

Pubblicato il 25/09/2019

N. 06433/2019REG.PROV.COLL.
N. 02718/2019 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2718 del 2019, proposto da
Tecnologie Sanitarie S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dall'avvocato Valentino Vulpetti, con domicilio digitale
come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in
Roma, via Sabotino 2/A;

contro

- Innovapuglia S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Maria Fucci, con domicilio
digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo
studio Alfredo Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini, 30;
- Regione Puglia, Azienda Sanitaria Locale di Brindisi, non costituite in
giudizio;

nei confronti

- Philips S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dagli avvocati Guido Bardelli, Maria Alessandra
Bazzani, Andrea Manzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di

Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Andrea Manzi in Roma, via Confalonieri, 5;

- Conmed Engineering Società Consortile a r.l., Doppio Vu Due S.r.l., Tecnomed S.r.l., Brunsud S.a.s. di Gerli Patrizia & C., Ultramed S.r.l., Sirimed S.r.l., non costituiti in giudizio;

- GE Medical Systems Italia S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Mania, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Francesca Romana Correnti in Roma, via Alessandro III, 6;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Terza) n. 00254/2019, resa tra le parti, concernente ammissione alla “Gara telematica a procedura aperta per l'affidamento di servizi integrati per la gestione di apparecchiature elettromedicali delle Aziende Sanitarie della Regione Puglia N.ro gara 6774255”;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Innovapuglia S.p.a., di Philips S.p.a. e di GE Medical Systems Italia S.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 luglio 2019 il Cons. Pierfrancesco Ungari e uditi per le parti gli avvocati Valentino Vulpetti, Francesco Maria Fucci, Maria Alessandra Bazzani e Giovanni Mania;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La controversia origina dalle ammissioni alla gara telematica a procedura aperta per l'affidamento di servizi integrati per la gestione di apparecchiature elettromedicali delle Aziende Sanitarie della Regione Puglia, indetta con

bando del 20 giugno 2017 da Innovapuglia s.p.a., in qualità di soggetto aggregatore.

2. Tecnologie Sanitarie s.p.a., odierna appellante e presentatrice di offerte per i sei lotti in gara, ha contestato dinanzi al TAR Puglia il provvedimento prot.181017018 del 17 ottobre 2018, nella parte concernente l'ammissione del r.t.i. tra Philips s.p.a., GE Medical Systems Italia s.p.a. e Conmed Engineering Società Consortile a r.l., concorrente per i lotti 1,2 e 5.

3. Il TAR Puglia, con la sentenza appellata (II, n. 254/2019), dichiarando di prescindere dall'eccezione di irricevibilità sollevata dalle parti resistenti, ha ritenuto infondate tutte le censure dedotte, volte all'esclusione del r.t.i. controinteressato.

3.1. In particolare, quanto alla violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016 (GE Medical Systems Italia avrebbe omissis di segnalare non solo l'intervenuta rescissione contrattuale comminata dall'Azienda Ospedaliera della Valtellina e della Valchiavenna, ma altresì l'esito del giudizio di primo grado innanzi al Tribunale di Napoli avente ad oggetto il contenzioso promosso avverso la risoluzione contrattuale disposta da Soresa; Conmed Engineering avrebbe sottaciuto la risoluzione contrattuale disposta dall'A.O. Papardo Messina):

- trattandosi di una ipotesi di esclusione non obbligata, bensì rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, quand'anche si ritenesse che vi sia un obbligo di dichiarazione violato, in ogni caso non potrebbe farsene discendere l'automatica esclusione della controinteressata; la censura investirebbe in ultima analisi un potere non ancora esercitato;

- in ogni caso, nessun onere di segnalazione poteva dirsi sussistente perché l'episodio di risoluzione contrattuale era ancora sub iudice, e quindi privo del carattere della definitività; inoltre, affinché la risoluzione possa assurgere ad elemento rilevante ai fini della valutazione sull'affidabilità professionale è necessaria l'annotazione nel Casellario Informatico ANAC;

- l'insussistenza di un onere dichiarativo esclude che si versi in ipotesi di dichiarazione non veritiera, sicchè non sussiste neanche la violazione degli artt. 71 e 75 del d.P.R. 445/2000 e dell'art. 80, comma 5, relativamente alla fattispecie della lettera f-bis, che si riferisce (testualmente) all'ipotesi in cui venga resa una dichiarazione espressa "non veritiera", ossia falsa, ma non anche a quella della semplice omissione dichiarativa, che giammai potrebbe integrare gli estremi della "falsa dichiarazione".

3.2. Quanto alla mancanza di requisiti di partecipazione, basata sul presupposto di dover considerare individualmente e separatamente le aziende facenti parte del consorzio Conmed:

- sussistono i requisiti minimi fissati dall'art. 45 comma 2 lett. c), del d.lgs. 50/2016 per l'esistenza di un consorzio stabile;
- Conmed, infatti, è un consorzio costituito da non meno di tre soggetti, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi; opera altresì in modo congiunto ed il vincolo genetico ed operativo è previsto per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni; risulta costituita una comune struttura di impresa capace di eseguire anche in proprio ovvero senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate le prestazioni previste in contratto (c.d. elemento teleologico; al riguardo l'art. 2 dello statuto stabilisce che la società ha per oggetto l'istituzione di una organizzazione comune per lo svolgimento delle attività delle imprese consorziate; nell'elencare, poi, le attività consortili, fa riferimento all'utilizzazione della propria struttura per l'esecuzione dei lavori rientranti nell'oggetto sociale, dando solo per eventuale il ricorso ai servizi delle imprese consorziate o di professionisti esterni);
- la sussistenza di un consorzio stabile (destinato, quindi, per sua natura all'esecuzione della prestazione) determina anche l'infondatezza delle censure relative all'inadempimento dell'obbligo per le consorziate di dichiarare i requisiti di partecipazione alla gara sia le parti di servizio da svolgersi a cura delle consorziate, dato che i consorzi stabili, ai sensi dell'art. 47, comma 2, del d.lgs. 50/2016, hanno una propria qualificazione, diversa ed autonoma dalle

imprese consorziate, che consente ai medesimi di partecipare alle gare pubbliche, con la conseguenza che essi assumono su di sé, e con le qualificazioni possedute, l'onere della esecuzione delle prestazioni contrattuali, ed è pertanto irrilevante che una consorziata possa non essere in possesso delle qualificazioni necessarie, essendo la prestazione in toto ricadente sul medesimo consorzio stabile, che potrà provvedervi o direttamente o per il tramite di un'altra impresa consorziata con decisione da assumersi a seguito dell'aggiudicazione e in sede di esecuzione del contratto;

- peraltro, ogni questione attinente alla diversa e ulteriore fase di esecuzione dell'appalto, una volta intervenuta l'aggiudicazione, non può trovare ingresso in questa sede di giudizio;

- né può lamentarsi un uso improprio da parte della stazione appaltante del soccorso istruttorio, dato che l'art. 83, comma 9, del d.lgs. 50/2016, lo esclude soltanto con riferimento all'offerta tecnica e a quella economica, e che nel caso in esame il soccorso istruttorio ha avuto ad oggetto irregolarità sanabili e la stazione appaltante non ha permesso l'integrazione dell'offerta alterando la par condicio, ma ha semplicemente consentito, in omaggio al *favor participationis*, di integrare le dichiarazioni relative ai requisiti generali e di qualificazione delle ditte esecutrici, principiando dal possesso delle necessarie qualificazioni da parte del consorzio.

4. La sentenza è stata appellata da Tecnologie Sanitarie, che ha riproposto le censure disattese dal TAR.

4.1. L'appellante anzitutto contesta l'assunto del TAR secondo il quale l'omessa dichiarazione di pregressi errori professionali non determinerebbe l'automatica esclusione dalla procedura bensì la sottoposizione della questione alla Commissione di gara.

Ribadisce la propria tesi, nel senso che l'omessa dichiarazione della risoluzione contrattuale subita costituisce ex se causa di esclusione, configura un'ipotesi di dichiarazione non veritiera ex artt. 71 e 75 d.P.R. 445/2000 e art. 80, comma 5, lettera f-bis, del d.lgs. 50/2016, citando recenti pronunce, in

particolare di questa Sezione (cfr. Cons. Stato, III, n. 7231/2018 e n. 5084/2018).

Sostiene che la pronuncia invocata dal TAR per escludere l'onere dichiarativo, in caso di risoluzione contrattuale contestata in giudizio o non risultante dal Casellario Informatico ANAC (Cons. Stato, V, n. 2063/2018), non è conferente, in quanto non si riferisce a risoluzioni contrattuali ma a pregressi provvedimenti di esclusione oggetto di iscrizione al Casellario.

4.2. L'appellante ribadisce che Conmed non può avvalersi della disciplina dei consorzi stabili, non sussistendo i presupposti previsti dall'art. 45, comma 2, lettera c), del d.lgs. 50/2016.

Dalla dichiarazione di partecipazione e dall'atto costitutivo ad essa allegato non emergono tutti gli elementi qualificanti del c.s., cioè lo scopo e la stessa obiettiva attitudine ad operare nel settore degli appalti pubblici con autonoma struttura d'impresa, capace di eseguire anche in proprio le prestazioni previste nel contratto.

Del resto, vi è un'evidente commistione di persone tra gli organi di rappresentanza e le compagini del Consorzio e delle singole consorziate; il numero dei dipendenti del Consorzio (meno di 15) è esiguo rispetto all'elevato fatturato; inoltre, manca nell'atto costitutivo e nello statuto qualsiasi riferimento alle parole "consorzio stabile" e, comunque, alla volontà degli aderenti di operare come tale, e non risultano assunte dalle consorziate le delibere di impegno ad operare in via congiunta per almeno cinque anni, previste dall'art. 45, comma 2, lettera c), cit. (profili, questi ultimi due, già dedotti in primo grado, sui quali è mancata la pronuncia del TAR).

4.3. Ribadisce anche che la stazione appaltante ha disposto il soccorso istruttorio, per acquisire le dichiarazioni sul possesso dei requisiti di cui all'art. 80 del d.lgs. 50/2016 da parte delle imprese consorziate indicate come esecutrici (richiesto, anche in caso di consorzio stabile, per ciascuna di esse dall'art. 2.2. lettera g.2) del disciplinare), in violazione dell'art. 83, comma 9, e dell'art. 4.4. del disciplinare.

Non si tratta di mera irregolarità sanabile, bensì della mancata attestazione del possesso di requisiti essenziali di partecipazione.

In ogni caso, anche dopo il soccorso istruttorio il possesso non è dimostrato, in quanto la consorziata Brunsud ha dichiarato di non essere in possesso della certificazione di qualità ISO 9001:2008 con oggetto coerente a quello di gara (richiesta al punto 2.2.3. b).

4.4. L'appellante non ha dichiarato le parti del servizio assegnate a ciascuna impresa consorziata esecutrice, in violazione dell'art. 48, comma 4, del d.lgs. 50/2016 e del paragrafo 2 del disciplinare di gara.

Il TAR, nel rigettare la censura, ha erroneamente ritenuto che l'obbligo si riferisca solo alla fase esecutiva dell'appalto e non alla procedura volta all'aggiudicazione.

5. Si sono costituiti in giudizio ed hanno controdedotto puntualmente Innovapuglia, Philips s.p.a. e GE Medical Systems Italia s.p.a. – anche riproponendo, ex art. 101, cod. proc. amm., le censure ed eccezioni ritenute assorbite o non esaminate dal TAR.

Non si è costituita in giudizio Conmed Engineering.

6. Le parti hanno depositato memorie e repliche, puntualizzando le rispettive tesi.

7. Occorre anzitutto disattendere le eccezioni di irricevibilità del ricorso introduttivo, sollevate dalle parti resistenti e facenti leva sulla presenza alla seduta pubblica del 9 ottobre 2018, in cui è stata disposta l'ammissione contestata, di un rappresentante delegato (oltre che di un uditore) di TS, la quale in tal modo avrebbe acquisito piena conoscenza del provvedimento e dei relativi atti di gara (i profili oggetto di censura sarebbero dunque stati percepibili, per essere stati oggetto di valutazione nella seduta - come risulta dal relativo verbale n. 3 - ben prima della sua pubblicazione), mentre il ricorso è stato notificato solo in data 16 novembre 2018.

Il Collegio rileva al riguardo che il più recente e condivisibile orientamento di questo Consiglio esclude che la mera presenza di un delegato di un

concorrente alla seduta di gara in cui si sono deliberate le ammissioni possa far decorrere il termine decadenziale per ricorrere ex art. 120, comma 2-bis, cod. proc. amm., dovendosi a tal fine invece far riferimento esclusivo alla data di pubblicazione sul profilo del committente dei provvedimenti relativi a questa fase ai sensi dell'art. 29, in considerazione del carattere speciale, derogatorio, e pertanto di stretta interpretazione del "rito superspeciale" (cfr. Cons. Stato, III, n. 1327/2019, V, n. 173/2019).

Nel caso in esame, poiché il provvedimento è stato adottato in data 17 ottobre 2018 (ed in esso si legge che "ai sensi dell'art. 120 comma 2-bis del codice del processo amministrativo, il presente provvedimento potrà essere impugnato nel termine di 30 (trenta) giorni dalla sua pubblicazione") ed è stato pubblicato il 18 ottobre 2018, il ricorso deve ritenersi tempestivo.

8. Vanno anche disattese le eccezioni di inammissibilità per carenza di interesse, sollevate da Innovapuglia riguardo al primo motivo; la prima, in ragione del fatto che dall'omessa dichiarazione non potrebbe conseguire che la riapertura della gara con valutazione delle vicende professionali pregresse, posto che tale questione attiene al merito delle censure dedotte; la seconda, basata sul rilievo che il rito superspeciale non potrebbe essere applicato per contestare carenze dei requisiti di ammissione che, come nel caso dell'omessa o incompleta dichiarazione degli illeciti contrattuali pregressi, sarebbero rilevabili dalla stazione appaltante solo in una fase procedimentale successiva, posto che la *ratio* del rito, oggi abrogato, è proprio quella di consentire una tempestiva emersione dei vizi relativi alla composizione della compagine dei concorrenti soggetti a valutazione.

9. Stessa sorte va riservata alle eccezioni di inammissibilità sollevate da GE Medical System e Philips, basate sull'insindacabilità delle valutazioni operate dalla stazione appaltante, in ordine alla non rilevanza a fini di esclusione degli illeciti professionali pregressi (parzialmente dichiarati) ed alla natura effettiva di consorzio stabile di Conmed Engineering. Infatti, l'appellante lamenta anzitutto che non vi sia stato adempimento degli obblighi informativi, così

impedendo la valutazione della stazione appaltante; e non vi è ragione per escludere l'accertamento, sia pure *incidenter tantum*, della natura del consorzio suddetto, dato che costituisce un presupposto del provvedimento di ammissione impugnato.

10. Nel merito, il motivo di appello relativo ai pregressi illeciti professionali non dichiarati è infondato.

Il Collegio è consapevole che, nella giurisprudenza di questa Sezione, l'orientamento secondo il quale, sulla base di una lettura complessiva dell'art. 80, comma 5, lettere c) e f-bis) – nella formulazione previgente al d.l. 135/2018, che, tra l'altro, ha eliminato la connotazione della risoluzione contrattuale rilevante come “ non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio” - sussiste per i concorrenti l'obbligo di dichiarare tutte le risoluzioni a pena di esclusione (cfr. Cons. Stato, III, n. 7231/2018, n. 3331/2019 e n. 3908/2019; n. 5084/2018), prevale sull'orientamento secondo cui, viceversa, in presenza di giudizio pendente l'obbligo dichiarativo non sussiste (cfr. V, n. 2063/2018; III, n. 4266/2018) e l'omessa dichiarazione, in quanto diversa dalla dichiarazione non veritiera, cioè falsa, non può rilevare come causa di esclusione ex lettera f-bis (cfr. V, n. 196/2019 e n. 2407/2019). Che la pendenza del giudizio civile avente ad oggetto un provvedimento di risoluzione non impedisca alla stazione appaltante di effettuare la valutazione sull'affidabilità dell'operatore cui si riferisce e di disporre l'esclusione, è ormai palese alla luce della nuova formulazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), c-bis) e c-ter), derivante dal d.l. 135/2018, convertito con modificazioni dalla legge 12/2019 (e ad analoga conclusione è pervenuta la Corte di Giustizia Europea, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità della norma con l'art. 57, par. 4, lettere c) e g), della direttiva 2014/24/UE, con la sentenza in data 19 giugno 2019, C-41/2018).

Non varrebbe, dunque, alle appellate eccepire che si tratta di fatti risalenti nel tempo, parzialmente dichiarati dall'interessato alla stazione appaltante, e comunque contestati in giudizio.

Tuttavia, non può omettersi di rilevare come

- il prevalere di una configurazione più rigorosa dell'onere dichiarativo negli orientamenti giurisprudenziali non era ancora pienamente percepibile al momento della presentazione della domanda nella gara in questione (7 settembre 2017);

- la dichiarazione sull'assenza di cause di esclusione è stata resa dai concorrenti utilizzando il modello allegato al disciplinare di gara, che prevedeva la dichiarazione delle "significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne abbiano causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio", e non contemplava riferimenti a tutte le risoluzioni subite dall'impresa;

- gli eventi che avrebbero dovuto essere dichiarati non figurano nei rispettivi Casellari ANAC; un orientamento giurisprudenziale ha affermato che, affinché possa ritenersi integrata la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. 50/2016, è necessario che le informazioni di cui si lamenta la mancata segnalazione risultino comunque dal Casellario informatico dell'ANAC, come è stato chiarito dalle Linee Guida ANAC n. 6/2016, al punto 4.6. (cfr. Cons. Stato, III, n. 4266/2018; V, n. 2063/2018, n. 5136/2018; n. 6576/2018; n. 3304/2017; n. 3258/2017; CGA n. 71/2019).

E, in effetti, le Linee Guida n. 6, nella versione originaria risultante dalla delibera ANAC n. 1293 in data 16 novembre 2016, riportano, in evidenza (riquadro in grassetto) che "gli operatori economici, ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento, sono tenuti a dichiarare, mediante modello DGUE, tutte le notizie inserite nel Casellario Informatico gestito dall'Autorità astrattamente idonee a porre in dubbio la loro integrità o affidabilità"; dopo il correttivo, la nuova versione risultante dalla delibera n. 1008 in data 11 ottobre 2018, precisa invece che "gli operatori economici, ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento, sono tenuti a

dichiarare, mediante modello DGUE, tutte le notizie astrattamente idonee a porre in dubbio la loro integrità o affidabilità”.

La gara in questione ricade *ratione temporis* nell’ambito di applicazione della prima versione delle linee guida.

Occorre tener conto di detti elementi, idonei a suscitare un legittimo affidamento sull’esistenza di un onere dichiarativo limitato in capo all’operatore economico, che può aver confidato in buona fede sulla non ricomprensione degli episodi sub iudice e non annotati nel Casellario ANAC.

In tale contesto, l’applicazione di una sanzione automaticamente espulsiva sarebbe sproporzionato e lesivo del legittimo affidamento suscitato anche da atti interpretativi dell’Autorità di settore.

La censura non può pertanto essere accolta.

Resta ferma la necessità che la stazione appaltante consideri motivatamente la rilevanza delle vicende contrattuali pregresse non adeguatamente sottoposte al suo esame nel procedimento di gara.

11. Quanto al profilo di censura volto a contestare la natura di consorzio stabile a Conmed Engineering, tale aspetto deve essere accertato sulla scorta di una ricostruzione sostanzialistica dei suoi tratti identificativi, come individuati dall’art. 45, comma 2, lettera c), del d.lgs. 50/2016 (cfr. Cons. Stato, III, n. 2493/2019).

La presenza di un’autonoma struttura di impresa, distinta da quella delle consorziate e che sia in grado di eseguire anche in proprio le prestazioni previste nel contratto, rende imputabile l’attività compiuta al solo consorzio stabile (cfr. Cons. Stato, V, n. 276/2018).

Nel caso in esame, non si ravvedono errori valutativi nella sentenza di primo grado che ha riscontrato, nello statuto e nella consistenza aziendale, la sussistenza degli elementi qualificanti individuati dalla suddetta disposizione - “I consorzi stabili sono formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori servizi e

forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa” – ed in particolare dell’elemento c.d. teleologico, costituito dalla astratta idoneità come un’autonoma struttura di impresa, capace di eseguire, anche in proprio, ovvero senza l’ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate, le prestazioni previste nel contratto, ferma restando la facoltà per il consorzio, che abbia tale struttura, di eseguire le prestazioni, nei limiti consentiti, attraverso le consorziate (cfr. Cons. Stato, V, n. 1984/2017).

Infatti, Conmed Engineering società consortile a r.l. “ha scopo esclusivamente consortile, operando per conto e nell’esclusivo interesse dei soci consorziati” (art. 1 atto costitutivo); “ha per oggetto ... l’istituzione di una organizzazione comune per la disciplina e lo svolgimento delle seguenti attività ...” e “avvalendosi della propria struttura ed eventualmente dei servizi dei soci consorziati, provvederà, sempre per conto e nell’interesse dei soci consorziati, al compimento di tutto quanto possa occorrere per l’esecuzione dei lavori in oggetto” (art. 2 dello statuto, che contempla tra le attività anche i servizi di gestione integrata tecnica delle strutture sanitarie pubbliche, ivi comprese le relative apparecchiature biomediche, gli impianti tecnologici e l’attività di ingegneria clinica e di global service di apparati medicali); ha durata fino al 31 dicembre 2050 (art. 4 dello statuto).

Deve dunque ritenersi che vi sia stata la creazione di un complesso strutturale ed organizzativo conforme al modello del consorzio stabile.

D’altra parte, qualora emergano i tratti identificativi in modo univoco, ai fini della qualificazione sono irrilevanti l’assenza di indicazioni nominalistiche sulla natura del consorzio, così come di formali manifestazioni di volontà delle imprese dirette alla costituzione (cfr. III, n. 2493/2019; nonché, ivi citt., V, n. 5152/2016 e 7524/2010), ed anche il fatto che gli amministratori del consorzio siano contestualmente soci o amministratori delle imprese consorziate non elide l’autonomia organizzativa del consorzio (III, n. 2493/2018, n. 4983/2018).

L'ampio fatturato prodotto in proprio conferma l'esistenza dell'autonoma struttura, che non può essere smentita da un organico snello, anche considerando che il consorzio può avvalersi delle risorse delle consorziate (la capacità del consorzio viene meno "quando il consorzio operi avvalendosi della struttura imprenditoriale tout court delle imprese consorziate, replicandone la funzione produttiva, ma non quando esso attinga al patrimonio di queste ultime ai fini della costituzione di un nuovo assetto produttivo, di cui esso abbia la diretta responsabilità organizzativa" - cfr. III, n. 2493/2019).

12. Dunque, è Conmed Engineering, nella qualità di consorzio stabile, che partecipa alla gara come mandante del r.t.i. Philips, e che è tenuto ad adempiere ogni incombenza formale previsto dalla *lex specialis*.

L'art. 4.4. del disciplinare prevede l'esperibilità dell'istituto con ampiezza coerente con l'art. 83, comma 9, del d.lgs. 50/2016, comprendendo "le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura del soccorso istruttorio. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi dell'offerta, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica." Ed escludendolo solo per le irregolarità essenziali non sanabili, riferite alle "carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa".

In questa prospettiva, non può sostenersi che le dichiarazioni delle consorziate esecutrici non potessero integrarsi mediante il soccorso istruttorio, posto che, con riferimento al perimetro di ammissibilità delineato dall'art. 83, comma 9, del codice, interpretato alla luce dell'art. 59, comma 4, della direttiva 2014/24/UE, non si tratta di carenze attinenti all'offerta economica o all'offerta tecnica, né di carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa; come sottolineato dal TAR, il soccorso istruttorio ha avuto ad oggetto irregolarità sanabili e la stazione appaltante non ha permesso l'integrazione

dell'offerta alterando la *par condicio*, ma ha semplicemente consentito, in omaggio al *favor participationis*, di integrare le dichiarazioni relative ai requisiti generali e di qualificazione delle ditte esecutrici, principiando dal possesso delle necessarie qualificazioni da parte del consorzio.

13. Quanto alla dedotta mancanza di certificazione di qualità in capo alla consorziata Brunsud, è condivisibile quanto affermato dal TAR nel senso che i consorzi stabili, ai sensi dell'art. 47, comma 2, del d.lgs. 50/2016, hanno una propria qualificazione, diversa ed autonoma dalle imprese consorziate, che consente ai medesimi di partecipare alle gare pubbliche, con la conseguenza che essi assumono su di sé, e con le qualificazioni possedute, l'onere della esecuzione delle prestazioni contrattuali; ed è pertanto irrilevante che una consorziata possa non essere in possesso delle qualificazioni necessarie, essendo la prestazione in toto ricadente sul medesimo consorzio stabile, che potrà provvedervi o direttamente o per il tramite di un'altra impresa consorziata con decisione da assumersi a seguito dell'aggiudicazione e in sede di esecuzione del contratto.

Va in proposito ricordato che, in vigore dell'art. 36 del d.lgs. 163/2006, è stato delineato il criterio del c.d. cumulo alla rinfusa, per descrivere la possibilità per il consorzio stabile di fruire, alternativamente o in aggiunta ai requisiti propri, dei requisiti delle consorziate. Ciò, alla luce della *ratio* stessa del consorzio stabile, “volta a dare maggiori possibilità di sviluppo alle imprese sprovviste di sufficienti requisiti per accedere a determinate gare (...) attraverso l'accrescimento delle facoltà operative, ottenibile non imponendo al consorzio di avere i requisiti in proprio (...) né prescrivendo quote minime in capo alle consorziate (...) anche perché, altrimenti, si riprodurrebbe inutilmente il modulo organizzativo delle a.t.i., già, peraltro, replicato con l'aggregazione cui dà luogo il consorzio ordinario” (cfr. Cons. Stato, VI, n. 2563/2013). Ed in quanto il consorzio stabile “è un soggetto che si connota per la creazione a priori di una struttura unificata tra le imprese consorziate che in tal modo si aggregano e, ferma restando l'autonomia soggettiva di

queste ultime, postula un legame associativo tra loro ben più stretto che in ogni altra forma di collegamento prevista dalla legge. (...) quale forma intermedia tra le associazioni temporanee di imprese e la concentrazione delle stesse, ha la capacità di assumere in proprio le obbligazioni dedotte in appalto e non è assimilabile alla comune categoria delle a.t.i., nel cui unico ambito è possibile distinguere le funzioni (...) di capogruppo mandataria e di mandanti e, dunque, i requisiti di minima qualificazione necessaria ... (Cons. Stato, III, n. 145/2013).

Detta regola trova conferma nella disciplina dell'art. 47, comma 2, del d.lgs. 50/2016, che (nella formulazione precedente al d.l. 32/2019 ed applicabile *ratione temporis* alla procedura di gara in questione) consente ai consorzi stabili di utilizzare ai fini della qualificazione sia i requisiti di qualificazione maturati in proprio, sia quelli posseduti dalle consorziate designate per l'esecuzione delle prestazioni contrattuali.

La perdurante operatività del cumulo alla rinfusa, in linea di principio, risulta ribadita, affermandosi che, ad eccezione del settore di lavori su beni culturali – per i quali, in ossequio ad esigenze di massima tutela dell'oggetto dell'intervento, recepite oggi dagli artt. 146, comma 11, 147, comma 1 e 148, comma 2, del codice, valgono i principi della qualificazione obbligatoria dell'esecutore e dell'utilizzabilità ai fini della qualificazione dei soli lavori effettivamente eseguiti - i consorzi stabili, ferma restando la possibilità di qualificarsi con i requisiti posseduti in proprio e direttamente, possono ricorrere anche alla sommatoria dei requisiti posseduti dalle singole imprese partecipanti (cfr. Cons. Stato, V, n. 403/2019; n. 5057/2018).

Per quanto esposto, la circostanza che una delle consorziate non posseda la certificazione non può incidere sulla verifica del requisito, già posseduto dall'operatore mandante del r.t.i. (il consorzio stabile) nel suo complesso.

Quindi, le previsioni dell'art. 2.2. del disciplinare, che onerano i consorziati per i quali il consorzio stabile concorre alla gara del possesso dei requisiti e della presentazione delle relative dichiarazioni (compresi quelli di cui al punto

2.2.3., b), concernente la certificazione di qualità con oggetto congruente con quello di gara), a pena di esclusione, non possono essere lette nel senso di riguardare ciascuna impresa consorziata indicata come esecutrice. Altrimenti si tratterebbe di clausole nulle.

14. Infine, la necessità di specificare le parti di prestazione assegnate a ciascuna impresa consorziata esecutrice affermata dall'art. 48, comma 4, del d.lgs. 50/2016, riguarda i "Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici", cui si applica la disposizione, non i consorzi stabili, in ragione delle caratteristiche sopra indicate.

Nel caso in esame, la previsione di indicazione delle parti del servizio è soddisfatta dalla dichiarazione congiunta dei componenti del costituendo r.t.i. orizzontale sulle quote di partecipazione e sulla corrispondenza ad esse della quota di esecuzione.

Nessun aggiramento dei limiti all'affidamento in subappalto, di cui all'art. 105 del d.lgs. 50/2016, può ravvisarsi, non essendo assimilabile il rapporto esistente tra i soggetti legati in un consorzio stabile e quello esistente con un subappaltatore.

15. In conclusione, l'appello deve essere respinto.

Le spese del grado di giudizio, considerata la complessità delle questioni affrontate, possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 luglio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore

Stefania Santoleri, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere

L'ESTENSORE
Pierfrancesco Ungari

IL PRESIDENTE
Marco Lipari

IL SEGRETARIO