la stazione appaltante";*
- x) la successiva giurisprudenza non si è discostata da tali regole ma ne ha fatto applicazione (sia per procedure sottoposte al vecchio codice dei contratti pubblici, sia con le disposizioni, peraltro di tenore sostanzialmente identico, del nuovo codice dei contratti pubblici, cfr. Cons. Stato, sez. III, 5 marzo 2020, n. 1623; V, 26 aprile 2018, n. 2537; V, 17 luglio 2017, n. 3507);
- y) sulla natura dei consorzi stabili: Cons. Stato, sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165, citata nell'ordinanza in rassegna, secondo cui:
- y1) *"l'elemento essenziale per identificare l'esistenza di un consorzio stabile, come definito dall'art. 45, comma 2 lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016, è la sussistenza del 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";*
- y2) *"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 dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa». L'alterità che connota tali soggetti rispetto ai propri componenti (e che vale a differenziarli sia rispetto ai raggruppamenti temporanei che ai consorzi ordinari) trova indiretta conferma nel fatto della possibilità, a determinate condizioni, di una partecipazione congiunta alla medesima gara";*

- y3) *“La detta alterità non è però tanto spinta dall’imporre la nascita di un soggetto integralmente slegato dalle imprese consorziate, con un’impostazione che svuoterebbe di contenuto la funzione stessa dell’istituto, ossia quella di garantire alle piccole e medie imprese di partecipare a procedure di gara alle quali non avrebbero potuto partecipare facendo leva solo sulla capacità della singola impresa consorziata, beneficiando al tempo stesso di un rapporto mediato tra l’amministrazione e la consorziata dato proprio dal consorzio e dalla struttura consortile. In dettaglio, la funzione di favorire l’incremento delle occasioni di lavoro degli imprenditori consorziati non può portare alla nascita di un’impresa necessariamente portata all’esecuzione in proprio del contratto, vicenda che renderebbe inutile l’istituto stesso del consorzio stabile”*;
- y4) *“Ciò implica che lo scrutinio sulla sussistenza dei requisiti va svolto ricercando non gli elementi costitutivi di un soggetto imprenditoriale esclusivamente teso alla realizzazione in proprio dei lavori, ma individuando l’esistenza di una struttura aziendale autonoma in grado di fronteggiare una serie di questioni tecniche, attinenti le varie fasi della procedura e poi della successiva fase esecutiva, che le singole consorziate non potrebbero reggere stanti i costi che ne deriverebbero. In questo senso, la funzione consortile ben può essere esplicitata con modalità più flessibili, ad esempio tramite strutture di appoggio che svolgano compiti ausiliari, purché resti ferma la possibilità eventuale di operare anche direttamente, possibilità che va quindi valutata in astratto, accertando se sussiste, in relazione allo statuto, la possibilità per gli organi consortili di eseguire l’opera o il servizio con la struttura comune o affidandoli ai singoli consorziati”*;
- z) sul valore costitutivo della certificazione rilasciata da un organismo d’attestazione SOA: Cons. Stato, sez. V, sez. V, 13 agosto 2020, n. 5030, citata nell’ordinanza in rassegna;
- aa) sul divieto di partecipazione allo stesso appalto, in modo concorrente, di un *“consorzio stabile”* e di una società facente parte della stessa: Corte di giustizia UE, sez. IV, C-376/08, *Serrantoni Srl*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2010, 217, secondo cui *“Il diritto comunitario dev’essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nella causa principale, che dispone, in occasione della procedura di assegnazione di un appalto pubblico il cui importo non raggiunge la soglia di cui all’art. 7, n. 1, lett. c), della direttiva [...] 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, ma che riveste un interesse transfrontaliero certo, l’esclusione automatica dalla partecipazione a detta procedura e l’irrogazione di sanzioni penali contro tanto un consorzio stabile quanto le imprese che ne sono membri, quando queste ultime hanno presentato offerte concorrenti a quella di detto consorzio nell’ambito*

dello stesso procedimento, anche qualora l'offerta di detto consorzio non sia stata presentata per conto e nell'interesse di tali imprese”;

- bb) sull'imputazione delle attività al consorzio stabile: Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2018, n. 276, secondo cui *“Il consorzio stabile è caratterizzato dal c.d. elemento teleologico che gli consente di operare con un'autonoma struttura di impresa, capace di eseguire anche in proprio, ovvero senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate, le prestazioni previste nel contratto, contratto che il predetto consorzio ordinario stipula in nome proprio e per conto delle consorziate, con la conseguenza che a lui direttamente ed esclusivamente si imputa l'attività compiuta”;*
- cc) sulla natura sostanziale della qualificazione di consorzio stabile: Cons. Stato, sez. III, 25 settembre 2019, n. 6433, secondo cui ai fini *“della qualificazione sono irrilevanti l'assenza di indicazioni nominalistiche sulla natura del consorzio, così come di formali manifestazioni di volontà delle imprese dirette alla costituzione [...], ed anche il fatto che gli amministratori del consorzio siano contestualmente soci o amministratori delle imprese consorziate non elide l'autonomia organizzativa del consorzio [...]. L'ampio fatturato prodotto in proprio conferma l'esistenza dell'autonoma struttura, che non può essere smentita da un organico snello, anche considerando che il consorzio può avvalersi delle risorse delle consorziate (la capacità del consorzio viene meno “quando il consorzio operi avvalendosi della struttura imprenditoriale tout court delle imprese consorziate, replicandone la funzione produttiva, ma non quando esso attinga al patrimonio di queste ultime ai fini della costituzione di un nuovo assetto produttivo, di cui esso abbia la diretta responsabilità organizzativa”);*
- dd) sulla sostituibilità dell'impresa ausiliaria:
- dd1) T.a.r. per la Sicilia, sez. st. Catania, sez. I, 5 maggio 2020, n. 951, secondo cui: I) *“Il c.d. principio di continuità nel possesso dei requisiti di qualificazione si impone non in virtù di un astratto e vacuo formalismo procedimentale, quanto piuttosto a garanzia della permanenza della serietà dell'impresa di presentare un'offerta credibile e, dunque, della sicurezza per la stazione appaltante dell'instaurazione di un rapporto con un soggetto che, dalla candidatura in sede di gara fino alla stipula del contratto e poi ancora fino all'adempimento dell'obbligazione contrattuale, sia provvisto di tutti i requisiti di ordine generale e speciale per contrattare con la P.A”;* II) *“La sostituzione dell'ausiliaria durante la procedura di gara è istituito patentemente derogatorio al principio dell'immodificabilità soggettiva del concorrente nel corso della procedura (nonché di coloro di cui intende avvalersi: e, per questa via, della stessa offerta), rispondendo all'esigenza, stimata superiore, di evitare l'esclusione dell'operatore per ragioni a lui non direttamente riconducibili e, in questo modo, sia pure indirettamente, stimolare il ricorso all'avvalimento: il concorrente, infatti, può far*

conto sul fatto che, nel caso in cui l'ausiliaria non presenti i requisiti richiesti, potrà procedere alla sua sostituzione e non sarà, per solo questo fatto, escluso";

dd2) Cons. Stato, sez. V, 26 aprile 2018, n. 2527 (in *Foro amm.*, 2018, 638; *Gazzetta forense*, 2018, 333; *Appalti & Contratti*, 2018, 5, 94), secondo cui *"Ai sensi dell'art. 89, 3° comma, d.leg. 18 aprile 2016 n. 50, il principio, secondo cui la stazione appaltante che, in sede di verifica del possesso dei requisiti dichiarati, riceve dall'ente previdenziale comunicazione di durc irregolare è tenuta ad escludere l'operatore dalla procedura, revocando l'aggiudicazione eventualmente effettuata, senza procedere al previo invito alla regolarizzazione, vale nel caso di irregolarità contributiva della impresa concorrente, non potendo operare nel caso di irregolarità di impresa ausiliaria della quale la concorrente intende avvalersi, ma in questo caso la stazione appaltante non può imporre all'operatore economico, anziché la sostituzione dell'ausiliaria di cui all'art. 89, 3° comma, d.leg. n. 50 del 2016, la regolarizzazione"*;

ee) in dottrina:

ee1) sull'avvalimento in genere, sui requisiti suscettibili di avvalimento, sui divieti di avvalimento e sui rapporti tra avvalimento e SOA: R. DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, 880 ss., 901 ss.; C. ZUCHELLI, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, II, *Soggetti, qualificazione, regole comuni alle procedure di gara*, Milano, 2019, 1103 ss., 1162 ss., specie 1367 ss.;

ee2) sui consorzi stabili, nozione e fonti di disciplina, evoluzione normativa sul c.d. cumulo alla rinfusa (anche alla luce del d.l. n. 32 del 2019, convertito con l. n. 55 del 2019), requisiti di qualificazione, incompatibilità nella stessa gara tra consorzio e consorziati e modifica della compagine soggettiva, R. DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, 637 ss., la quale, quanto a quest'ultimo aspetto, evidenzia che *"le prestazioni contrattuali assunte dal consorzio [...] possono essere eseguite solo nei seguenti due modi: direttamente o attraverso le imprese consorziate specificamente indicate in sede di gara (senza che in tal caso sia configurabile un subappalto). Il d. lgs. correttivo ha aggiunto che sia per le ragioni indicate ai c. 17, 18 e 19, sia per fatti o atti sopravvenuti, tale tipo di consorzio può 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 a eludere in tale sede la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata (art. 48, c. 7-bis)"*;

ee3) sui controlli della stazione appaltante e, segnatamente, sulla sostituzione dell'impresa ausiliaria, R. DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, 897 ss., con particolare riferimento alla connotazione della sostituzione quale *"istituto*

patentemente derogatorio al principio dell' modificabilità soggettiva del concorrente nel corso della procedura".