

Pubblicato il 07/11/2022

N. 09762/2022REG.PROV.COLL.

N. 01089/2022 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1089 del 2022, proposto da Consorzio Stabile Olimpo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Massimiliano Mangano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Agenzia delle Entrate, ADER - Agenzia delle Entrate - Riscossione, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, n. 12; Agenzia delle Entrate - Riscossione, Riscossione Sicilia s.p.a., Consip s.p.a., non costituiti in giudizio;

nei confronti

City Insurace S.A. Compagnia Assicurazioni e Riassicurazioni, non costituita in giudizio;

Poste Italiane s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e

difesa dagli avvocati Luciano Martucci e Gennaro Terracciano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Gennaro Terracciano in Roma, piazza San Bernardo, n. 101;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n. 11549/2021, resa tra le parti, concernente:

A) quanto al ricorso introduttivo per l'annullamento:

- della nota prot. AGE.AGEDC001.prot. n. 4196 del 28.04.2021 di revoca dell'aggiudicazione definitiva nonché di esclusione della ricorrente;
- della nota prot. AGE.AGEDC001. prot. n. 110891 del 05.05.2021, di escussione della polizza fideiussoria;
- della nota prot. AGEDC001_121025_del 18.05.2021 di reitera della richiesta di escussione della polizza fideiussoria;
- della nota. prot. AGEDC001_129875 del 27.05.2021 di rigetto della richiesta di riesame del provvedimento di revoca;
- ove occorra e possa: del bando di gara istitutivo, punto III, 1.1, lett. b); del Capitolato d'oneri istitutivo paragrafo 3.4. e del Capitolato d'oneri prot. n. 114862 del 06.05.2019, paragrafi 5.1. lett. b) e paragrafo 7.9;
- del Capitolato d'oneri prot. n. 114862 del 06.05.2019, paragrafo 14.1. lett. a) e b) nella parte in cui qualifica le verifiche ivi elencate come attinenti alla fase di gara;

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

- della nota prot. n. AGE.AGEDC001.REGISTRO INTERNO.0006590.02-07-2021-R di aggiudicazione definitiva del LOTTO n. 1 in favore di Poste Italiane s.p.a. e per il subentro, previa declaratoria di inefficacia e/o annullamento del contratto, stipulato con la società controinteressata, Poste Italiane s.p.a., della A.T.I. Consorzio Stabile Olimpo (mandante) Nexive Network s.r.l. (mandataria) per l'esecuzione del servizio di cui al Lotto n. 1 suindicato.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Agenzia delle Entrate e di Poste Italiane s.p.a. e di ADER - Agenzia delle Entrate - Riscossione;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 luglio 2022 il Cons. Annamaria Fasano e uditi per le parti gli avvocati Mangano e Cuomo per delega di Terracciano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando di gara pubblicato sulle GUUE del 4.8.2018 e sulla GURI n. 92 del 8.8.2018, Consip s.p.a. istituiva il sistema dinamico di acquisizione delle forniture di servizi postali di raccolta e recapito per la pubblica amministrazione, allegando il relativo Capitolato d'oneri istitutivo.

2. Con lettera di invito prot. n. 114956 del 6.5.2019 e relativo Capitolato d'oneri per l'appalto specifico, l'Agenzia delle Entrate (in seguito ADE) invitava tutti gli operatori economici ammessi alle categorie merceologiche oggetto d'appalto a presentare le offerte relative ai 4 lotti meglio descritti nella documentazione di gara per l'affidamento dei: *“Servizi di raccolta e recapito della corrispondenza, oltre che dei relativi servizi connessi nell'ambito del sistema dinamico di acquisizione della pubblica amministrazione per la fornitura di servizi postali, servizi di consegna plichi e pacchi tramite corriere e servizi connessi”*.

3. Alla gara, per tutti e quattro i lotti, partecipavano due concorrenti ovvero Poste Italiane s.p.a. e il costituendo RTI composto da Consorzio Stabile Olimpo (futuro mandante) e da Nexive Network s.r.l. (futura mandataria già Nexive s.p.a.). In sede di presentazione della domanda di partecipazione del 22.10.2019, Consorzio Stabile

Olimpo, indicava, per il Lotto n. 1, tra le consorziate esecutrici, anche DBF Services soc. coop. (in seguito DBF Services).

4. Conclusa la fase di ammissione, con determinazione prot. n. 9944 del 16.9.2020 – R, comunicata il successivo 18.9.2020, l'ADE aggiudicava in via definitiva il Lotto n. 1 al costituendo RTI Nexive Network s.r.l. – Consorzio Stabile Olimpo, fatto salvo l'esito delle verifiche sul possesso dei requisiti di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 e degli altri requisiti previsti al Paragrafo 14, nonché delle verifiche dettagliate dal paragrafo 14.1. del Capitolato d'oneri.

5. Con nota del 12.4.2021, l'ADE trasmetteva al costituendo RTI Nexive Network/Consorzio Stabile Olimpo una richiesta di chiarimenti nella quale rappresentava che: *“all'esito delle verifiche sugli adempimenti in materia di contributi previdenziali ed assicurativi, che viene svolta in ottemperanza agli obblighi di cui al Codice dei contratti pubblici relativi al controllo sul possesso dei requisiti di carattere generale, è risultata una irregolarità a carico della società DBF Services Società Cooperativa, indicata dal Consorzio Stabile Olimpo, quale consorziata esecutrice, come meglio dettagliato nel DURC allegato alla presente”*. In allegato alla predetta nota, l'ADE trasmetteva il DURC del 11.03.2021 della consorziata DBF Services, dal quale risultava una irregolarità contributiva relativa al mancato versamento di contributi INPS, per l'importo di euro 166.546,93.

6. ADE, con nota prot. n. 004169 del 28.4.2021, disponeva la revoca dell'aggiudicazione per un fatto sopravvenuto relativo ad una consorziata esecutrice risultata irregolare con DURC del 11.3.2021. Con nota prot. n. 110891 del 5.5.2021, sul presupposto del provvedimento di revoca, veniva formulata richiesta di incameramento della cauzione di cui alla polizza fideiussoria n. IM 13993 stipulata da RTI Nexive Network s.r.l./Consorzio Stabile Olimpo con la compagnia City Insurance A.S., scaduta il 14.4.2021.

7. In data 24.5.2021, in vista di una riunione, Consorzio Stabile Olimpo comunicava alla Stazione appaltante di avere estromesso la consorziata divenuta irregolare,

chiedendo di poter sostituire quest'ultima con altra consorziata già designata per l'esecuzione in fase di gara, ovvero la società Olimpo Services s.r.l.. A tale istanza veniva dato riscontro negativo con provvedimento di riesame del 27.5.2021, pertanto, veniva confermata la revoca dell'aggiudicazione definitiva.

8. Consorzio Stabile Olimpo, premettendo il proprio interesse all'impugnazione quale mandante del R.T.I. costituendo con Nexive (mandataria), proponeva ricorso dinanzi al T.A.R. per il Lazio, denunciando, *inter alia*, la violazione ed errata applicazione dell'art. 80, commi 4 e 6 del d.lgs. n. 50 del 2016, in quanto, in caso di perdita di requisiti in fase di gara di una delle consorziate esecutrici, la Stazione appaltante avrebbe dovuto consentire l'estromissione e/o la sostituzione della consorziata, ai sensi dell'art. 48 del d.lgs. n. 50/2016. Nel corso del giudizio di primo grado, Consorzio Stabile Olimpo proponeva ricorso per motivi aggiunti avverso l'aggiudicazione definitiva del 2.7.2021 disposta in favore di Poste Italiane s.p.a. per vizi di illegittimità derivata, e domandava il subentro nell'esecuzione del servizio, previa declaratoria di inefficacia del contratto in ipotesi stipulato, sollevando eccezioni di illegittimità costituzionale e questioni pregiudiziali comunitarie riferite all'errata interpretazione dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, in combinato disposto con l'art. 48, commi 17, 18, 19 *bis* e 19 *ter* del d.lgs. n. 50 del 2016.

9. Il T.A.R. per il Lazio, con sentenza n. 11549/2021, respingeva le censure di merito e le eccezioni di incostituzionalità e pregiudiziali articolate in giudizio, rigettando anche la domanda di annullamento della richiesta di escussione della polizza fideiussoria e la domanda di subentro.

10. Con atto di appello, notificato nei termini e nelle forme di rito, Consorzio Stabile Olimpo ha appellato la suindicata pronuncia, chiedendone l'integrale riforma e denunciando: “a) *Errores in procedendo e in iudicando* – violazione ed errata applicazione dell'art. 80, commi 4 e 6, del d.lgs. n. 50/2016 s.m.i; violazione e errata applicazione dell'art. 48, commi 17, 18, 19 *bis* e 19 *ter* del d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere per

carenza di istruttoria e carenza di motivazione; violazione degli artt. 3, 4, 10, 117 e 97 Cost.; b) *Erroris in procedendo e in iudicando* – Illegittimità derivata della richiesta di escussione; violazione e falsa applicazione dell'art. 93 d.lgs. 50/2016; violazione del Capitolato d'oneri paragrafo 7.3.”. L'appellante, per i motivi esposti, ha riproposto la domanda di subentro, previa declaratoria di inefficacia del contratto stipulato con la controinteressata Poste Italiane s.p.a., la cui esecuzione è stata prevista per la durata di 36 mesi e, quindi, fino ad ottobre del 2024.

11. Con ordinanza n. 1268/2022, questa Sezione ha accolto l'istanza cautelare proposta dall'appellante ai soli fini della sollecita fissazione dell'udienza di merito, ai sensi dell'art. 55, comma 10, c.p.a..

12. Poste Italiane s.p.a. si è costituita in giudizio, chiedendo il rigetto dell'appello. Con memoria ha rammentato che, nel corso della procedura di gara, ossia in data 16.12.2020, Poste Italiane s.p.a., PostNL European Mail Holding B.V. e Mutares Holding – 32 GmbH hanno sottoscritto un accordo preliminare per l'acquisto da parte di Poste Italiane s.p.a. dell'intero capitale sociale di Nexive NetworK s.r.l., operazione societaria poi effettivamente autorizzata da AGCM con provvedimento n. 28497, e conclusa in data 29.1.2021, con conseguente modifica di tutto il management e il CDA della società. Per tale ragione, secondo l'appellata, non sarebbe possibile disporre il subentro nel contratto. Inoltre, in data 24.6.2021, è stata deliberata e attuata un'operazione che ha previsto la scissione parziale da Nexive Network di rami d'azienda relativi alle attività di recapito della corrispondenza e delle attività di stampa in favore di società del gruppo Poste. Ne consegue, secondo l'appellata, l'impossibilità di disporre il subentro nel contratto di un soggetto del tutto diverso, per quel che concerne Nexive s.p.a., da quello che ha preso parte alla gara e che potrebbe, almeno in linea di principio, aver perso i requisiti generali di partecipazione.

13. Si è difesa l'Agenzia delle Entrate, eccependo l'improcedibilità dell'appello per carenza di interesse di Consorzio Stabile Olimpo all'impugnazione. A tale riguardo, ha riferito che il Consorzio appellante ha partecipato alla procedura di gara in forma di R.T.I. costituendo, ai sensi dell'art. 48, comma 8, del d.lgs. 50/2016, conferendo mandato collettivo speciale con rappresentanza all'impresa Nexive s.p.a. (poi Nexive Network s.r.l.), specificando, nella domanda di partecipazione, con riguardo al Lotto 1, che la quota di partecipazione della futura mandataria Nexive s.p.a. sarebbe stata pari al 93%, mentre la quota di partecipazione della futura mandante Consorzio Stabile Olimpo soltanto al 7%. In data 29 gennaio 2021, Poste Italiane s.p.a. ha acquisito l'intero capitale sociale della Nexive Group s.r.l., titolare a sua volta del 100% del capitale sociale di Nexive Network s.r.l.. L'Agenzia delle Entrate riferisce che, in seguito all'operazione di acquisizione del 100% del capitale sociale della Nexive Group s.r.l., il Consiglio di Amministrazione di Poste Italiane s.p.a. e quello di Nexive Network s.r.l. hanno approvato, in data 11 maggio 2021, i progetti di fusione e scissione inerenti l'operazione di riassetto, nell'ambito del Gruppo Poste Italiane, riguardante le seguenti società: a) Nexive Group s.r.l., il cui capitale è interamente e direttamente detenuto da Poste Italiane s.p.a.; b) Nexive Servizi s.r.l. il cui capitale è interamente detenuto da Nexive Group s.r.l.; c) Nexive Network s.r.l. il cui capitale è interamente detenuto da Nexive Group s.r.l.; d) Nexive s.c.a.r.l. il cui capitale sociale è detenuto al 75% da Nexive Network s.r.l.. Secondo l'Agenzia delle Entrate, tale fusione per incorporazione, avendo determinato l'estinzione del soggetto giuridico incorporato, non consentirebbe il subentro nel contratto, tenuto conto che il raggruppamento temporaneo di imprese costituendo/costituito tra Consorzio Stabile Olimpo mandante e la società Nexive s.p.a. (poi Nexive Network s.r.l.) non solo non esiste più, ma neppure potrebbe rivivere nella sua conformazione originaria.

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

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

DIRITTO

16. Con il primo motivo, l'appellante censura la sentenza impugnata nella parte in cui si è disposto il rigetto del IV motivo di ricorso introduttivo e del IV motivo aggiunto, con i quali si era dedotto che il Consorzio, riconoscendo la perdita sopravvenuta in corso di gara della regolarità contributiva di DBF Services, si era reso disponibile a sostituire/estromettere quest'ultima con altra consorziata interna, già indicata dalla data di presentazione dell'offerta, ovvero, la consorziata Olimpo Services s.r.l., esente da irregolarità. L'esponente lamenta che il T.A.R. avrebbe erroneamente ritenuto la sostituzione impraticabile in ragione della crisi finanziaria che aveva coinvolto il Consorzio durante la pandemia. Tale affermazione non corrisponderebbe alla motivazione degli impugnati, nei quali non si è negata la possibilità della modifica in riduzione per perdita dei requisiti finanziari. Invero, la significativa riduzione dei profitti del Consorzio e delle consorziate causata dalla pandemia non solo aveva riguardato tutto il settore, ma era stata illustrata (nei motivi I e II) per dimostrare in che modo, durante tale periodo, con l'interruzione delle commesse, fosse fisiologico incontrare gravi e straordinarie difficoltà nell'adempimento delle proprie obbligazioni in materia fiscale e contributiva. Nonostante ciò il Consorzio, come le altre consorziate (diverse da Consorziate DBF Services), non avevano mai perduto in corso di gara i requisiti di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, ossia di partecipazione, di qualificazione e affidabilità economica. Secondo l'appellante, anche i riferimenti del T.A.R. all'art. 48, comma 7 *bis* cit., sarebbero del tutto errati, trattandosi di previsioni riferite alla 'fase esecutiva' e con finalità antielusive dei requisiti di partecipazione originari. In particolare, le censure articolate nel IV motivo del ricorso introduttivo e nel IV

motivo aggiunto, invece, non hanno nulla a che vedere con la previsione del comma 7 *bis*, trattandosi di una richiesta di estromissione di una consorziata raggiunta in corso di gara da un motivo di esclusione ex art. 80 del d.lgs. cit., la quale peraltro originariamente (ovvero alla data di presentazione della domanda di partecipazione) era in possesso di tutti i requisiti di cui all'art. 80 d.lgs. cit.

Per le medesime ragioni, la sentenza del T.A.R. sarebbe errata nella parte in cui rimanda ai principi in tema di divieto di soccorso istruttorio e afferma una carenza dei requisiti *ab origine* della consorziata. L'appellante chiarisce, a tale riguardo, che nel IV motivo di ricorso introduttivo e nel IV motivo aggiunto non si è discusso di omessa o falsa dichiarazione, né tantomeno, si è chiesto di sostituire una consorziata priva *ab origine* dei requisiti di partecipazione, ma solo di ritenere legittima l'estromissione di una consorziata per sopravvenuta perdita, in corso di gara, di requisiti di cui all'art. 80 d.lgs. cit., da quest'ultima posseduti alla data di presentazione dell'offerta e ciò ai sensi dell'art. 48, commi 17, 18, 19 *bis* e 19 *ter* del d.lgs. n. 50/2016.

Il Consorzio deduce che l'interpretazione offerta dal giudice di prima istanza non sarebbe condivisibile, tenuto conto del recente arresto dell'Adunanza Plenaria n. 2 del 25.1.2022 con cui si è chiarito che: *“la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) da parte del mandatario o di una delle mandanti, è consentita non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara, in tal senso interpretando l'art. 48, commi 17, 18 e 19 ter del medesimo Codice”*. L'esponente ha rammentato che secondo l'Adunanza Plenaria il riconoscimento della possibilità di modificare (in diminuzione) il raggruppamento temporaneo di imprese, anche nel caso di perdita sopravvenuta dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 del d.lgs. cit., determina come conseguenza che la Stazione appaltante, in applicazione dei principi generali di cui all'art. 1 della l. n. 241/1990 e all'art. 4 d.lgs. n. 50/2016, debba interpellare il

raggruppamento (se questo non abbia già manifestato la propria volontà), in ordine alla volontà di procedere alla riorganizzazione del proprio assetto interno, al fine di rendere possibile la propria partecipazione alla gara.

Secondo l'appellante, in ragione di quanto affermato dall'Adunanza Plenaria, contrariamente a quanto sostenuto dal T.A.R., la Stazione appaltante, ai sensi dell'art. 48, commi 17, 18 e 19 *bis* e 19 *ter* del d.lgs. n. 50/2016, avrebbe dovuto accogliere la richiesta del Consorzio di estromissione della consorziata DBF Services per sopravvenuta perdita del requisito della regolarità contributiva in corso di gara (DURC 11.3.2021), con sostituzione di quest'ultima da parte della consorziata già indicata Olimpo Service s.r.l. e, quindi, proseguire nella conclusione della fase di gara.

17. Con il secondo motivo di appello, il Consorzio Stabile deduce che, in ragione dell'illegittimità dei provvedimenti impugnati, con i motivi V e VI del ricorso del ricorso introduttivo ha chiesto l'annullamento della richiesta di escussione della polizza fideiussoria per illegittimità derivata e, in ogni caso, per la scadenza del termine di validità della stessa quale vizio autonomo della richiesta di escussione. L'appellante precisa che la pronuncia impugnata sarebbe errata nella parte in cui ha respinto il V motivo del ricorso introduttivo, pertanto viene riproposta anche in appello la domanda di annullamento della richiesta di escussione della polizza viziata da illegittimità derivata per vizi articolati nel IV motivo del ricorso introduttivo, avverso la revoca dell'aggiudicazione definitiva disposta ingiustamente dalla Stazione appaltante.

Con riferimento alla polizza assicurativa, il Consorzio riferisce, inoltre, che la Stazione appaltante ha chiesto l'escussione in data 5.5.2021, ossia in data successiva alla scadenza del 14.4.2021, ma tale ritardo non può produrre effetti in pregiudizio al terzo fideiussore estraneo al rapporto principale e di conseguenza non può

pregiudicare l'appellante sul quale la compagnia assicurativa dovrebbe invece rivalersi.

18. Il Consorzio Stabile Olimpo, per i suddetti motivi, deduce altresì l'errore del Collegio di prima istanza nella parte in cui ha respinto la domanda di subentro, previa declaratoria di inefficacia del contratto stipulato con Poste Italiane s.p.a., la cui esecuzione è prevista per la durata di 36 mesi e quindi fino a ottobre del 2024.

19. Ciò premesso, va preliminarmente esaminata l'eccezione di improcedibilità dell'appello per carenza di interesse del Consorzio Stabile Olimpo all'impugnazione proposta dall'Agenzia delle Entrate. In particolare, si deduce che il Consorzio ha partecipato alla procedura di gara in forma di RTI costituendo, ai sensi dell'art. 48, comma 8, del d.lgs. 50/2016, conferendo mandato collettivo speciale con rappresentanza all'impresa Nexive s.p.a. (poi Nexive Network s.r.l.), e specificando, nella domanda di partecipazione, con riguardo al Lotto 1, che la quota di partecipazione della futura mandataria Nexive s.p.a. sarebbe stata pari al 93%, mentre la quota di partecipazione della futura mandante, Consorzio Stabile Olimpo, soltanto al 7%. In data 29 gennaio 2021, Poste Italiane s.p.a. ha acquisito l'intero capitale sociale di Nexive Group s.r.l., titolare a sua volta del 100% del capitale sociale di Nexive Network s.r.l. L'Agenzia delle entrate riferisce che, in seguito all'operazione di acquisizione del 100% del capitale sociale di Nexive Group s.r.l., il Consiglio di Amministrazione di Poste Italiane s.p.a. e quello di Nexive Network s.r.l. hanno approvato, in data 11 maggio 2021, i progetti di fusione e scissione inerenti l'operazione di riassetto, nell'ambito del Gruppo Poste Italiane. Secondo l'Agenzia delle Entrate, tale fusione per incorporazione, avendo determinato l'estinzione del soggetto giuridico incorporato, non consentirebbe il subentro nel contratto.

Poste Italiane s.p.a., inoltre, con memoria, ha rilevato, in relazione alla domanda di aggiudicazione e di subentro nel contratto, che in data 24.6.2021 è stata deliberata e

poi attuata una operazione che ha previsto, tra l'altro, la scissione parziale da Nexive Network di rami d'azienda relativi alle attività di recapito della corrispondenza e delle attività di stampa in favore di società del gruppo Poste. Ne consegue che dovrebbe escludersi che si possa disporre il subentro nel contratto di un soggetto diverso, almeno per quel che concerne Nexive s.p.a., da quello che ha preso parte alla gara.

19.1. L'eccezione di improcedibilità dell'appello per carenza di interesse va esaminata congiuntamente alle deduzioni difensive sopra illustrate, inerenti alla dedotta impossibilità di disporre il subentro nel contratto di un operatore giuridico diverso da quello che ha originariamente partecipato alla gara, in quanto logicamente connesse.

Il Collegio non ritiene di condividere l'approdo argomentativo sostenuto dall'Agenzia delle Entrate, e di conseguenza da Poste Italiane s.p.a., con riferimento alla questione della modifica soggettiva del concorrente in presenza di operazioni aziendali di fusione per incorporazione (o di scissione, come invece sostiene il Consorzio), tenuto conto dei principi di seguito enunciati.

Un primo argomento, in tema di effetti sulle procedure di gara delle riorganizzazioni aziendali, a sostegno della infondatezza della eccepita carenza di interesse all'impugnazione, è dato dall'esigenza di assicurare all'operatore economico l'ampia esplicazione della libertà contrattuale, insuscettibile di essere limitata in assenza di un'espressa e contraria disposizione normativa. Questa necessità è stata già valorizzata da questo Consiglio in più occasioni, il quale ha precisato l'importanza di garantire la libertà contrattuale delle imprese *“le quali devono poter procedere alle riorganizzazioni aziendali reputate opportune senza che possa essere loro di pregiudizio lo svolgimento di gare alle quali hanno partecipato (cfr. al riguardo, Cons. Stato, V, n. 1370/2013, n. 3819/2015)”*. La tesi opposta, impeditiva del subentro, in fattispecie di operazioni di scissione e fusione delle imprese che determinano la modifica soggettiva dell'operatore

economico partecipante alla gara finirebbe “*con l’ingiustamente ingessare, senza alcuna valida ragione giustificativa la naturale vocazione imprenditoriale dei soggetti partecipanti alle gare pubbliche, per tal guisa ponendosi in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione che sono soltanto quelle espressamente previste dall’art. 80 del nuovo Codice di Contratti. Appare altresì evidente che la partecipazione di un soggetto ad una procedura di evidenza pubblica non può costituire, a pena di violazione della libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), o del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), motivo per condizionare, ostacolare o, addirittura, sopprimere l’essenza dell’attività imprenditoriale, quando ciò non trovi giustificazione nella necessità di tutelare interessi superiori*”(Cons. Stato, n. 6216 del 2019; Cons. Stato n. 8079 del 2021).

Un secondo argomento viene offerto dai principi che sottendono alla continuità dell’impresa: le operazioni di riorganizzazione aziendale implicano la prosecuzione in capo alla nuova compagine societaria dell’attività economica nonché dei mezzi materiali ed umani ad essa destinati, con conseguente emersione di un’identità sostanziale della mandataria, tale da giustificare l’attenuazione del principio di immodificabilità soggettiva del concorrente.

Le operazioni di cessione di azienda o di fusione per incorporazione, in materia di contratti pubblici, non pregiudicano la partecipazione alla gara, laddove, come nella specie, sia ravvisabile la continuità aziendale tra operatori economici, in considerazione di “*chiari indizi in ordine al fatto che, nonostante la intervenuta cessione, vi sia continuità tra precedente e nuova gestione imprenditoriale, in tal caso, infatti, il cessionario, così come si avvale dei requisiti del cedente nell’ambito della partecipazione alle pubbliche gare, risente anche delle conseguenze delle eventuali responsabilità del soggetto cedente e dei suoi amministratori*”(Cons. Stato, n. 3481 del 2021).

Inoltre, va osservato come il divieto di subentro in siffatte ipotesi, da un lato, non è posto espressamente dal dato positivo, dall’altro, inciderebbe sulla piena attuazione della libertà contrattuale degli operatori economici, discendente dalla libertà di

iniziativa economica e dalla libertà di impresa, affermate in via generalizzata in ambito nazionale e sovranazionale (artt. 41 Cost. e art. 16 Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, in combinato disposto con gli articoli 49 e 56 del TFUE) e non limitabile in assenza di una disposizione normativa contraria.

E' stato, infatti, condivisibilmente affermato che: *“un tale divieto influirebbe negativamente sulla possibilità per l'operatore economico, partecipante ad una pubblica gara, di avvalersi degli strumenti negoziali previsti dall'ordinamento civile per compiere quelle operazioni di riorganizzazione aziendale ritenute necessarie per lo svolgimento dell'attività di impresa”*(Cons. Stato n. 8079 del 2021).

Ma l'argomento decisivo viene desunto dalla piana lettura dell'art. 2504 *bis* c.c., secondo cui, in ipotesi di fusione per incorporazione, i rapporti giuridici proseguono tutti in capo alla società incorporante o risultante dalla fusione, quale successore per legge esplicitamente identificato.

Come è noto, ai sensi dell'art. 2501 c.c., l'operazione di fusione si attua mediante la costituzione di una nuova società o mediante l'incorporazione di una società di una o più altre. La peculiarità dell'operazione, analogamente alla scissione, sta nella prosecuzione dei soci nell'attività d'impresa mediante una diversa struttura organizzativa, una volta, evidentemente, venuto meno l'interesse, l'utilità o la possibilità di perseguirla con la società dapprima partecipata. Pertanto, a differenza che nello scioglimento e liquidazione della società, con la fusione l'operazione economica ha il significato opposto: non l'uscita dal mercato, ma la permanenza dei soci sul medesimo, sia pure in forme diverse.

Le Sezioni Unite dalla Corte di Cassazione hanno chiarito, con sentenza n. 21970 del 30.7.2021, gli aspetti sostanziali della vicenda della fusione societaria, precisando che *“non vi è dubbio che la fusione, dando vita ad una vicenda modificativa dell'atto costitutivo per tutte le società che vi partecipano, determini un fenomeno di concentrazione giuridica ed economica (ve n'è traccia espressa nel diritto positivo: v. l'art. 5 l. 10 ottobre 1990, n. 287) o*

‘integrazione’ o ‘compenetrazione’, dal quale consegue che i rapporti giuridici, attivi e passivi, di cui era titolare la società incorporata o fusa, siano imputati ad un diverso soggetto giuridico, la società incorporante o la società risultante dalla fusione”.

I chiarimenti offerti dalle Sezioni Unite consentono di superare le obiezioni sostenute dall’Agenzia delle Entrate in ordine alla inesistenza dell’operatore economico che ha presentato la domanda di partecipazione alla procedura di gara all’esito delle operazioni di fusione per incorporazione, atteso che, secondo la Corte *“occorre, in definitiva, tenere distinto il profilo negoziale del contratto di società da quello giuridico-formale dell’originario soggetto di diritto dal primo scaturito, distinguendo tra la società come insieme di rapporti, che prosegue in una diversa organizzazione, dalla società come ente che si estingue”.*

Alla successione dei soggetti sul piano giuridico – formale si affianca, sul piano economico – sostanziale, una continuazione dell’originaria impresa e della sottostante organizzazione aziendale, benchè secondo nuovi assetti e piani industriali. La fusione *“realizza una successione a titolo universale corrispondente alla successione mortis causa e produce gli effetti, tra loro interdipendenti, dell’estinzione della società incorporata e della contestuale sostituzione a questa, nella titolarità dei rapporti giuridici attivi e passivi, anche processuali, della società incorporante, che rappresenta il nuovo centro di impugnazione e di legittimazione dei rapporti giuridici già riguardanti i soggetti incorporati”.*

La portata generale di tali considerazioni emerge anche dalla sentenza dell’11 luglio 2019, in causa C-679/17, *Telecom Italia S.p.A.*, con cui la Corte di Giustizia ha valorizzato i criteri definiti dalla pregressa sentenza del 24 maggio 2016, *MT Hojgaard* per verificare il rispetto del principio di uguaglianza in relazione ad una procedura ristretta in cui si era assistito ad una modifica dell’identità sostanziale del concorrente. In particolare, il giudice sovranazionale ha ammesso una deroga al principio di identità tra operatori economici prequalificati e operatori offerenti anche a fronte di operazioni volte ad accrescere la capacità economica e tecnica del candidato iniziale, mediante l’incorporazione di altro candidato prequalificato. Nel

caso esaminato era stata consentita la presentazione dell'offerta ad un candidato prequalificato, che si era impegnato ad incorporare un altro candidato prequalificato, in forza di un accordo di fusione concluso tra la fase di prequalifica e quella di presentazione delle offerte e attuato dopo tale fase di presentazione, a condizione che tale operazione non comportasse un deterioramento della situazione concorrenziale degli altri offerenti.

Secondo la giurisprudenza unionale, il principio di identità giuridica e sostanziale del concorrente non è assoluto, potendo subire attenuazioni ove ciò, da un lato, sia funzionale a garantire un'adeguata concorrenza, dall'altro non comporti una violazione del principio di parità di trattamento e assicuri il possesso dei requisiti prescritti dalla *lex specialis* in capo all'operatore economico subentrante.

19.2. Da siffatti rilievi consegue che l'eccezione di improcedibilità dell'appello per difetto di interesse va respinta, atteso che si deve “*tenere distinto il profilo negoziale del contratto di società da quello giuridico-formale dell'originario soggetto di diritto dal primo scaturito, distinguendo tra la società come insieme di rapporti, che prosegue in una diversa organizzazione, dalla società come ente che si estingue*”. Le suindicate considerazioni valgono anche ai fini della domanda di subentro, che verrà esaminata nel merito seguendo l'ordine di illustrazione dei motivi di impugnazione.

20. Ciò premesso, i motivi di appello, da esaminarsi congiuntamente per ragioni di connessione logica, sono fondati.

Il Collegio rileva che le questioni prospettate dalle parti sono sostanzialmente le seguenti: a) se sia legittima, ai sensi dell'art. 48, commi 17, 18, 19 *bis* e 19 *ter* del d.lgs. n. 50/2016, l'estromissione di una consorziata per sopravvenuta perdita, in corso di gara, dei requisiti di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 (nella specie, sopravvenuta perdita di regolarità contributiva), da quest'ultima posseduti alla data di presentazione dell'offerta; b) se sia consentito, come ritiene il Consorzio Stabile Olimpo, ai sensi dell'art. 48, commi 17, 18, 19 *bis* e 19 *ter*, del d.lgs. n. 50/2016,

estromettere la consorziata designata dall'appalto, divenuta priva dei requisiti, e provvedere alla sostituzione della medesima con altra consorziata, già designata in sede di partecipazione alla gara.

E' importante precisare che, con nota del 24.5.2021, Consorzio Stabile Olimpo ha comunicato alla Stazione appaltante la disponibilità, ove autorizzato, ad estromettere e/o sostituire la consorziata già indicata in gara, con altra consorziata già designata. La Stazione appaltante ha respinto la richiesta di estromissione della consorziata DBF Services, con provvedimento di riesame del 27.5.2021, confermando la revoca dell'aggiudicazione definitiva.

21. Questa Sezione rammenta, ma tale circostanza è stata ampiamente illustrata dall'appellante e dalle parti costituite nei propri scritti difensivi, che recentemente l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza n. 2/2022, ha affermato il seguente principio di diritto: *“la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (Codice dei contratti pubblici) da parte del mandatario o di una delle mandanti, è consentita non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara”*.

La questione all'esame è se la portata applicativa del suddetto indirizzo interpretativo possa estendersi anche consorzi stabili, stante la peculiare natura giuridica e la indiscussa distinzione tra i requisiti di partecipazione alle gare pubbliche dei consorzi stabili e dei consorzi ordinari, che sostanzialmente coincide con quella dei raggruppamenti temporanei d'impresa. Il differente trattamento normativo in merito al possesso dei requisiti tra le tipologie di partecipazione plurisoggettiva si specchia con la differente disciplina applicabile in tema di modifica soggettiva, rispetto alla quale, per le ragioni di seguito illustrate, è consentita una più ampia possibilità di operare una modifica della consorziata indicata quale esecutrice del contratto.

Poste Italiane s.p.a., inoltre, ha rappresentato di non ritenere corretto scrutinare la legittimità dell'azione di ADE, e quindi la sentenza appellata, sulla base del nuovo approdo raggiunto dalla Adunanza Plenaria n. 2/2022, il cui impatto nel caso in esame impone una valutazione in ordine alla valenza temporale da attribuire ai principi da essa enucleati, al fine di circoscriverne la portata ai soli casi successivamente intervenuti e non già a quelli derivati da provvedimenti emanati in precedenza, per evitare discriminazioni e disparità di trattamento.

21.1. Il Collegio ritiene che a tali quesiti si debba dare risposta positiva, ossia che, in fattispecie come quella in esame, sia applicabile l'indirizzo recentemente espresso dall'Adunanza Plenaria con la sentenza n. 2 del 2022 e, quindi, sia consentita la sostituzione della consorziata designata dall'appalto con altra consorziata, già indicata in sede di partecipazione tra le consorziate esecutrici, dovendosi ritenere che i principi di diritto espressi dall'Adunanza Plenaria, nella sua funzione nomofilattica, vadano nella specie applicati. L'Adunanza Plenaria con l'invocata pronuncia ha interpretato la legge, secondo una lettura costituzionalmente orientata di norme sostanziali (e non processuali) ed in linea con i principi consolidati espressi dalla giurisprudenza unionale.

La giurisprudenza di legittimità ha chiarito, con indirizzo condiviso, che possa discutersi dei rimedi attuabili a tutela del legittimo affidamento quando il mutamento giurisprudenziale imprevedibile ed inaspettato abbia ad oggetto l'interpretazione di una norma processuale, diversamente essa sostiene che il ribaltamento giurisprudenziale avente ad oggetto una norma sostanziale sia dotato di efficacia retroattiva (Cass. SS.UU. 11 luglio 2011, n. 15144).

Pertanto, non appare giustificabile una limitazione all'efficacia retroattiva dell'*overruling*, oltre al fatto che, a seguito di un contemperamento di interessi, appare prevalente l'interesse dell'operatore economico che partecipa alla gara (il Consorzio Stabile Olimpo), che riceve un immediato vantaggio dai chiarimenti offerti

dall'Adunanza Plenaria (e che quindi, in un certo senso, avrebbe 'diritto al mutamento'), atteso che in senso contrario, quest'ultimo verrebbe irragionevolmente pregiudicato dall'artificioso differimento della vigenza della nuova regola giurisprudenziale.

Ne consegue che, laddove si verifici tale ipotesi, la stazione appaltante, in applicazione dei principi generali di cui all'art. 1 della l. 241/1990 e all'art. 4 d.lgs. n. 50/2016, è tenuta ad interpellare il consorzio stabile, se questo non abbia già manifestato la propria volontà in ordine alla possibilità di procedere alla riorganizzazione del proprio assetto interno, al fine di rendere possibile la partecipazione dello stesso alla gara, nonostante la perdita dei requisiti di una delle consorziate designate dall'appalto.

21.2. L'assunto è confortato dalle seguenti considerazioni.

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

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

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

un'unica operazione, i primi sono costituiti in funzione di un numero potenzialmente illimitato di operazioni.

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

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

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

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

L'art. 48 del d.lgs. n. 50 del 2016, al comma 7 bis, stabilisce: *“E' consentito, per le ragioni indicate ai successivi commi 17, 18 e 19 e per fatti o atti sopravvenuti, ai soggetti di cui all'art. 45, comma 2, lettere b) e c), designare ai fini dell'esecuzione dei lavori o dei servizi, un'impresa consorziata diversa da quella indicata in sede di gara, a condizione che la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere in tale sede la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata”*.

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

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

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

21.3. Ciò premesso, la prevalente giurisprudenza amministrativa, mutuando anche i principi informatori compendati all'articolo 45 del d.lgs. n. 50/2016, qualifica consorzi stabili quei consorzi che abbiano stabilito di operare nel settore dei contratti

pubblici per un periodo non inferiore a cinque anni e che, pertanto, abbiano istituito una comune struttura d'impresa. Si tratta di aggregazioni durevoli di soggetti che nascono da un'esigenza di cooperazione ed assistenza reciproca e, operando come un'unica impresa, si accreditano all'esterno come soggetto distinto. Il Consiglio di Stato ha, in più occasioni, chiarito che sono operatori economici dotati di autonoma personalità giuridica, costituiti in forma collettiva e con causa mutualistica, che operano in base a uno stabile rapporto organico con le imprese associate, il quale si può giovare, senza necessità di ricorrere all'avvalimento, dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse, secondo il criterio del 'cumulo alla rinfusa' (cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 febbraio 2021, n. 964; Cons. stato, 11 dicembre 2020, n. 7943; Cons. Stato sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165; Cons. Stato, sez. III, 22 febbraio 2018, n. 1112).

Il criterio del 'cumulo alla rinfusa', costituendo un approdo pacifico della giurisprudenza, viene individuato nella possibilità per i consorzi stabili di qualificarsi nelle gare di affidamento di appalti pubblici utilizzando i requisiti delle proprie consorziate, dovendosi precisare che, in caso di partecipazione alla gara, è necessaria la verifica della effettiva esistenza in capo ai singoli consorziati, dei requisiti di capacità tecnica e professionale prescritti dalla *lex specialis* (Cons. Stato, Ad.Plen. 18 marzo 2021, n. 5).

L'art. 47, comma 1, del d.lgs. 50/2016, infatti, prescrive che i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria devono essere posseduti dai consorzi in proprio, anche se il comma 1 prevede la possibilità del cumulo, ma ciò vale solo per i requisiti relativi alla disponibilità dell'attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo.

Elemento qualificante dei consorzi stabili è senz'altro la 'comune struttura di impresa' da intendersi quale 'azienda consortile' utile ad eseguire in proprio, ossia senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate, le

prestazioni affidate a mezzo del contratto (cfr. Adunanza Plenaria 18 marzo 2021, n. 5; Cons. Stato, sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165).

E' stato di recente evidenziato in giurisprudenza (Cons. Stato, sez. III, 4.2.2019, n. 865), come l'elemento essenziale per poter attribuire al consorzio la qualifica di consorzio stabile è il c.d. elemento teleologico, ossia l'astratta idoneità del consorzio, esplicitamente consacrata nello statuto consortile, di operare con un'autonoma struttura di impresa, capace di eseguire, anche in proprio, ovvero senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate, le presentazioni previste nel contratto (ferma restando la facoltà per il consorzio, che abbia tale struttura, di eseguire le prestazioni, nei limiti consentiti, attraverso le consorziate) (cfr. Cons. Stato, sez. V, 2.5.2017, n. 1984; Cons. Stato, sez. V, 17.1.2018, n. 276).

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

21.4. Dall'elaborazione giurisprudenza sul punto è, quindi, emerso che, a differenza dei RTI e consorzi ordinari, il consorzio stabile, è un nuovo e peculiare soggetto giuridico, promanante da un contratto a dimensione associativa tra imprese, caratterizzato oggettivamente come struttura imprenditoriale da un rapporto tra le stesse imprese di tipo organico, al fine di operare in modo congiunto nel settore dei lavori pubblici, sicchè unico interlocutore con l'amministrazione appaltante è il medesimo consorzio, con la conseguenza che i requisiti speciali di idoneità tecnica e finanziaria devono essere da esso comprovati con il cumulo dei requisiti delle singole consorziate e non solo di quelli delle imprese per le quali il consorzio dichiara di concorrere.

A quest'ultimo rilievo va data la dovuta importanza, atteso che la questione delle modifiche soggettive della struttura del consorzio stabile, in sede di gara, sembra sfumare se si riflette sul fatto che l'amministrazione appaltante ha un unico interlocutore nella procedura di gara, sebbene espressione di una realtà plurisoggettiva.

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

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

Tale interpretazione certamente investe profili di differenze rispetto ai consorzi ordinari e raggruppamenti temporanei con riferimento ai requisiti di partecipazioni alla procedura di appalto, secondo quanto anche in ambito comunitario si è

affermato. L'art. 48, comma 7, del d.lgs. 50/2016 porrebbe, per la giurisprudenza unionale, una presunzione assoluta d'interferenza reciproca tra i suddetti soggetti, anche nel caso in cui il consorzio non sia intervenuto nel procedimento per conto e nell'interesse di dette imprese; né è consentito ai suddetti operatori di dimostrare che le loro offerte sono state formulate in modo pienamente indipendente e che non vi è un rischio di influenza sulla concorrenza tra offerenti (cfr. Corte giustizia UE, sez. IV, 23.12.2019, n. 376).

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

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

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

21.6. Il Collegio ritiene che le evidenziate differenze tra consorzi stabili e consorzi ordinari e i raggruppamenti temporanei di imprese non rilevano ai fini della questione oggetto di esame, essendo distinzioni che investono i requisiti di esternalizzazione della partecipazione alle procedure di gara da parte degli operatori

giuridici, e non si riferiscono all'evenienza del venire meno dei requisiti di una consorziata designata in corso di gara.

Invero, i criteri che devono ispirare l'approdo ermeneutico che giunge all'applicabilità dei principi espressi dall'Adunanza Plenaria n. 2 del 2022 alla fattispecie in esame, sono quelli che regolamentano la partecipazione aggregata alle procedure di evidenza pubblica, che a loro volta legittimano la creazione dei consorzi stabili, ossia il *favor participationis* e la 'neutralità delle forme giuridiche dei soggetti partecipanti', come chiariti dalla legislazione eurounitaria.

Tali principi coesistono e suggeriscono una interpretazione del dettato normativo finalizzata ad agevolare la partecipazione delle imprese, nel rispetto della *par condicio* degli operatori giuridici.

Il principio del *favor participationis* consiste nel realizzare l'ampliamento della platea dei concorrenti che partecipano ad una gara pubblica, costituendo dunque espressione della massima concorrenzialità nel settore dei pubblici contratti. Ogni deroga a tale finalità di carattere generale deve, di conseguenza, essere suscettibile di stretta interpretazione.

Il principio della 'neutralità delle forme giuridiche', invece, è stato confermato dagli artt. 19, par.2, della direttiva 2014/24/UE, relative ai settori ordinari, 37, par. 2, della direttiva 2014/25/UE relativa ai settori speciali e 26, par. 2, della direttiva 2014/23/UE, relativa alle concessioni, a mente dei quali i raggruppamenti di operatori economici non possono essere obbligati dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori ad avere una forma giuridica specifica ai fini della presentazione di un'offerta o di una domanda di partecipazione.

L'art. 19, par.2, direttiva 2014/23/UE, infatti, è la base interpretativa della modalità partecipativa di una pluralità di operatori economici, la cui tipizzazione viene rimessa al legislatore nazionale, secondo principi di proporzionalità e di non discriminazione.

Sulla scorta di tale percorso interpretativo, vengono in rilievo gli approdi a cui è giunta l'Adunanza Plenaria nella sentenza invocata sul tema oggetto della pronuncia (ossia perdita dei requisiti ex art. 80 d.lgs. n. 50/2016 in sede di gara), la quale è pervenuta alla conclusione di ritenere necessaria, tra le norme antinomiche, *“la applicazione di una sola di esse (quella, appunto, compatibile con le fonti sovraordinate della Costituzione e del diritto dell'Unione Europea), e la non applicazione dell'altra recessiva perché contraria ai più volte richiamati principi”*.

Si è quindi ritenuto (punto 12 della sentenza) che:

-“una interpretazione che escluda la sopravvenienza della perdita dei requisiti ex art. 80 in fase di gara, per un verso introdurrebbe una disparità di trattamento tra varie ipotesi di sopravvenienze non ragionevolmente supportata”;

-“si verificherebbe un caso di concreta incapacità a contrattare con la pubblica amministrazione da parte di imprese ‘incolpevoli’, riguardando il fatto impeditivo sopravvenuto una sola di esse, così finendo per costituire una fattispecie di ‘responsabilità oggettiva’, ovvero una inedita, discutibile (e sicuramente non voluta) speciale fattispecie di culpa in eligendo”.

Si aggiunge che: *“Se uno dei principi fondamentali in tema di disciplina dei contratti con la pubblica amministrazione – tale da giustificare la previsione stessa del raggruppamento temporaneo di imprese – è quello di consentire la più ampia partecipazione delle imprese, in condizione di parità, ai procedimenti di scelta del contraente (e dunque di favorirne la potenzialità di accedere al contratto, al contempo tutelando l'interesse pubblico ad una maggiore ampiezza di scelta conseguente alla pluralità di offerte), una interpretazione restrittiva della sopravvenuta perdita dei requisiti ex art. 80, a maggior ragione perché non sorretta da alcuna giustificazione non solo ragionevole, ma neppure percepibile, finisce per porsi in contrasto sia con il principio di eguaglianza, sia con il principio di libertà economica e di par condicio delle imprese nei confronti delle pubbliche amministrazioni (come concretamente declinati anche dall'art. 1 della l. n. 241/1990 e dall'art. 4 del codice dei contratti pubblici). Ed infatti, come condivisibilmente affermato dall'ordinanza di rimessione “nessuna delle ragioni che sorreggono il principio di immodificabilità della composizione*

del raggruppamento varrebbe a spiegare in maniera convincente il divieto di modifica per la perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 in sede di gara: non la necessità che la stazione appaltante si trovi ad aggiudicare la gara e a stipulare il contratto con un soggetto del quale non abbia potuto verificare i requisiti, in quanto, una volta esclusa dall'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 10 del 2021 la c.d. sostituzione per addizione, tale evenienza non potrà giammai verificarsi quale che sia la vicenda sopravvenuta per la quale sia venuto meno uno dei componenti del raggruppamento; né la tutela della par condicio dei partecipanti alla procedura di gara, che è violato solo se all'uno è consentito quel che all'altro è negato”.

E' stato così formulato il seguente principio di diritto: *“la modifica del raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) da parte del mandatario o di una delle mandanti, è consentita non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara, in tal senso interpretando l'art. 48, commi 17, 18 e 19 ter del medesimo Codice”.*

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

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

Il comma 7 *bis* dell'art. 48 prevede per i soggetti di cui all'art. 45 comma 2, lett. b) e c) che sia consentito designare un'impresa esecutrice diversa da quella indicata in sede di gara, anche per fatti o atti sopravvenuti diversi da quelli previsti

specificamente dai commi 17, 18 e 19, a condizione che la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere in tale sede la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata. Relativamente alla possibilità di estromettere determinate imprese in corso di esecuzione ovvero in corso di gara, si sottolinea che i commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche relativamente ai consorzi stabili e ai consorzi di società cooperative di produzione e lavoro e di imprese artigiane, in forza del rinvio operato dal comma 19 *bis* del medesimo art. 48 cit.

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

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

Proprio in considerazione delle ragioni anzidette, il metodo di indagine fino a questo punto seguito deve tenere conto anche dell'evoluzione della giurisprudenza in tema di consorzi ordinari, con riferimento al limite del divieto di modifica della composizione del consorzio (ordinario), in fattispecie in cui il consorzio è stato escluso da una procedura di gara per carenza dei requisiti di partecipazione in capo ad una delle consorziate indicate, per l'esecuzione dell'appalto in caso di aggiudicazione. La giurisprudenza in passato ha ritenuto che: a) è precluso al consorzio la sostituzione del soggetto indicato come esecutore dell'appalto; ammettere la sostituzione successiva della consorziata, in caso di esito negativo della verifica sul possesso dei requisiti generali, significherebbe eludere le finalità sottese alle prescrizioni di gara che richiedono l'indicazione delle consorziate che eseguiranno il servizio e la loro dichiarazione sul possesso dei requisiti generali di

partecipazione; b) è consentita la modifica ‘in riduzione’, vale a dire l’eliminazione, senza sostituzione, di una delle consorziate, con conseguente esecuzione dell’appalto integralmente dalle altre, a condizione che la modifica della compagine in senso riduttivo avvenga per esigenze organizzativo proprie del consorzio e non, invece, per eludere la legge di gara, e, in particolare, per evitare la sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo alla consorziata, che viene meno attraverso l’operazione riduttiva (Adunanza Plenaria 4 maggio 2012, n. 8).

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

La modifica in riduzione della compagine soggettiva di un operatore partecipante alla procedura in forma plurisoggettiva presuppone, pur sempre, il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di gara alla data di presentazione della domanda.

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

Per tale ragione, si è detto che il problema dell’accertamento della finalità elusiva dell’esclusione, se essa risponda ad effettive ragioni organizzative ovvero sia stata effettuata per evitare l’esclusione dalla procedura, può porsi nel caso in cui il soggetto estromesso, consorziata o impresa raggruppata, abbia perduto, *medio tempore* i requisiti di partecipazione, non certo qualora non li abbia mai avuti, perché,

in tal caso, era preclusa sin dall'inizio la sua partecipazione alla procedura di gara, e la riduzione è vicenda successiva della compagine partecipante che risulta del tutto irrilevante per la stazione appaltante.

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

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

Si è già detto che relativamente ai consorzi stabili, il comma 7 *bis* dell'art. 48, ad essi espressamente riferito (a sua volta inserito con l'art. 32 del d.lgs. n. 56 del 2017) consente per le stesse ragioni di cui ai commi 17 e 18 (quindi anche perdita dei requisiti ex art. 80), di *"designare ai fini dell'esecuzione dei lavori o dei servizi, un'impresa consorziata diversa da quella indicata in sede di gara a condizione che la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere in tal sede la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata"*.

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

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

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

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

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

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

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

Si è già detto che il dettato normativo non consente un diverso indirizzo, anche in ragione degli arresti della giurisprudenza amministrativa in tema di requisiti di partecipazione alla gara dei consorzi stabili. E appare dirimente, anche, quanto si è precisato sulla soggettività individuale del consorzio stabile, dotato di autonoma personalità giuridica, espressione di una realtà imprenditoriale distinta rispetto a

quella dei singoli consorziati, con dimensione organizzativa propria e con autonoma struttura a rilevanza esterna, la quale non osta, anzi suggerisce la regolamentazione della vicenda secondo i criteri individuati dall'Adunanza Plenaria.

Ciò in considerazione del fatto che, tanto durante lo svolgimento della procedura di gara, quanto durante l'esecuzione del contratto, l'unica controparte della stazione appaltante è il consorzio stabile nel suo complesso nell'ambito del quale, a differenza delle unioni temporanee di imprese, i rapporti con le imprese consorziate e le imprese esecutrici si risolvono in rapporti interorganici, che non hanno alcuna rilevanza all'esterno nei confronti della stazione appaltante.

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

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

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

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

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

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

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

al contratto stipulato non si giustifica, sotto un profilo negoziale, nell'assegnazione che non può essere considerata un contratto (e quindi né un subappalto né un mandato), ma solo un atto unilaterale recettizio".

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

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

Ne consegue che la modifica in sostituzione non inficia la natura del consorzio, trattandosi di una realtà imprenditoriale distinta rispetto a quella dei singoli consorziati, naturalmente se il consorzio stabile rimane nella sua totalità in possesso dei requisiti richiesti dalla *lex specialis*.

Ciò in ragione del fatto, già evidenziato, che tanto durante lo svolgimento della procedura di gara, quanto durante l'esecuzione del contratto, l'unica controparte della stazione appaltante è il consorzio stabile.

Diversamente opinando, si determinerebbe la conseguenza del venir meno della finalità giuridica per la quale è stato previsto l'istituto, che è quella (cfr. Cons. Stato, sentenza sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165) di favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese alle procedure di gara cui non avrebbero potuto partecipare con i

solli propri requisiti, al tempo stesso beneficiando di un rapporto mediato tra l'amministrazione e la consorziata data dal consorzio e dalla struttura consortile.

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

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

La soluzione interpretativa delineata non confligge con la perdurante validità del principio di necessaria continuità nel possesso dei requisiti, affermato dall'Adunanza Plenaria con sentenza n. 8/2015, né con il più generale principio di immodificabilità soggettiva del concorrente (Cons. Stato, sez. V, 26 aprile 2018, n. 2527). Anzi tale prospettiva è idonea a soddisfare sia il principio del *favor participationis*, sia quello della certezza dei requisiti che debbono ricorrere affinché un determinato soggetto giuridico possa legittimamente concorrere per l'aggiudicazione di un contratto di lavori, servizi e forniture.

25. In conclusione, deve ritenersi che, nel caso di specie, era consentita in sede di gara l'estromissione dell'impresa divenuta priva dei requisiti ex art. 80 cit., e conseguentemente possibile la sostituzione della consorziata designata con altra impresa in possesso dei requisiti di partecipazione e di quelli di qualificazione per l'esecuzione dei lavori, indicati dalla *lex specialis*.

Per i rilievi sopra illustrati è, quindi, illegittimo il provvedimento di esclusione del Consorzio Stabile Olimpo, laddove ha ritenuto inammissibile la sostituzione della consorziata DBF Services, e conseguentemente è illegittima l'aggiudicazione dell'appalto alla società Poste Italiane s.p.a., che dall'esclusione è scaturita.

La pronuncia di illegittimità dell'esclusione comporta, come ravvisato dalla menzionata Adunanza Plenaria, che *“la stazione appaltante, in ossequio al principio di partecipazione procedimentale, è tenuta ad interpellare il raggruppamento e, laddove questo intende effettuare una riorganizzazione del proprio assetto, onde poter riprendere la partecipazione alla gara, provvede ad assegnare un congruo termine per la predetta riorganizzazione”*.

In tali termini, va disposto l'annullamento dell'esclusione e del provvedimento di aggiudicazione definitiva del Lotto 1 dell'appalto in favore di Poste Italiane s.p.a., e, quindi, per invalidità derivata anche dell'escussione della cauzione provvisoria.

26. Orbene, risulta dai fatti di causa, che il contratto normativo relativo al Lotto n. 1 è stato sottoscritto il 27.7.2021 per la durata di 36 mesi, mentre il contratto esecutivo è stato stipulato in data 9.9.2021 ed è in esecuzione dal 23 settembre 2021. L'appellante ha proposto domanda di subentro, censurando la sentenza impugnata *“nella parte in cui ha respinto la domanda di subentro, previa declaratoria di inefficacia del contratto stipulato con l'odierna controinteressata Poste Italiane s.p.a., la cui esecuzione è prevista per la durata di 36 mesi e quindi fino a ottobre 2024”*.

La piana lettura della domanda induce, chiaramente, a ritenere che il *petitum* non può che essere nel senso di una richiesta di subentro riferita all'esecuzione del servizio per la commessa residua fino alla naturale scadenza del contratto (ottobre 2024).

Ciò premesso, il Collegio rileva che, nella specie, non sussistono motivi ostativi desumibili dal disposto dell'art. 122 c.p.a. all'accoglimento della suddetta domanda, atteso che non risulta in nessun modo emersa, dalla difesa dei resistenti, alcuna valida contestazione sulla natura fungibile dei servizi dell'appalto Lotto n. 1. Va, altresì, precisato che lo stato di esecuzione del contratto appare compatibile con il richiesto

subentro, e l'appellante ha riproposto, nel presente giudizio, l'istanza di declaratoria di inefficacia e di subentro nel contratto nei termini sopra specificati.

Da siffatti rilievi consegue che, in ragione del *petitum* illustrato con il ricorso in appello, previa dichiarazione di inefficacia del contratto ex art. 122 c.p.a., va disposto il subentro, nell'esecuzione del servizio per la commessa residua fino alla naturale scadenza del contratto, del RTI Nexive Network s.r.l. cui è succeduta Poste Italiane s.p.a. (mandataria) e Consorzio Stabile Olimpo (mandante), previe le dovute determinazioni della Stazione appaltante sull'aggiudicazione in suo favore e verifica nei suoi confronti del possesso dei requisiti di partecipazione e di esecuzione.

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

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

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

dallo stesso presentata (ossia il diritto al subentro integrale per un periodo corrispondente a quello della durata originaria del servizio).

27. In definitiva, l'appello va accolto. A tale accoglimento consegue, in riforma della sentenza di primo grado, l'accoglimento del ricorso introduttivo proposto da Consorzio Stabile Olimpo, l'annullamento degli atti impugnati e, previa dichiarazione di inefficacia del contratto, il subentro del RTI Nexive Network s.r.l. cui è succeduta Poste Italiane s.p.a. (mandataria) e Consorzio Stabile Olimpo (mandante), nell'esecuzione del servizio della commessa residua fino alla naturale scadenza del contratto.

Le spese di lite dei due gradi di giudizio si compensano integralmente tra le parti, per la connotazione della vicenda e per la novità e complessità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso introduttivo proposto dal Consorzio appellante, annulla gli atti impugnati, dichiara l'inefficacia del contratto stipulato con Poste Italiane s.p.a., e dispone il subentro in favore del RTI Nexive Network s.r.l. (cui è succeduta Poste Italiane s.p.a. mandataria e Consorzio Stabile Olimpo mandante) nell'esecuzione del servizio della commessa residua fino alla naturale scadenza del contratto.

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

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

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

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Annamaria Fasano

IL PRESIDENTE
Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO