

Publicato il 05/05/2020

N. 02849/2020REG.PROV.COLL.  
N. 08397/2019 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 in appello iscritto al numero di registro generale 8397 del 2019, proposto da

Consorzio Nazionale Cooperativa Pluriservizi - attività a 360° - soc. coop., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avvocato Carlo Malinconico, con domicilio presso il suo studio in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 284;

*contro*

R.F.I. Rete Ferroviaria Italiana s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Sergio Coccia, Giampaolo Rossi e Francesco Rossi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Sergio Coccia in Roma, via Vittorio Veneto, 108;

*nei confronti*

L'Operosa s.c.a r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimiliano Brugnoletti e Silvia

Marzot, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

Coopservice soc. coop. p. a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Domenico Greco e Pierpaolo Salvatore Pugliano, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Gennaro Rocco Notarnicola, con domicilio eletto presso il suo studio in Bari, via Piccinni, 150;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza) n. 09707/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di R.F.I. Rete Ferroviaria Italiana s.p.a., di L'Operosa s.c.a r.l., di Coopservice soc. coop. p. a. e del Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 febbraio 2020 il Cons. Federico Di Matteo; per le parti nessuno è comparso;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando pubblicato il 24 giugno 2015 R.F.I. s.p.a. indiceva una procedura di gara ristretta, suddivisa in 17 lotti a carattere geografico, per l'affidamento del servizio di pulizia di locali ed aree aperti al pubblico di pertinenza delle proprie Direzioni territoriali, per una

durata complessiva di 36 mesi, con possibile rinnovo per ulteriori 12 mesi.

La gara prevedeva una prima fase di prequalifica, con presentazione di domanda di partecipazione corredata dalla dichiarazione del possesso dei requisiti per la partecipazione e, per gli operatori ammessi, una seconda fase di valutazione delle offerte.

1.1. In fase di prequalifica C.N.C.P. – Consorzio nazionale cooperativa pluriservizi, con dichiarazione allegata alla domanda di partecipazione, indicava le tre consorziate che avrebbero eseguito le prestazioni oggetto dell'appalto in caso di aggiudicazione: la Labor soc. coop. a r.l., la Tirreno soc. coop. e la Socofat soc. coop.; la prima, però, veniva estromessa dal consorzio prima della presentazione delle offerte.

Nella fase di gara il Consorzio informava, inoltre, la stazione appaltante che l'allora vice-presidente, Sig. Berardi, era stato condannato dal Tribunale di Ancona per violazione delle norme in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro.

In esito alle operazioni di gara, C.N.C.P. risultava aggiudicatario di cinque lotti: il lotto n. 3 (servizi relativi ad immobili RFI nel Comune di Bologna), n. 7 (nel Comune di Milano), n. 10 (nel Comune di Napoli), n. 14 (nel Comune di Torino) e n. 13 (nel Comune di Roma).

1.2. Il provvedimento di aggiudicazione del lotto n. 13 era impugnato dalla Tedeschi s.r.l., seconda graduata, al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio per carenza dei requisiti di partecipazione previsti dall'art. 38, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 13 in capo alle consorziate indicate per l'esecuzione e per erronea valutazione da

parte della stazione appaltante della condanna penale riportata dal vice – presidente Berardi.

Il tribunale, con sentenza 2 novembre 2017, n. 10965, accoglieva il ricorso ed annullava l'aggiudicazione del lotto n. 13.

La sentenza di primo grado era in parte riformata da Consiglio di Stato, sez. V, 6 settembre 2018, n. 5235, che, respinto l'appello principale di C.N.C.P., accoglieva l'appello incidentale della Tedeschi s.r.l. ritenendo la condanna riportata dal Berardi potenzialmente idonea a configurare tanto la causa di esclusione di cui alla lett. c) quanto quella di cui alla lett. e) dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, e che la stazione appaltante non avrebbe potuto escludere che il reato integrasse una causa ostativa alla partecipazione alla procedura di gara senza una compiuta acquisizione degli elementi del giudizio penale, e, in primo luogo, della stessa sentenza di condanna.

Nella sentenza di appello erano dichiarati assorbiti gli altri motivi di possibile esclusione del Consorzio riferiti alla carenza dei requisiti di partecipazione in capo alle consorziate esecutrici dell'appalto.

1.3. Con unico provvedimento del 26 settembre 2018 R.F.I. s.p.a. disponeva l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione dei lotti nn. 3, 7, 10 e 14 a favore del C.N.C.P. per carenza dei requisiti di partecipazione in capo alle consorziate esecutrici data la riscontrata irregolarità tributaria della Labor soc. coop, contributiva della Tirreno soc. coop. e l'esistenza di una procedura concorsuale in corso a carico della Socofat, nonché per la rilevanza della sentenza penale di condanna passata in giudicato per omicidio colposo commesso dal vice-presidente del Consorzio.

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio C.N.C.P. impugnava il predetto provvedimento articolando sette

motivi. Si opponeva il C.N.S. con ricorso incidentale diretto a far valere ulteriori ragioni di esclusione della ricorrente dalla procedura; anche L'Operosa, nuova aggiudicataria del lotto n. 14, proponeva ricorso incidentale. R.F.I. s.p.a. domandava il rigetto del ricorso.

2.1. Il giudizio di primo grado era concluso dalla sentenza, sez - III, 22 luglio 2019, n. 9707, di reiezione del ricorso principale e dichiarazione di inammissibilità dei ricorsi incidentali per carenza di interesse.

Esordendo dalla questione dell'ordine di esame dei ricorsi, il tribunale, in dichiarata adesione alle indicazioni della Corte di Giustizia dell'Unione europea, riteneva superata la regola dell'esame prioritario del ricorso incidentale e doveroso, invece, avviare l'esame dal ricorso principale, non solo per il caso di una sua manifesta infondatezza, ma anche in tutte le ipotesi in cui sia contestata la regolarità dell'intera procedura di gara.

Il ricorso principale era giudicato infondato per essere:

- supportato da adeguata motivazione il provvedimento di annullamento in autotutela delle aggiudicazioni, sebbene da integrare con le ragioni riportate nell'avviso di avvio del procedimento del 20 dicembre 2017;
- non ancora decorso il termine di 18 mesi previsto dall'art. 21 – *nonies* l. 7 agosto 1990, n. 241 per l'esercizio del potere di annullamento in autotutela non potendo il *dies a quo* decorrere dal provvedimento di aggiudicazione in quanto non immediatamente esecutivo, per essere la sua efficacia sottoposta alla verifica del possesso dei requisiti di legge, e, comunque, neppure qualificabile come attributivo di un vantaggio economico al Consorzio;

- giustificata la decisione di rivedere l'aggiudicazione degli altri lotti alla luce degli elementi emersi nel giudizio concluso dalla sentenza del TAR Lazio n. 10965/2017 per il lotto n. 13, e correttamente esposte, nell'avviso di avvio del procedimento, le ragioni della scelta di procedere alla rimozione dei provvedimenti di aggiudicazione;
- rilevante, per ritenere mancanti i requisiti generali di partecipazione *ex art. 38 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, la condanna penale pronunciata dal Tribunale di Ancora nei confronti del vice presidente del Consorzio per omicidio colposo e insufficienti le misure di *self-cleaning* assunte dal Consorzio consistenti nella semplice accettazione delle dimissioni dalla carica dello stesso, che, peraltro, continuava a far parte del consiglio di amministrazione;
- rilevante l'irregolarità fiscale della consorziata Labor soc. coop. alla data di presentazione della domanda di partecipazione (8 luglio 2015), accertata definitivamente da RFI attraverso istruttoria presso l'Agenzia delle entrate (la quale, peraltro, aveva segnalato la non conformità all'originale delle certificazioni prodotte dall'impresa per attestare la sua regolarità tributaria), e non superata dall'estromissione (o c.d. modificazione soggettiva in riduzione) dell'impresa dal Consorzio, che, secondo la giurisprudenza amministrativa, pone a riparo l'ente collettivo (consorzio o raggruppamento), solo se effettuata per esigenze organizzative interne e non per evitare che l'inaffidabilità del singolo consorziato possa condurre all'esclusione dell'intero raggruppamento o consorzio, come plausibilmente avvenuto nella vicenda *de qua* dati gli elementi raccolti;
- non convincenti gli argomenti difensivi spesi per giustificare l'irregolarità contributiva, confermata da DURC irregolare del 31

ottobre 2016, della consorziata Tirreno soc. coop., in assenza di prova che la società avesse interrotto il versamento dei contributi in corrispondenza della sua ammissione al concordato preventivo e non, invece, che già in precedenza fossero maturati debiti previdenziali non onorati;

- ricorrente per la consorziata So.co.fat. la causa di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. a) d.lgs. n. 163 del 2006 per essere essa in liquidazione coatta amministrativa, a seguito di domanda di concordato "in bianco", non assentita dall'autorità giudiziaria, e ammissibile la sua sostituzione solo in corso di esecuzione del contratto d'appalto (art. 37, commi 18 e 19 d.lgs. n. 163), laddove, nel caso di specie, il rapporto contrattuale non era ancora avviato;

- non possibile – e, dunque, correttamente, non ammessa dall'amministrazione aggiudicatrice – la modificazione della compagine consortile in riduzione, per aver la giurisprudenza affermato che nel caso di consorzio fra società cooperative di produzione e lavoro costituito ai sensi della legge 25 giugno 1909, n. 422 (ed ammesso alla partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici dall'art. 34, comma 1, lett. b) d.lgs. n. 163 del 2006), il possesso dei requisiti generali e morali è richiesto al consorzio e alle singole consorziate per evitare l'elusione del controllo ad opera delle stazioni appaltanti e garantire il rispetto del generale principio di immodificabilità della compagine sociale;

- non ammissibile la modifica della compagine sociale neppure mediante applicazione del *favor participationis* qualora essa sia diretta ad evitare la sanzione dell'esclusione.

3. Propone appello il Consorzio nazionale cooperativa pluriservizi soc. coop.; si sono costituite proponendo appello incidentale

L'Operosa soc. coop e CNS; si sono costituite anche Coop Service soc. coop e R.F.I. che hanno concluso per il rigetto dell'appello. Le parti hanno presentato memorie ex art. 73, comma 1, cod. proc. amm., cui sono seguite rituali repliche.

All'udienza del 27 febbraio 2020 la causa è stata assunta in decisione.

## DIRITTO

1. Per la questione pregiudiziale che pongono vanno esaminati preliminarmente gli appelli incidentali de L'Operosa soc. coop. e di CNS soc.coop..

Lamentano le due società l'erroneità della sentenza di primo grado per aver avviato l'esame dei ricorsi dal ricorso principale, anziché da quelli incidentali, e, quindi, respinto il primo, aver dichiarato improcedibili gli altri per sopravvenuto difetto di interesse.

A loro parere, il giudice avrebbe dovuto preliminarmente esaminare i ricorsi incidentali in quanto diretti a contestare l'ammissione di C.N.P.C. al termine della fase di prequalificazione e, quindi, riferiti ad un segmento procedimentale diverso ed anteriore rispetto a quello oggetto dei motivi di ricorso principale; essi, se accolti, avrebbero comportato l'accertamento del difetto dei requisiti per l'ammissione alla procedura di gara, con conseguente inammissibilità del ricorso per carenza della legittimazione a ricorrere. In definitiva, dunque, l'esito del giudizio di primo grado sarebbe dovuto essere esattamente opposto: accolti i ricorsi incidentali, dichiarato inammissibile il ricorso principale.

1.1. I motivi sono infondati.

1.1.1. Il rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale, in genere, e, dunque, anche se proposti per l'impugnazione degli atti di una procedura di gara, va risolto alla luce (della regola) dell'ordine di



esame delle questioni e, quindi, nel giudizio amministrativo ai sensi dell'art. 76, comma 4, cod. proc. amm., il quale rinvia all'art. 276, comma 2, cod. proc. civ.: sono decise dapprima le questioni pregiudiziali (proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio) e, di seguito, il merito del giudizio.

Il ricorso incidentale va, dunque, esaminato con priorità rispetto al ricorso principale qualora ponga una questione pregiudiziale, vale a dire richieda al giudice di chiudere il giudizio con una pronuncia di rito per carenza di un presupposto processuale o di una condizione dell'azione.

Nel giudizio di impugnazione degli atti di una procedura di gara, pertanto, il ricorso incidentale va esaminato prima di quello principale se è un ricorso incidentale c.d. escludente, con il quale l'aggiudicatario (ma potrebbe essere anche, ad es., un altro concorrente meglio posizionato rispetto al ricorrente principale), impugni l'ammissione del ricorrente principale alla procedura e deduca, dunque, come dovuta la sua esclusione.

In tal caso, è posta, infatti, una questione pregiudiziale di rito, poiché la partecipazione alla procedura di gara è ritenuta costitutiva della legittimazione ad impugnarne gli atti, con la conseguenza che l'operatore che non ha partecipato, ovvero che ne è stato escluso, non è legittimato ad impugnare gli atti della procedura, ivi compresa l'aggiudicazione (per ogni ulteriore precisazione, cfr. Cons. Stato, sez. VI, ord. 30 dicembre 2019, n. 8901).

1.1.2. La Corte di Giustizia dell'Unione europea, con diverse pronunce, è intervenuta non tanto sulla premessa dell'esposto ragionamento – il rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale va risolto alla luce dell'ordine di esame delle questioni nel giudizio

per cui, di regola, il ricorso incidentale va esaminato con priorità ove sia posta una questione pregiudiziale – quanto sulla sua conclusione, affermando che anche in caso di accoglimento del ricorso incidentale, il ricorso principale va esaminato (Corte di Giustizia, 4 luglio 2013 nella causa C-100/12 *Fastweb* e 5 aprile 2016 nella causa C-689/13 *Puligenica*).

Per le categorie processuali interne, ciò significa che l'interesse del ricorrente principale non è solamente quello all'aggiudicazione dell'appalto (c.d. interesse finale), possibile fintanto che il concorrente sia in gara, ma anche l'interesse alla ripetizione della procedura di gara (c.d. interesse strumentale) per il quale l'accoglimento del ricorso è utile anche ove sia stato escluso, ed anzi, proprio per essere stato escluso (sull'interesse strumentale, Adunanza plenaria, 10 novembre 2008, n. 11, poi rimeditata da Adunanza plenaria 7 aprile 2011, n.4).

Invero, in seguito all'ultima pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione europea, sez. X, 5 settembre 2019 nella causa C-333/18 *soc. Lombardi*, si può dubitare della validità di tale trasposizione degli insegnamenti del giudice europeo nelle categorie processuali interne, poiché è imposto l'esame del ricorso principale, accolto l'incidentale, anche se per la presenza di altre imprese in gara (posizionate dalla terza posizione ad andar giù) il ricorrente principale potrebbe non ottenere più neanche la ripetizione della procedura, non avendo fatto valere vizi volti a contestare la validità stessa della procedura (cfr. Adunanza plenaria, ord. 11 maggio 2018 n. 6 con la quale era sollevata la questione alla Corte di Giustizia).

La questione non rileva nel presente giudizio e non va approfondita; resta il punto fermo: l'esame del ricorso principale è dovuto anche in caso di accoglimento del ricorso incidentale c.d. escludente.

1.1.3. Venendo ora alla vicenda in esame, va detto che i ricorsi incidentali proposti da L'Operosa soc. coop. e C.N.S. soc. coop. non sono ricorsi escludenti nel senso in precedenza esposto perché l'amministrazione aveva già indicato, nel provvedimento impugnato, ragioni di esclusione del ricorrente principale dalla procedura di gara. Il provvedimento impugnato era, sì, diretto a rimuovere le aggiudicazioni precedentemente disposte in relazione ai diversi lotti, e, per questo, qualificabile come annullamento in autotutela, ma per aver l'amministrazione ritenuto sussistenti ragioni che avrebbero giustificato l'esclusione di C.N.C.P. dalla procedura di gara.

Le appellanti incidentali, allora, introducono solamente altre ragioni di illegittimità dell'ammissione del ricorrente alla procedura di gara, ma non sollevano la questione pregiudiziale relativa alla legittimazione (o all'interesse) ad impugnare del ricorrente principale poiché questi impugna (non atti successivi alla sua esclusione, se non in via derivata ma) direttamente e proprio le ragioni di esclusione dalla procedura ed è indubbia la sua legittimazione (e il suo interesse) ad impugnare un atto che abbia tale contenuto.

Ne segue, allora, che, nell'odierno giudizio, l'ordine di esame dei ricorsi è senza meno quello cui si è attenuto il giudice di primo grado, ma non tanto per gli insegnamenti provenienti dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, che qui paiono impropriamente richiamati in sentenza come negli appelli incidentali, ma per il carattere necessariamente subordinato dei motivi di ricorso incidentale rispetto a quelli del ricorso principale.

È chiaro, infatti, che i ricorrenti incidentali hanno interesse all'esame dei motivi proposti solo qualora sia accolto il ricorso principale; diversamente, ove sia respinto il ricorso principale, non potrebbero conseguire alcun'altra e maggiore utilità dall'accoglimento dei loro ricorsi, essendo confermate le ragioni di esclusione del ricorrente dalla procedura di gara.

Né vale, a condurre a diversa conclusione, affermare che i motivi del ricorso incidentale attengano alla fase di prequalifica, mentre quelli del ricorrente principale alla fase di gara, poiché, come evidenziato, rileva esclusivamente la proposizione o meno di una questione pregiudiziale idonea a chiudere il giudizio con una pronuncia di rito, situazione che, per le ragioni esposte, non si verificherebbe in ogni caso.

1.2. In conclusione, anche nel presente giudizio l'esame dovrà procedere dall'appello principale ai motivi riproposti con gli appelli incidentali (e che erano oggetto dei ricorsi incidentali di primo grado) e solo se accolto il primo dovranno essere esaminati gli altri.

2. I primi quattro motivi dell'appello possono essere unitariamente esaminati poiché pongono questioni che sono tra loro strettamente connesse.

2.1. Con i primi tre motivi di appello C.N.C.P. si duole della decisione assunta dal giudice di primo grado sulla questione della facoltà di un consorzio di produzione e lavoro di sostituire una (o più) delle consorziate indicate quali esecutrici in caso di aggiudicazione dell'appalto in corso di svolgimento della procedura evidenziale.

Secondo l'appellante, il principio di immodificabilità della composizione dei concorrenti partecipanti ad una procedura di gara

in forma plurisoggettiva (raggruppamenti di imprese o consorzi), posto dall'art. 37, comma 9, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 *ratione temporis* applicabile, non potrebbe trovare applicazione nel caso di consorzio tra società cooperative di produzione e lavoro, per le loro peculiari caratteristiche, ed, in particolare, per essere le società aderenti al consorzio mere articolazioni e il consorzio avere veste unitaria nei confronti della stazione appaltante in quanto soggetto dotato di autonoma personalità giuridica e autonoma struttura di impresa (secondo motivo di appello: “*Error in procedendo e in iudicando: violazione e/o falsa applicazione degli artt. 34, 35, 36 e 37 del d.lgs. n. 163/2006 e del d.p.r. 207/2010; violazione dei principi di massima partecipazione e di par condicio tra i concorrenti; violazione e falsa applicazione dei principi di efficacia ed efficienza dell’azione amministrativa; violazione dell’art. 97 Cost.*”).

2.2. In ogni caso, dovrebbe comunque ammettersi la facoltà del consorzio di modifica “in riduzione” della sua composizione, vale a dire mediante l’estromissione di una consorziata, poiché se il principio della immodificabilità della composizione risponde all’esigenza di consentire la partecipazione alle fasi successive della procedura (ed eventualmente l’aggiudicazione a favore) dei soli soggetti dei quali si è accertato il possesso dei requisiti generali di partecipazione, nulla impedirebbe ai consorzi di ridurre la propria composizione perché la stazione appaltante continuerebbe, anche in seguito a detta modifica, a rapportarsi con consorziati, quelli rimanenti, dei quali ha potuto attestare il possesso dei requisiti (terzo motivo di appello: “*Error in procedendo e in iudicando: violazione e falsa applicazione degli artt. 37 e 38 del d.lgs. n. 163/2006; violazione e falsa applicazione dei principi di favor participationis e tutela della concorrenza;*”).

*violazione e falsa applicazione dei principi di efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa; violazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza; violazione dell'art. 97 Cost.*”).

2.3. Infine, la sentenza sarebbe viziata anche da omessa pronuncia (primo motivo di appello: “*Error in iudicando e in procedendo per omessa pronunzia: violazione dell'art. 3 l. n. 241/1990; motivazione falsa o solo apparente; violazione degli artt. 24 e 111 Costituzione*”), non avendo esaminato l'ulteriore censura di illegittimità del provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione proprio in punto di mancata concessione a C.N.C.P. della facoltà di riduzione o estromissione delle consorziate prima di disporre l'esclusione dalla procedura.

2.4. Il quarto motivo d'appello (“*Error in iudicando ed error in procedendo: violazione e falsa applicazione dei principi di favor participationis e di tutela della concorrenza; travisamento dei fatti; violazione delle norme che disciplinano la partecipazione a gare pubbliche dei consorzi di cooperative; violazione e falsa applicazione dei principi di efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa; violazione dell'art. 97 Cost.*”), invece, è diretto a contestare la sentenza di primo grado nella parte in cui ha ritenuto elusiva della legge di gara la scelta di estromettere la Labor soc. coop. dal Consorzio.

L'appellante, da un lato, ribadisce che la scelta di estromettere la Labor dalla compagine sarebbe dipesa da ragioni di mera opportunità organizzativa interne al Consorzio, e, dall'altro, sostiene che, comunque, nelle procedure bifasiche il principio di immodificabilità del concorrente in forma plurisoggettiva si applicherebbe solo alla fase successiva alla presentazione delle offerte.

3. I motivi sono infondati; la sentenza di primo grado merita, dunque, conferma, sia pure con alcune precisazioni di seguito esposte.

3.1. I consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422 (*Costituzione di consorzi di cooperative per appalti di lavori pubblici*) e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577 (*Provvedimenti per la cooperazione*) erano ammessi alla partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici dall'art. 34, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (e sono ora ammessi dall'art. 45, lett. b) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50); per essi, come per tutti i consorzi, i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria devono essere riferiti al consorzio nella sua interezza, mentre dei requisiti generali di partecipazione *ex art. 38* d.lgs. n. 163 del 2006 è richiesto il possesso alle singole imprese consorziate indicate come esecutrici (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 13 ottobre 2015, n. 4703; V, 22 gennaio 2015, n. 244; V 17 maggio 2012, n. 2825; V, 15 giugno 2010, n. 3759; la ragione viene comunemente spiegata in questi termini: “*Se in caso di consorzi tali requisiti andassero accertati solo in capo al consorzio e non anche in capo ai consorziati che eseguono le prestazioni, il consorzio potrebbe agevolmente diventare uno schermo di copertura consentendo la partecipazione di consorziati privi dei necessari requisiti. Per gli operatori che non hanno i requisiti dell'art. 38 (si pensi al caso di soggetti con condanne penali per gravi reati incidenti sulla moralità professionale) basterebbe, anziché concorrere direttamente andando incontro a sicura esclusione, aderire a un consorzio da utilizzare come copertura*”).

In tal senso, era anche il disciplinare di gara dell'odierna procedura che, al punto 6 (“Avvertenze”) specificava: “*Nel caso di consorzi di cui all'art. 34, comma 1, lettere b) e c) del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m., le*

*dichiarazioni di cui sopra devono essere prodotte dal rappresentante legale del consorzio e dal rappresentante legale di ciascuno dei consorziati per conto dei quali il consorzio partecipa alla gara, fermo restando che l'unico soggetto abilitato ad operare nel Sistema rimane il Consorzio”.*

3.2. C.N.C.P., tra la fase di prequalifica e la fase di gara, comunicava l'estromissione di una delle consorziate indicata come esecutrice dell'appalto in caso di aggiudicazione nell'allegato alla domanda di partecipazione per ragioni organizzative interne, la Labor soc. coop.. La carenza dei requisiti generali di partecipazione – e, più esattamente, l'accertata sussistenza di “gravi violazioni tributarie” – in capo alla Labor soc. coop. è una delle ragioni per le quali è stato disposto l'annullamento in autotutela delle precedenti aggiudicazioni. C.N.C.P. oppone, in primo grado, ed ora in appello, la possibilità di sostituire sempre le consorziate indicate nell'esecuzione dell'appalto senza il limite del divieto di modifica della composizione del consorzio e che, comunque, nel caso di specie, si tratterebbe di una modifica “in riduzione”, che lascia inalterata la compagine che si troverà a contrarre con l'amministrazione.

3.3. La questione è stata più volte affrontata dalla giurisprudenza ed ha trovato una sua precisa definizione nella sentenza dell'Adunanza plenaria 4 maggio 2012, n. 8, riferita proprio ad un caso in cui era stato escluso da una procedura di gara un consorzio tra società di produzione e lavoro per la carenza dei requisiti di partecipazione in capo ad una delle consorziate indicate per l'esecuzione dell'appalto in caso di aggiudicazione.

L'Adunanza plenaria ha dettato i seguenti principi:

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 – come nella vicenda oggetto dell’odierno giudizio – richiedono l’indicazione delle consorziate che eseguiranno il servizio e la loro dichiarazione sul possesso dei requisiti generali di partecipazione, e renderebbe, di fatto, vano il controllo preventivo *ex art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006*, in capo all’impresa indicata nella domanda 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 organizzative 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.

Impone questa conclusione il rispetto del principio della *par condicio* chiaramente violato ove si consentisse ad uno dei concorrenti, sia pure nella particolare forma del consorzio, di ridurre la compagine con la quale si è presentato alla stazione appaltante per evitare di incorrere nella sanzione espulsiva, e, così, sanando *ex post* il difetto del requisito di partecipazione (Corte di Giustizia nella decisione 24 maggio 2016, C-396/14).

Contrariamente a quanto pare sostenere l’appellante, la successiva giurisprudenza non si è discostata da tali regole ma ne ha fatto applicazione (sia per procedure sottoposte al vecchio codice dei contratti pubblici, sia con le disposizione, peraltro di tenore sostanzialmente identico, del nuovo codice dei contratti pubblici, cfr.

Cons. Stato, sez. III, 5 marzo 2020, n. 1623; V, 26 aprile 2018, n. 2537; V, 17 luglio 2017, n. 3507); né si è posta in contrasto con essi la sentenza di questa Sezione, più volte citata dall'appellante, 2 settembre 2019, n. 6024. E' vero, infatti, che nella sentenza in esame è affermato il principio per cui la sostituzione della consorziata esecutrice è sempre possibile, in ragione del rapporto organico tra consorziata e consorzio, ma si ribadisce pure che la modifica in riduzione è consentita alle condizioni "*che quelle che restano a farne parte siano comunque titolari, da sole, dei requisiti di partecipazione e di qualificazione*", ma specialmente, "*che ciò non avvenga al fine di eludere la legge di gara*". La sentenza, del resto, riconosce, espressamente, nel caso esaminato, che l'esclusione – derivante dalla messa in liquidazione coatta amministrativa della consorziata – non poteva dirsi disposta al fine di eludere le verifiche in ordine al possesso dei requisiti.

Spetta, dunque, alla stazione appaltante, prima, e, in caso di contestazione, al giudice amministrativo, valutare se la sostituzione della consorziata indicata come esecutrice sia avvenuta per ragioni organizzative interne al consorzio ovvero nel tentativo di sottrarsi all'esclusione dalla procedura per carenza dei requisiti generali di partecipazione.

3.4. Occorre, però, subito completare il discorso con una precisazione: 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 dalla data di presentazione della domanda a quella di aggiudicazione, e, per tutta la fase di esecuzione in caso di aggiudicazione del contratto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2020, n. 2397 e i precedenti ivi citati).

Detto, altrimenti, 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.

3.5. Alla luce di tale ultima considerazione, entrambi gli argomenti spesi dall'appellante per contrastare il convincimento del giudice di primo grado sulla finalità elusiva dell'estromissione – l'insindacabilità della scelta di estromettere una consorziata quando ciò avvenga in fase di prequalifica, come pure la sua ignoranza circa l'irregolarità fiscale della Labor – sono del tutto irrilevanti ai fini della decisione, poiché il Consorzio, sin dalla data di presentazione della domanda, non era in possesso dei requisiti generali di partecipazione, essendo accertato – e, comunque, non messo in discussione nel presente giudizio – che la sua consorziata Labor soc. coop. alla data di presentazione della domanda di partecipazione, 8 luglio 2015, presentava una serie di violazioni tributarie gravi e definitivamente accertate.

R.F.I. s.p.a., dunque, ove avesse avuto conoscenza di ciò e non fosse stata sviata dalla falsa documentazione prodotta, altro non avrebbe potuto fare che escludere il Consorzio già in fase di prequalifica; come, in effetti, avvenuto una volta che, richiesti approfondimenti all'Agenzia delle entrate, ha avuto piena cognizione della situazione di irregolarità nella quale si trovava la Labor e da quando la stessa sussisteva.

3.6. In conclusione, non era qui da indagare se la modifica in riduzione fosse stata elusiva o meno della legge di gara, poiché il Consorzio sin dalla data di presentazione della domanda non possedeva i requisiti di partecipazione e, per questa ragione, andava escluso dalla procedura; in questo senso la sentenza di primo grado va intesa e meglio precisata nei passaggi in cui tratta dell'assenza del requisito di partecipazione in capo alla Labor soc. coop. e dell'elusiva sua estromissione dal Consorzio.

D'altra parte, così inteso il ragionamento del giudice di primo grado, non v'è neppure omissione di pronuncia sulla necessità per la stazione appaltante di considerare possibile la modificazione in riduzione; profilo, come ormai chiaro, irrilevante per le peculiarità della vicenda.

4. Respinti i primi quattro motivi di appello è possibile ritenere assorbiti gli altri motivi di appello rivolti nei confronti delle altre ragioni di esclusione a sostegno dell'annullamento in autotutela delle aggiudicazioni.

Va fatta applicazione, infatti, dell'orientamento giurisprudenziale per il quale quando una determinazione amministrativa è fondata su di una pluralità di ragioni (c.d. atto plurimotivato), ciascuna delle quali idonea a supportarla in maniera autonoma, è sufficiente che anche

una di esse resista alle censure mosse in sede giurisdizionale, perché sia respinta la domanda di annullamento (*ex multis*, Cons. Stato, sez. II, 31 gennaio 2020, n. 789; VI, 28 gennaio 2020, n. 701; VI, 13 gennaio 2020, n. 324; V, 14 novembre 2019, n. 7833; IV, 30 marzo 2018, n. 2019; V, 14 giugno 2017, n. 2910).

Il provvedimento impugnato giustificava l'esclusione di C.N.C.P. dalla procedura alla luce anche delle irregolarità contributiva della Tirreno soc. coop. e della liquidazione coatta amministrativa della So.co.fat, oltre che per l'esistenza di sentenza penale di condanna pronunciata nei confronti del vice-presidente, ma, per aver respinto i motivi diretti avverso l'irregolarità tributaria di Labor soc. coop. idonea da sola a giustificare l'esclusione del Consorzio, sarebbe senza effetto l'eventuale accoglimento delle altre censure rivolte nei confronti delle altre ragioni di esclusione negli ulteriori motivi di appello.

5. Vanno, dunque, esaminati i soli motivi di appello relativi a vizi procedurali.

Si tratta del settimo motivo (*“Error in procedendo e in iudicando: violazione e/o falsa applicazione dell’art. 10 bis l. n. 241/1990; violazione e/o falsa applicazione dell’art. 3 l. n. 241/1990; violazione e/o falsa applicazione dell’art. 21 nonies l. n. 241/1990; eccesso di potere per difetto di istruttoria; difetto di motivazione”*): il giudice di primo grado avrebbe erroneamente respinto il motivo di ricorso rivolto a contestare la decisione di R.F.I. per non aver tenuto conto delle ragioni difensive contenute nelle memorie trasmesse alla stazione appaltante una volta ricevuto l'avviso di avvio del procedimento, e, in particolare, della misure di *self – cleaning* adottate dal Consorzio relativamente alle consorziate e ai membri degli organi deliberativi; dell'ottavo motivo (*“Error in*

*procedendo e in indicando: violazione e/o falsa applicazione dell'art. 7 l. n. 241/1990; violazione del contraddittorio procedimentale; violazione dei principi di trasparenza e parità di trattamento; eccesso di potere per difetto di istruttoria, errore di fatto e sviamento; violazione dell'art. 97 Cost. e del principio del buon andamento; violazione dell'art. 24 Cost.*"): sarebbe stato ingiustamente disatteso il motivo di ricorso con il quale era stato contestato il provvedimento impugnato per aver R.F.I. introdotto in esso ragioni di esclusione che non erano state preannunciate nell'avviso di avvio del procedimento e, segnatamente, la condanna subita dal vicepresidente Berardi; infine, il nono motivo (*"Error in procedendo e in indicando: violazione e/o falsa applicazione dell'art. 21 nonies l. n. 241/1990; violazione e/o falsa applicazione degli artt. 2 e 3 l. n. 241/1990; eccesso di potere per difetto di istruttoria; eccesso di potere per insufficiente motivazione; eccesso di potere per manifesta irragionevolezza; violazione del principio di affidamento; violazione dei principi di correttezza e buona fede (art. 1337 c.c.); violazione del principio di buon andamento (art. 97 Cost.)"*): R.F.I. non avrebbe specificato, nel provvedimento impugnato, le ragioni di "pubblico interesse" idonee a giustificare l'annullamento delle aggiudicazioni, e che non sarebbero contenute nella sentenza del TAR Lazio n. 10965 del 2017 cui era fatto rinvio, come ritenuto dal giudice di primo grado; riscontro tanto più necessario alla luce di quanto accaduto successivamente alla sentenza, vale a dire la cessazione dalla carica del Berardi e l'estromissione delle consorziate.

6. I motivi, che possono essere unitariamente considerati, sono infondati.

6.1. Preliminarmente, va ribadito che il provvedimento di R.F.I. del 26 settembre 2018, impugnato in primo grado, dispone l'annullamento delle aggiudicazioni dei vari lotti a C.N.C.P.

per l'esistenza di una serie di cause di esclusione a suo carico (sentenza penale di condanna passata in giudicato nei confronti del vice presidente del Consorzio) e a carico delle consorziate ex art. 38 d.lgs. 16 aprile 2006, n. 163.

6.2. Premesso quanto sopra va detto che:

- l'amministrazione è tenuta a valutare le osservazioni fornite dai controinteressati ma non a motivare su ogni singolo rilievo ivi contenuto per confutarne la validità (cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. 24 gennaio 2020, n. 582; IV, 18 febbraio 2019, n. 1113), tanto più che, nel caso di specie, i profili che l'appellante lamenta non essere stati esaminati, relativi alle misure di *self – cleaning medio tempore* adottate, erano del tutto residuali per la carenza dei requisiti generali in capo alla consorziata Labor soc. coop. che avrebbe, in ogni caso, condotto all'esclusione dalla procedura;
- tale ultima considerazione vale a superare anche il secondo rilievo sull'introduzione, in sede provvedimentale, di una ragione di esclusione, la condanna penale a carico del vicepresidente cui non si era fatto cenno nell'avviso di avvio del procedimento, tanto più che il richiamo alla sentenza del TAR Lazio n. 10965/2017 era di certo sufficiente, essendosi in quel giudizio discusso proprio di tale specifica causa di esclusione a carico del Consorzio;
- quanto, infine, alla mancata indicazione dell'interesse pubblico che giustificava la rimozione delle aggiudicazione, il richiamo al "principio di buon andamento dell'azione amministrativa" contenuta a tal fine nel provvedimento impugnato è solo sintesi di quanto più ampiamente espresso in sede di comunicazione di avvio del procedimento in ordine alla natura sostanziale dei vizi riscontrati per l'assenza in capo all'operatore degli inderogabili requisiti generali

imposti dalla normativa di riferimento, alla loro capacità di ripercussione sull'esecuzione del contratto d'appalto, alla valutazione del carattere recessivo dell'interesse dell'aggiudicataria anche in ragione della mancata stipulazione dei contratti d'appalto.

La sentenza di primo grado che ha respinto i motivi di ricorso relativi a vizi procedurali merita, dunque, piena conferma.

7. In conclusione, l'appello principale va respinto e gli appelli incidentali dichiarati improcedibilità per carenza di interesse; assorbita ogni altra questione riproposta.

In relazione alle spese di lite, le appellanti incidentali lamentano che il giudice di primo grado abbia disposto la condanna del Consorzio ricorrente a favore di R.F.I. e per loro la compensazione, pur essendovi soccombenza anche nei loro confronti ed avendo il giudice preannunciato in motivazione che le spese avrebbero seguito la regola della soccombenza.

Il Collegio ritiene, al riguardo, di poter disporre la compensazione delle spese di lite – in relazione al presente grado del giudizio per tutte le parti in causa – per la complessità delle questioni poste dal giudizio, rispetto alle quali non sono mancati in passato dubbi interpretativi, così integrando la motivazione del giudice di primo grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, respinge l'appello principale e dichiara improcedibili per carenza di interesse gli appelli incidentali.

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



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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 febbraio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Federico Di Matteo**

**IL PRESIDENTE**

**Luciano Barra Caracciolo**

**IL SEGRETARIO**