

L'Adunanza plenaria si è espressa sulla perdita dei requisiti, nel consorzio stabile, da parte della consorziata non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori e dalla quale il consorzio ripeta la qualificazione: la consorziata, in ragione della sua natura, è equiparabile all'impresa ausiliaria nell'avvalimento e, dunque, è sostituibile. Una tale conclusione non dequota, peraltro, il principio di continuità del possesso dei requisiti il quale va confermato ma anche assoggettato ad una lettura in linea con la nuova disciplina eurounitaria di riferimento.

Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza 18 marzo 2021, n. 5 – Pres. Patroni Griffi, Est. Veltri

Contratti pubblici – Consorzi stabili – Impresa consorziata non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori – Equiparabilità all'impresa ausiliaria – Sostituzione in caso di perdita dei requisiti

La consorziata di un consorzio stabile, non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori, è equiparabile, ai fini dell'applicazione dell'art. 63 della direttiva n. 24/2014/UE e dell'art. 89 co. 3 del d.lgs. n. 50 del 2016, all'impresa ausiliaria nell'avvalimento, sicché la perdita da parte della stessa del requisito impone alla stazione appaltante di ordinarne la sostituzione (1).

(1) I. – Con la sentenza in rassegna l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, alla quale il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana con ordinanza 29 dicembre 2020, n. 1211 (oggetto della News US in data 12 gennaio 2021, a cui si rinvia per ogni ulteriore compiuto approfondimento) aveva deferito alcune questioni interpretative, con articolata motivazione ha affermato il principio di diritto secondo cui *“La consorziata di un consorzio stabile, non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori, è equiparabile, ai fini dell'applicazione dell'art. 63 della direttiva n. 24/2014/UE e dell'art. 89 co. 3 del d.lgs. n. 50 del 2016, all'impresa ausiliaria nell'avvalimento, sicché la perdita da parte della stessa del requisito impone alla stazione appaltante di ordinarne la sostituzione”*. Ciò non senza specificare che la sostituibilità della consorziata non dequota il principio di continuità nel possesso dei requisiti da leggersi, oggi, alla luce della nuova disciplina eurounitaria.

II. – L'Adunanza plenaria giunge alla elaborazione della massima riportata sulla base del seguente percorso argomentativo:

- a) sulla configurazione del consorzio stabile previsto dall'art. 45, comma 2, lett. c) d. lgs. n. 50 del 2016 e differenze con il consorzio ordinario ex art. 2602 cod. civ.:
 - a1) il consorzio ordinario pur essendo un autonomo centro di rapporti giuridici, non comporta l'assorbimento delle aziende consorziate in un organismo

unitario costituente un'impresa collettiva, né esercita autonomamente e direttamente attività imprenditoriale. Esso si limita a disciplinare e coordinare, attraverso un'organizzazione comune, le azioni degli imprenditori riuniti (cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. trib., 9 marzo 2020, n. 6569; Cass. civ., sez. I, 27 gennaio 2014, n. 1636, in *Foro it.*, 2014, I, 3576);

- a2) nel consorzio con attività esterna la struttura organizzativa provvede all'espletamento in comune di una o alcune funzioni (ad esempio, l'acquisto di beni strumentali o di materie prime, la distribuzione, la pubblicità, etc.), ma nemmeno in tale ipotesi il consorzio, nella sua disciplina civilistica, è dotato di una propria realtà aziendale;
- a3) ne discende che, ai fini della disciplina in materia di contratti pubblici, il consorzio ordinario: I) è considerato un soggetto con identità plurisoggettiva, che opera in qualità di mandatario delle imprese della compagine; II) partecipa alla gara per tutte le consorziate e si qualifica attraverso di esse, in quanto le stesse, nell'ipotesi di aggiudicazione, eseguiranno il servizio, rimanendo esclusa la possibilità di partecipare solo per conto di alcune di esse (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 6 ottobre 2015, n. 4652, in *Gazzetta forense*, 2015, 5, 128, il quale ha statuito l'illegittimità della partecipazione di un consorzio ordinario che, pur riunendo due società, aveva dichiarato di gareggiare per conto di una sola di esse);
- a4) diversamente, i consorzi stabili a mente dell'art. 45, comma 2, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016, sono costituiti "*tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro*" che "*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*";
- a5) il riferimento aggiuntivo e qualificante alla "*comune struttura di impresa*" induce a ritenere che i partecipanti in questo caso 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 (da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165);
- a6) proprio sulla base di questa impostazione, la giurisprudenza europea (Corte di giustizia UE, sez. IV, 23 dicembre 2009, C-376/08, *Serrantoni Srl*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2010, 217) è giunta ad ammettere la contemporanea

partecipazione alla medesima 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 (Cons. Stato, sez. III, 4 febbraio 2019, n. 865, in *Appalti & Contratti*, 2019, 3, 75);

b) sul meccanismo di qualificazione c.d. alla "rinfusa":

b1) l'art. 31 comma 1 del d. lgs. n. 56 del 2017, vigente all'epoca dei fatti di causa, stabiliva che *"I consorzi di cui agli articoli 45, comma 2, lettera c) e 46, comma 1, lettera f), al fine della qualificazione, possono utilizzare sia i requisiti di qualificazione maturati in proprio, sia quelli posseduti dalle singole imprese consorziate designate per l'esecuzione delle prestazioni, sia, mediante avvalimento, quelli delle singole imprese consorziate non designate per l'esecuzione del contratto. Con le linee guida dell'ANAC di cui all'articolo 84, comma 2, sono stabiliti, ai fini della qualificazione, i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni"*;

b2) la disposizione ha avuto vigore sino al 2019, allorché l'art. 1, comma 20, lett. 1), n. 1), del d.l. n. 32 del 2019, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 55 del 2019, ha eliminato tale regola, ripristinando l'originaria e limitata perimetrazione del cd. cumulo alla rinfusa ai soli aspetti relativi alla *"disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo"*, i quali sono *"computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate"*;

b3) tale peculiare meccanismo (come si è detto, esteso all'epoca dei fatti di causa anche ai requisiti di qualificazione, ma oggi limitato ad attrezzature, mezzi d'opera e organico medio annuo) ha radici nella natura del consorzio stabile e si giustifica in ragione: I) del patto consortile, comunque caratterizzato dalla causa mutualistica; II) del rapporto duraturo ed improntato a stretta collaborazione tra le consorziate avente come fine *"una comune struttura di impresa"*;

c) data tale impostazione su un piano generale, occorre distinguere – sempre in relazione al cumulo dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara – i diversi legami che si instaurano nell'ambito della gara, tra consorzio stabile e consorziate, a seconda se queste ultime siano o meno designate per l'esecuzione dei lavori:

c1) all'esito di tale distinzione va rilevato che solo le consorziate designate per l'esecuzione dei lavori partecipano alla gara e concordano l'offerta, assumendo una responsabilità in solido con il consorzio stabile nei confronti della stazione appaltante (art. 47 comma 2 del codice dei contratti), mentre per le altre il consorzio si limita a mutuare, *ex lege*, i requisiti oggettivi, senza

che da ciò discenda un vincolo di responsabilità solidale per l'eventuale mancata o erronea esecuzione dell'appalto;

- c2) in quest'ultimo caso ci si trova al cospetto di un rapporto molto simile a quello dell'avvalimento, anche se, per certi versi, meno intenso: I) da una parte, infatti, il consorziato presta i requisiti senza partecipare all'offerta, similmente all'impresa avvalsa (senza bisogno di dichiarazioni, soccorrendo la *"comune struttura di impresa"* e il disposto di legge); II) dall'altra, pur facendo ciò, rimane esente da responsabilità (diversamente dall'impresa avvalsa: in altre parole si tratta di una forma di avvalimento attenuata dall'assenza di responsabilità);
- d) conseguentemente, alla domanda se in presenza della lacuna normativa possa farsi applicazione, alla fattispecie, dell'art. 89, comma 3, d. lgs. n. 50 del 2016, deve darsi risposta positiva:
 - d1) a mente della predetta disposizione, infatti, la stazione appaltante (in luogo di disporre l'esclusione in cui inesorabilmente incorrerebbe un concorrente nell'ambito di un raggruppamento o di un consorzio ordinario o stabile) impone all'operatore economico di *"sostituire"* i soggetti di cui si avvale *"che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione"*;
 - d2) conseguentemente, se è possibile, in via eccezionale, sostituire il soggetto legato da un rapporto di avvalimento, *a fortiori* dev'essere possibile sostituire il consorziato nei confronti del quale sussiste un vincolo che rispetto all'avvalimento è meno intenso;
- e) su tale opzione esegetica va, peraltro, detto che:
 - e1) essa è confermata, per il caso del consorziato non designato per l'esecuzione, dall'ampia formulazione dell'art. 63 della direttiva n. 2014/24/UE, il quale, nel disciplinare l'avvalimento, vi ricomprende tutti i casi in cui un operatore economico, per un determinato appalto, fa *"affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi"*, senza dare rilevanza qualificante alla responsabilità solidale dei soggetti avvalsi: circostanza, quest'ultima, rimessa dalla direttiva all'eventuale decisione discrezionale dell'amministrazione aggiudicatrice (anche se poi effettivamente tradottasi in un precetto di legge in sede di recepimento con l'art. 89, comma 5 codice dei contratti);
 - e2) non v'è, quindi, ragione, per riservare al consorzio che si avvale dei requisiti di un consorziato *"non designato"*, un trattamento diverso da quello riservato ad un qualunque partecipante, singolo o associato, che ricorre all'avvalimento: nell'uno, come nell'altro caso, in virtù dell'art. 89 comma 3

del codice dei contratti, ove il requisito “*prestato*” venga meno, l’impresa avvalsa potrà (*id est*: dovrà) essere sostituita;

f) tali conclusioni non toccano la perdurante validità del principio di necessaria continuità nel possesso dei requisiti, affermato dall’Adunanza plenaria con sentenza 20 luglio 2015, n. 8 (in *Urbanistica e appalti*, 2016, 88, con nota di GIACALONE), né il più generale principio di immodificabilità soggettiva del concorrente (salvi i casi previsti della legge nel caso di raggruppamento temporaneo di imprese):

f1) è vero che, nel caso deciso con la sentenza n. 8 del 2015, cit., la Plenaria lasciò intendere che l’affermato principio di continuità dovesse valere anche per l’impresa avvalsa, ma quel quadro normativo è mutato: l’art. 63 della direttiva n. 2014/24/UE oggi impone che qualora il soggetto avvalso che nelle more del procedimento di gara o durante l’esecuzione del contratto perda i requisiti, esso venga sostituito;

f2) d’altronde, la sostituzione è lo strumento nuovo e alternativo – è stato definito “*istituto del tutto innovativo*” (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., in *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);

f3) detto istituto restituisce al soggetto avvalso la sua vera natura di soggetto che presta i requisiti al concorrente, senza partecipare alla compagine e all’offerta da questa formulata e risponde alla superiore esigenza – strumentale a stimolare il ricorso all’avvalimento – di evitare l’esclusione del concorrente, singolo o associato, per ragioni a lui non direttamente riconducibili o imputabili;

f4) di tale mutato quadro ha dato di recente atto l’ordinanza 20 marzo 2020, n. 2005 (oggetto della News US in data 31 marzo 2020, alla quale si rinvia per ogni ulteriore approfondimento), con la quale la terza sezione del Consiglio di Stato ha dubitato della compatibilità con il diritto UE della normativa interna in materia di avvalimento e cause di esclusione, nella parte in cui prevede che, in 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 processionale, la stazione appaltante debba sempre escludere l’operatore economico concorrente in gara, senza imporgli o consentirgli di indicare un’altra impresa ausiliaria idonea, in sostituzione della prima.