

N. 06530/2023REG.PROV.COLL.

N. 04610/2022 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 in appello iscritto al numero di registro generale 4610 del 2022, proposto dal

Consorzio Leonardo Servizi e Lavori - “Società Cooperativa Consortile Stabile”, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Gabriele Tricamo, Marco Orlando, Antonietta Favale, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Comune di Uta, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Marco Tomba, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

nei confronti

Co.Me.Car. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Enrico Maria Mastinu, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Seconda) n. 00259/2022, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Uta e di Co.Me.Car. S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 gennaio 2023 il consigliere Angela Rotondano e preso atto delle richieste di passaggio in decisione depositate in atti dagli avvocati Tricamo, Orlando, Favale, Tomba e Mastinu;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Consorzio Leonardo Servizi e Lavori – “Società Cooperativa Consortile Stabile” (di seguito “*Consorzio Leonardo*” o “*Consorzio*”) ha partecipato alla gara a procedura aperta indetta dal Comune di Uta, con bando del 27 settembre 2021, per l'affidamento dei lavori di sistemazione di “*Corsi d'acqua in territorio comunale di Uta. Bacino idrografico a sud dell'abitato di Uta. Interventi per la riduzione del rischio idraulico e ripristino delle infrastrutture relative ai corsi d'acqua in territorio comunale di Uta. Lotto 1 – Interventi sul Rio Coccodi*”, dell'importo di € 8.499.421,66, categoria unica e prevalente OG8, classifica VI, da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, indicando, quale esecutrice dei lavori, l'impresa consorziata Luppu s.r.l.

e classificandosi, all'esito delle operazioni, secondo in graduatoria con il punteggio totale di 84,441.

2. Con ricorso depositato il 28 gennaio 2022, il Consorzio ha impugnato dinanzi al T.a.r. Sardegna l'aggiudicazione definitiva della gara, giusta determinazione n. 787 del 20 dicembre 2021, alla controinteressata Co.Me.Car., prima classificata con il punteggio complessivo di 91,825 (di cui 65 per l'offerta tecnica riparametrata, 21,816 per quella economica e 5 per riduzione tempo) e con un ribasso offerto del 22,479% rispetto all'importo a base d'asta, gravando altresì la determina di ammissione dei concorrenti, i verbali della procedura e di valutazione dell'offerta tecnica, in uno a tutti gli atti di gara, ivi compresi il bando e il disciplinare.

2.1. In particolare, il Consorzio, formulando plurime censure di violazione di legge, della *lex specialis* e dei principi di buon andamento e imparzialità sanciti dall'art. 97 Cost., nonché di eccesso di potere per irragionevolezza manifesta, assoluto difetto di istruttoria e motivazione, illogicità, contraddittorietà, sviamento, sproporzione, violazione del principio della *par condicio* tra i concorrenti, ha sostenuto che l'aggiudicataria Comecar avrebbe dovuto essere esclusa, in quanto non possedeva i requisiti per ottenere l'affidamento con riferimento: a) alla validità per l'intera durata della procedura di gara della SOA del Consorzio Stabile Union, del quale la controinteressata si era avvalsa per il requisito dell'attestazione di qualificazione SOA di cui al punto 7.2. del disciplinare; b) alla validità dell'avvalimento stipulato con Union; c) alla omessa verifica dei costi della manodopera ai sensi dell'art. 95 comma 10 e 97, comma 5, lett. d) del Codice dei contratti pubblici, con specifico riguardo al rispetto dei minimi salariali; d) alla omessa verifica dei requisiti in capo all'aggiudicataria a valle della procedura, essendo la verifica avvenuta allorquando

erano ancora in corso le operazioni di valutazione delle offerte e ben prima del provvedimento di aggiudicazione.

2.2. Il ricorrente ha domandato anche il risarcimento dei danni in forma specifica, chiedendo il subentro nel contratto, e in subordine per equivalente.

2.3. Si sono costituiti in resistenza il Comune di Uta e l'aggiudicataria.

2.4. Quest'ultima ha a sua volta proposto ricorso incidentale con cui ha sostenuto, con tre diversi motivi, che il Consorzio Leonardo doveva essere escluso dalla gara poiché esso non possiede la necessaria iscrizione nella c.d. *white list*, espressamente richiesta, a pena di esclusione, dal disciplinare per le attività oggetto di appalto riconducibili a quelle di cui all'art. 1, comma 53, della L. 190/2012 (recante l'elenco delle attività maggiormente esposte al rischio di infiltrazione mafiosa), e comunque i necessari requisiti di partecipazione alla gara (primo motivo), né la necessaria attestazione SOA nella categoria OG - categoria VI (scadenza intermedia), espressamente richiesta, a pena di esclusione, anche dal punto 7.2. del disciplinare, contestando altresì l'ammissione alla procedura del ricorrente principale per aver quest'ultimo commesso un "grave illecito" professionale (penale per inadempienze, nell'ambito di un contratto stipulato con il Comune di Roma) ex art. 80, comma 5, lett. c-ter, D.Lgs. 50/2016.

3. Con la sentenza in epigrafe, il T.a.r. adito ha esaminato con priorità il ricorso incidentale e lo ha accolto per la ritenuta fondatezza in via assorbente del primo mezzo, rilevando che il Consorzio ricorrente era stato illegittimamente ammesso alla gara perché, in effetti, non possedeva il requisito della iscrizione alla *white list* previsto dalla *lex specialis* a pena di esclusione dalla gara e che, trattandosi di requisito di partecipazione di ordine generale, esso non poteva essere mutuato dalla consorziata

esecutrice, né poteva operare il meccanismo del c.d. cumulo alla rinfusa, non vertendosi di requisiti professionali di idoneità tecnica o economica.

3.1. Pertanto, la sentenza di prime cure ha dichiarato improcedibile il ricorso principale per carenza di interesse, a seguito dell'esclusione del Consorzio dalla gara cui erano state ammesse nove imprese concorrenti.

4. Di tale sentenza il Consorzio Leonardo domanda la riforma, deducendone con l'appello proposto l'erroneità e l'ingiustizia.

4.1. In particolare, il Consorzio appellante ha anzitutto contestato le statuizioni di primo grado che hanno dichiarato fondato il ricorso incidentale e illegittima la sua ammissione alla gara, lamentandone l'erroneità per *“Violazione del principio di massima partecipazione. Violazione dei principi e delle finalità mutualistiche dei Consorzi stabili. Violazione del principio del legittimo affidamento. Violazione dell'art. 83, co. 8 del d.lgs. 50/2016. Nullità del punto 3.5 del disciplinare di gara.”*

4.2. Ha poi censurato la sentenza appellata per non aver esaminato anche il ricorso principale, lamentando *“violazione dei principi eurounitari sanciti nella pronuncia della Corte di Giustizia UE Sez. X, sentenza 5 settembre 2019, C - 333/2018”*, ed ha quindi riproposto le doglianze non esaminate in primo grado.

4.3. L'appellante ha anche prospettato una questione di compatibilità comunitaria chiedendo un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea in quanto le conclusioni del primo giudice contrasterebbero con i principi eurounitari in tema di *favor participationis* e con i considerando 2, 14, 78, 83 e 124 della Direttiva 2014/24.

4.4. Si sono costituiti la Comecar, la quale, oltre ad insistere per il rigetto dell'appello, argomentandone l'infondatezza, ha riproposto, con memoria ex art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., le censure del ricorso incidentale di primo grado non esaminate

dalla sentenza, stante la declaratoria di improcedibilità, e il Comune di Uta, il quale ha chiesto il rigetto dell'appello anche nella parte volta a contestare le statuizioni della sentenza di accoglimento del ricorso incidentale, insistendo per la conferma della decisione di primo grado e, in subordine, domandando il rigetto dei motivi riproposti dal Consorzio appellante.

4.5. In vista dell'udienza di discussione le parti hanno depositato memorie e repliche, con cui hanno illustrato le proprie tesi difensive.

4.6. All'udienza pubblica del 12 gennaio 2023 la causa è passata in decisione.

DIRITTO

5. Con l'appello proposto il Consorzio Leonardo sostiene che esso non doveva essere escluso dalla gara poiché carente della iscrizione nella c.d. *white list* della Prefettura competente per territorio, requisito comunque posseduto dalla consorziata indicata come esecutrice dei lavori.

5.1. Secondo il Consorzio appellante la sentenza di prime cure avrebbe quindi errato nell'accogliere il primo motivo del ricorso incidentale della controinteressata, alla stregua delle seguenti considerazioni:

- in primo luogo, il Consorzio Leonardo è un consorzio stabile che non esegue direttamente le prestazioni degli appalti di lavori e servizi aggiudicati, limitandosi a coordinare le attività delle consorziate per le quali concorre, designate come esecutrici all'atto della partecipazione alla gara;
- il requisito della iscrizione alla c.d. *white list* dovrebbe, pertanto, esser posseduto, come pacificamente è, soltanto dalla consorziata individuata come esecutrice in sede di partecipazione, la società Luppu s.r.l., la quale, in caso di affidamento della commessa, eseguirà direttamente i lavori messi a gara con mezzi e risorse proprie, e

non dal Consorzio partecipante alla gara che, invece, non eseguirà alcuna attività connessa all'appalto;

- se infatti solo le imprese che svolgono le attività imprenditoriali comprese nell'elenco di cui all'art. 1, comma 53, della legge n. 190/2012, da intendersi tassativo e di stretta interpretazione, devono ottenere l'iscrizione nella *white list*, ma non quelle che non operano nei campi previsti dalla detta norma, ciò a maggior ragione varrebbe per il consorzio stabile, che non svolge alcuna attività operativa, se non quella di organizzazione delle imprese consorziate ai fini della partecipazione alle gare pubbliche;

- la sentenza avrebbe perciò erroneamente ritenuto priva di rilievo la nota della Prefettura di Pistoia del 25 febbraio 2015 che ha dichiarato *"irricevibile o comunque improcedibile"* l'istanza di iscrizione alla *white list* avanzata dal Consorzio appellante, proprio per le stesse ragioni qui invocate dal Consorzio, ossia perché quest'ultimo *"esercita l'attività di coordinamento e promozione dei servizi e delle attività economiche delle imprese consorziate, non eseguendo direttamente le attività"*; sicché l'interpretazione condivisa dal Tribunale, oltre a violare i principi di massima partecipazione delle imprese alle pubbliche gare, svuotando di contenuto la *ratio* dell'istituto del consorzio stabile, con il suo stesso fondamento causale enunciato dall'art. 45, comma 2, lett. c) del Codice dei contratti pubblici, lederebbe anche il legittimo affidamento riposto dal Consorzio nelle indicazioni provenienti dall'Amministrazione competente;

- la clausola del disciplinare che richiedeva l'iscrizione nell'elenco in questione, ovvero la presentazione della relativa domanda, a pena di esclusione dalla gara è *"clausola escludente contra legem"* e, quindi, nulla per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, del D.lgs. n. 50/2016;

dovendo considerarsi la clausola predetta *tamquam non esset*, non sussisteva l'onere per l'impresa di immediata impugnazione;

- la previsione di un elenco di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa, operanti nei settori esposti maggiormente a rischio -la c.d. *white list*- con finalità meramente semplificatorie per il potere di vigilanza e di controllo da parte delle Prefetture, non esimeva comunque l'amministrazione appaltante, specie a fronte della conclamata impossibilità per il Consorzio Leonardo di ottenere il requisito relativo all'iscrizione nella *white list*, posseduto però dalla consorziata esecutrice, dall'obbligo di effettuare le dovute verifiche ai fini dell'acquisizione della documentazione antimafia per la stipulazione del contratto nelle forme ordinarie, come tra l'altro previsto dallo stesso disciplinare di gara (punto 3.5.);

- la sentenza avrebbe poi erroneamente desunto la necessità della iscrizione nella *white list* del Consorzio dalla insufficienza della SOA posseduta dalla consorziata Luppù ad eseguire l'intero appalto, laddove è pacifico che il Consorzio si qualifichi con i requisiti posseduti dalle proprie consorziate, come pure pacifica è l'operatività del meccanismo del c.d. cumulo alla rinfusa;

- l'operatività di quest'ultimo non potrebbe, infine, ritenersi esclusa o limitata dal rilievo per cui il Consorzio *"è comunque vincolato dal principio normativo della "responsabilità solidale"*, come affermato dal primo giudice: difatti, trattandosi di principio riguardante la sola fase di esecuzione dell'appalto, nulla osterebbe a che, nell'eventualità in cui si verifici una delle cause previste dai commi 17, 18 e 19 dell'art. 48, il Consorzio proceda alla sostituzione della consorziata indicata come esecutrice in sede di partecipazione con un'altra consorziata, parimenti in possesso

del requisito di iscrizione alla *white list*, senza compromettere con ciò il principio della responsabilità solidale.

6. L'appello è infondato.

7. La sentenza impugnata ha correttamente ritenuto, accogliendo il primo motivo del ricorso incidentale, che il Consorzio concorrente è stato illegittimamente ammesso alla gara perché non possiede, in proprio, il necessario requisito generale dell'iscrizione nella *white list* di cui all' art. 1 L. 190/2012, espressamente richiesto a pena di esclusione dal disciplinare.

7.1. A tali condivisibili conclusioni il primo giudice è giunto, essenzialmente, sulla base dei seguenti passaggi argomentativi:

a) il Disciplinare, al punto 3.5., prescrive che: *“1. Considerato che alcune categorie di lavorazioni, oggetto del presente appalto, ricadono nell'elenco di quelle attività esposte a maggior rischio di infiltrazione mafiosa (art. 1 comma 53 della legge 190/2012) ai sensi del Dpcm 24/11/2016, l'impresa dovrà possedere l'iscrizione della white list della prefettura competente per il territorio di localizzazione dell'impresa concorrente. Nel caso l'impresa abbia presentato, antecedentemente alla data della gara, richiesta di iscrizione nella white list, dovrà fornire la documentazione attestante l'avvenuta richiesta alla prefettura con data, protocollo etc. In tal caso la stazione appaltante provvederà alla verifica del requisito mediante la richiesta della comunicazione antimafia telematica direttamente alla Banca Dati Nazionale Antimafia. 2. Si evidenzia che il possesso dell'iscrizione alla white list, nei termini qui richiamati, costituisce requisito di ordine generale per cui la mancata iscrizione per le attività riconducibili a quelle di cui all'art. 1 comma 53 della L.n. 190/2012 (c.d. Legge Anticorruzione) costituisce motivo di esclusione dalla gara (...)”*

b) il Consorzio Leonardo, sul punto, ha dichiarato in gara nel DGUE, nell'apposito modello, al punto XI, *“di essere iscritto nella white list ...vedi allegato. Requisito in capo*

all'Impresa Socia Consorziata indicata come affidataria-esecutrice, Luppu Srl.”, allegando la nota della Prefettura di Pistoia prot. n. 4756 del 25 febbraio 2015, di rigetto dell’istanza di iscrizione del medesimo Consorzio nella *white list*;

c) non assume rilievo, tuttavia, che l’iscrizione nella *white list* sia posseduta dalla consorziata designata come esecutrice, la Luppu s.r.l., posto che la legge e la *lex specialis* impongono il possesso del requisito direttamente in capo al concorrente, che è unicamente il Consorzio Leonardo;

d) nello specifico, l’iscrizione nella *white list* della consorziata esecutrice non sarebbe poi sufficiente anche perché la Luppu s.r.l., “*disponendo di attestazione SOA nella categoria OG8 limitata alla C. II (fino ad € 516.000) non potrebbe, da sola, eseguire l’intero appalto dell’importo di € 8.499.421,66, per il quale è richiesta la maggiore OG8 C. VI (fino a € 10.329.000)*”;

e) il meccanismo del c.d. “*cumulo alla rinfusa*”, applicabile per i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria, non può infatti esplicare effetti in relazione a una categoria profondamente diversa, concernente i “*requisiti soggettivi morali*”, come per sua natura è la valutazione che presuppone l’iscrizione ed il suo mantenimento all’elenco della Prefettura.

7.2. Le motivazioni della sentenza sono corrette, mentre non lo sono i rilievi dell’appellante, alla stregua delle seguenti osservazioni.

7.3. Giova innanzitutto richiamare le previsioni che regolano la fattispecie.

7.4. L art. 47 del d.lgs. 50 del 18 aprile 2016 *Codice dei contratti pubblici* (rubricato “*Requisiti per la partecipazione dei consorzi alle gare*”) prevede che:

“1. I requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l’ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all’articolo 45, comma 2, lettere b) e c), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi con le modalità previste dal presente codice, salvo che per quelli: - relativi alla disponibilità

delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all' organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate.

2. I consorzi stabili di cui agli articoli 45, comma 2, lettera c), e 46, comma 1, lettera f) eseguono le prestazioni o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante. Per i lavori, ai fini della qualificazione di cui all'articolo 84, con il regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies sono stabiliti i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni. L'affidamento delle prestazioni da parte dei soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettera b), ai propri consorziati non costituisce subappalto.”.

7.4.1. La norma, che consente alle strutture “consortili” il cumulo dei requisiti delle consorziate in favore del Consorzio, il quale, a sua volta, così titolato, può assumere il ruolo di “concorrente” (con facoltà, anche, di indicare, per l'esecuzione delle opere, imprese che non avrebbero, da sole, la possibilità di competere per lavori superiori alla propria SOA), attiene ai “requisiti di idoneità tecnica e finanziaria”, ma non esplica effetti in relazione ai requisiti morali che riguardano il profilo soggettivo, necessariamente riconducibile al concorrente come tale.

7.4.2. Inoltre l'art. 80, comma 2, dello stesso Codice stabilisce:

“Costituisce altresì motivo di esclusione la sussistenza, con riferimento ai soggetti indicati al comma 3, di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'articolo 67 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo decreto. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-bis, e 92, commi 2 e 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 [Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136], con riferimento rispettivamente alle

comunicazioni antimafia e alle informazioni antimafia. Resta fermo altresì quanto previsto dall'articolo 34-bis, commi 6 e 7, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159.”.

7.4.3. L'art. 1, comma 52, della legge n. 190 del 6 novembre 2012 (recante *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*) ha previsto l'istituzione presso le Prefetture di un elenco di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori pubblici non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa operanti nei settori maggiormente esposti a rischio di infiltrazione mafiosa, espressamente indicati nel successivo comma 53.

7.4.4. Il d.p.c.m. del 18 aprile 2013, come modificato dal d.p.c.m. 24 novembre 2016, ha previsto le *Modalità per l'istituzione e l'aggiornamento degli elenchi dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa, di cui all'articolo 1, comma 52, della legge 6 novembre 2012, n. 190*, indicando, all'art. 2, le *condizioni di iscrizione nell'elenco* (ovvero: “a) *l'assenza di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67 del Codice antimafia; b) l'assenza di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi dell'impresa, di cui all'art. 84, comma 3, del Codice antimafia*”) e la sua efficacia (per un periodo di dodici mesi a decorrere dalla data in cui essa è disposta, “*salvi gli effetti conseguenti alle verifiche periodiche di cui all'art. 5*”).

Il decreto, prescrivendo che la consultazione del relativo elenco è la modalità obbligatoria per l'acquisizione della documentazione antimafia necessaria in vista del perfezionamento dell'accordo, attua in tal modo una tutela dell'ordine e sicurezza pubblica anticipata e più incisiva nei cd. settori sensibili (in tal senso Cons. Stato, III, 30 settembre 2022, n. 8432).

7.4.5. L'iscrizione nelle *white list* rientra tra i requisiti soggettivi e la sua carenza determina l'incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione.

7.4.6. I contenuti dell'iscrizione attengono poi a una molteplicità di elementi (anche non direttamente "operativi"), coinvolgendo profili attinenti agli organi sociali e gli aspetti gestionali societari, in grado di incidere negativamente a livello di affidabilità del contraente (cfr. art. 84 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 "Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136"), con necessità di stretta "corrispondenza" fra concorrente e attestazione dello specifico requisito morale in questione.

7.4.7. I pareri di precontenzioso di cui alle delibere ANAC del 14 novembre 2018 n. 1071 e n. 1072 hanno ribadito che l'iscrizione alla *white list* è un requisito obbligatorio per la partecipazione alle gare e l'affidamento di appalti pubblici nei settori individuati come a maggior rischio di infiltrazione mafiosa. Conseguentemente, ai fini della partecipazione a procedure ad evidenza pubblica è necessario essere iscritti alla *white list* oppure aver presentato domanda di iscrizione al predetto elenco.

7.4.8. Vale infine richiamare la delibera ANAC n. 1049 del 2 dicembre 2020, che ha ritenuto conforme alle disposizioni normative vigenti in materia di consorzi stabili e interdittive antimafia l'operato della stazione appaltante la quale aveva revocato l'affidamento a un Consorzio stabile, raggiunto, in fase di esecuzione, da una interdittiva antimafia.

7.4.9. L'aspetto della moralità è garantito, dunque, sia dalla mancanza di precedenti penali, sia dall'iscrizione alla *white list*, con necessità di sussistenza dei requisiti sia in capo alla consorziata esecutrice, che da parte del consorzio, il quale, assumendo, con l'amministrazione appaltante, il ruolo di "concorrente" prima e di "parte contrattuale" poi (se ottiene l'aggiudicazione), non può avvalersi di requisiti morali di altri soggetti.

7.5. Nell'appalto per cui è causa alcune categorie di lavorazioni riguardavano i settori riconducibili alle attività di cui all'art. 1, comma 53, della L. n. 190/2012, cioè di quelle esposte a maggior rischio di infiltrazione mafiosa ai sensi del d.p.c.m. 24 novembre 2016: pertanto, la *lex specialis* (art. 3.5. del disciplinare) richiedeva espressamente l'iscrizione dell'impresa nella c.d. *white list* della Prefettura competente (ovvero la presentazione dell'istanza di iscrizione nel predetto elenco, prima della domanda di partecipazione da parte del concorrente), precisando che si trattava di un requisito di ordine generale la cui mancanza avrebbe comportato l'esclusione dalla gara.

7.6. Alla luce delle richiamate disposizioni normative e della *lex specialis* di gara che regolano la fattispecie, non può dunque condividersi la tesi del Consorzio appellante secondo cui non sarebbe necessaria- e anzi neppure ammessa- la sua iscrizione alla *white list*, in quanto, stante la peculiare relazione fra Consorzio e consorziata, risulterebbe idonea e sufficiente il possesso di tale iscrizione in capo alla consorziata individuata come esecutrice dei lavori.

7.6.1. Infatti, trattandosi di un requisito di ordine generale l'iscrizione alla *white list* doveva essere posseduta a pena di esclusione dal concorrente, cioè il Consorzio, e non poteva essere "*mutuato*" dalla consorziata esecutrice: e ciò a prescindere da chi esegua le lavorazioni in parola, non operando per i requisiti di partecipazione morale, connotati da irrinunciabili elementi soggettivi, il meccanismo del c.d. *cumulo alla rinfusa* ex art. 47 del Codice dei contratti pubblici, che rileva per i soli requisiti di idoneità tecnica e finanziaria.

7.6.2. Infatti, in linea generale deve rammentarsi che il modulo associativo del "*consorzio stabile*", attualmente disciplinato dall'art. 45, comma 2, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016, dà vita ad un soggetto giuridico autonomo, costituito in forma collettiva

e con causa mutualistica, che opera in base a uno stabile rapporto organico con le imprese consorziate, in forza del quale, anche nell'attuale quadro normativo, è previsto che detto Consorzio possa giovare, senza dover ricorrere all'avvalimento, degli stessi requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse, secondo il criterio del c.d. "cumulo alla rinfusa", cosicché il medesimo può scegliere di provare il possesso dei requisiti medesimi con attribuzioni proprie e dirette oppure con quelle dei consorziati.

7.6.3. Il consorzio stabile stipula il contratto in nome proprio, anche se per conto delle consorziate alle quali affida i lavori, sicché l'attività compiuta dall'impresa consorziata si imputa al consorzio, qualificandosi questo come soggetto giuridico autonomo che opera in base ad uno stabile rapporto organico con le imprese che ne fanno parte. Conseguentemente, è il Consorzio e non il singolo consorziato l'interlocutore contrattuale della stazione appaltante ed unico soggetto responsabile nei confronti di quest'ultima dell'esecuzione dell'appalto "*anche quando esegue le prestazioni non in proprio ma avvalendosi delle imprese consorziate*" (Cons. di Stato, III, 22 febbraio 2018, n. 1112).

7.6.4. Pertanto, nel caso in cui il Consorzio designi una consorziata quale impresa esecutrice, tale designazione è un atto meramente interno al Consorzio, che non vale ad instaurare un rapporto contrattuale tra la consorziata e la stazione appaltante. Insomma, il consorzio, incentrato sullo stabile apporto di capacità e mezzi aziendali in una "*comune struttura di impresa*", destinata a operare nel settore dei contratti pubblici, è l'unica controparte contrattuale delle stazioni appaltanti, secondo quanto previsto dall'art. 47, comma 2, del Codice.

7.6.5. Sulla base di quanto finora detto deve concludersi che nel caso in esame concorrente è il Consorzio Leonardo, quale consorzio stabile partecipante alla gara,

il quale deve direttamente possedere il requisito di idoneità morale comprovato dall'iscrizione alla *white list*.

7.7. Le argomentazioni dell'appellante non sovvertono tali conclusioni, in quanto:

- a fronte della chiara previsione della *lex specialis*, che impone il possesso della iscrizione alla *white list* direttamente in capo al concorrente, ed alla sua natura di requisito c.d. generale di idoneità morale, il Consorzio Leonardo era carente di un requisito essenziale, dal cui possesso non poteva essere esonerato per la mera scelta di affidare l'esecuzione dell'appalto all'impresa consorziata;

- non conduce infatti ad opposta conclusione il fatto che Consorzio non dovesse qui svolgere alcuna attività operativa, limitandosi alla organizzazione delle imprese consorziate per la relativa partecipazione alle gare pubbliche, con conseguente impossibilità di dotarsi del requisito dell'iscrizione, come dimostrerebbe la nota della Prefettura di Pistoia del 25 febbraio 2015 che ha dichiarato la richiesta di iscrizione del Consorzio irricevibile e comunque improcedibile, asserendo che potranno essere le singole consorziate a richiedere l'iscrizione negli appositi elenchi;

- tale nota, data la sua risalenza nel tempo, è infatti priva di rilievo e certamente non prova che il requisito in parola non fosse necessario ai fini della partecipazione della gara in questione (bandita il 27 settembre 2021), per la quale la *lex specialis* espressamente richiedeva, a pena di esclusione per le specifiche categorie di lavorazioni oggetto dell'appalto, l'iscrizione nella c.d. *white list* in capo al concorrente: il che, secondo un criterio di diligenza esigibile da parte dell'operatore economico, imponeva al Consorzio, a prescindere dal diretto svolgimento dell'attività, quanto meno di formulare una istanza di iscrizione alla Prefettura competente, per dotarsi del requisito in vista della partecipazione alla gara (tenuto anche conto, nel caso specifico, dell'insufficiente possesso della SOA da parte della consorziata, la quale

perciò non potrebbe, da sola, eseguire l'intero appalto dell'importo a base d'asta, per il quale è richiesta una maggiore categoria), senza poter, per converso, ragionevolmente confidare sulla efficacia "esimente" della risalente nota che ne avrebbe *illo tempore* escluso la necessità; sicché, l'argomento del Consorzio conforta semmai le conclusioni raggiunte dalla sentenza appellata sul difetto del requisito in parola, in quanto è pacifico che la denegata istanza di iscrizione nella *white list* non è stata avanzata dal Consorzio concorrente per l'appalto oggetto di causa, come prescritto a pena di esclusione dal disciplinare;

- nè è pertinente la giurisprudenza richiamata dall'appellante che ha ritenuto non imputabile all'impresa l'assenza del requisito nella ben diversa fattispecie di rifiuto di iscrizione da parte della Prefettura competente per la non riconducibilità dell'attività oggetto di appalto ai settori sensibili di cui all'art. 1, comma 53.

7.7.1. Trovano invece applicazione al caso in esame i principi affermati dalla costante giurisprudenza condivisa dal Collegio per cui *"I requisiti generali vanno infatti accertati sì in capo alle consorziate esecutrici, ma anche sul consorzio in sé (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8, relativa a un consorzio di produzione e lavoro, con principio ben riferibile anche ai consorzi stabili: "il possesso dei requisiti generali e morali [...] deve essere verificato non solo in capo al consorzio ma anche alle consorziate"; Cons. Stato, V, 25 marzo 2021, n. 2532)"* (così Cons. Stato, V, 3 maggio 2022 n. 3453 che, in applicazione dell'affermato principio ha statuito che: *"Per questo, la circostanza che il fatto della consorziate esecutrice in un pregresso affidamento non valga a comprovare la carenza dei requisiti nell'ambito di una gara con altra esecutrice designata non consente sic et simpliciter di obliterare o ritenere superato un pregiudizio che risulti a carico (anche) del consorzio stesso"*).

7.7.2. Infatti, come evidenziato, il concorrente in gara è il consorzio stabile, così come lo stesso consorzio è il titolare del contratto con l'amministrazione (cfr. Cons.

Stato, V, 2 febbraio 2021, n. 964, che valorizza l'unità del consorzio stabile quale *“operatore economico unitario”* espressiva della sua autonomia soggettiva, ben rilevante a fronte di pregiudizi riscontrabili in capo al consorzio stabile in sé; cfr. peraltro anche, in termini generali, Cons. Stato, Ad. plen., 13 marzo 2021, n. 5, in ordine alla configurazione strutturale propria dei consorzi stabili, caratterizzati da 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”*).

7.8. Né sono positivamente apprezzabili le argomentazioni difensive del Consorzio appellante secondo cui la richiamata previsione del bando di gara sarebbe affetta da nullità per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione (art. 83, co. 8, del D.lgs. n. 50/2016), in quanto la clausola escludente *de qua*, neppure tempestivamente impugnata dal Consorzio, come era suo onere siccome privo del requisito di partecipazione ivi previsto, è del tutto coerente con la *ratio* che informa la disciplina della prevenzione antimafia, stante la riconducibilità dell'attività oggetto dell'appalto in questione ad uno dei settori sensibili di cui all'art. 1, co. 53, della L. n. 190/2012 (cfr. esattamente in termini Cons. Stato, sez. III, 30 settembre 2022, n. 8432, che ha evidenziato come la disposizione di cui all'art. 83, comma 8, d.lgs. 50/2016 *“pur mitigando l'ampia discrezionalità di cui gode l'Amministrazione nell'individuare, nel rispetto della legge, il contenuto della disciplina delle procedure selettive (così, Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9), non vale di per sé ad infirmare la legittimità delle clausole dei bandi di gara che prevedono adempimenti a pena di esclusione, anche di carattere formale, purché conformi ai tassativi casi contemplati dal medesimo comma, nonché dalle altre disposizioni del codice dei contratti pubblici, del regolamento di esecuzione e delle leggi statali (Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9, § 6.4; successivamente 16 ottobre 2020, n. 22), dal momento che il relativo*

potere conformativo della singola competizione non risulta escluso ma solo regolamentato (Cons. Stato, Ad. plen., 16 ottobre 2020, n. 22)”).

7.8.1. La clausola introdotta dalla legge di gara, presidiata dalla sanzione espulsiva, rivelandosi funzionale ad esigenze di prevenzione che permeano, alla stregua della legislazione di settore (art. 1, commi 52, 52 bis e 53 dell’art. 1 della legge 190 del 2012 che contemplano l’iscrizione nella *white list* quale meccanismo sostitutivo della documentazione antimafia, nonché il d.p.c.m. del 18 aprile 2013, come modificato dal successivo d.p.c.m. del 24 novembre 2016), anche la disciplina della gara e che condizionano la possibilità di aggiudicazione e di stipula dei contratti pubblici, è dunque immune dai richiamati rilievi censori.

7.9. Infine, è infondata la questione di rinvio pregiudiziale innanzi alla Corte Giustizia dell’Unione Europea prospettata dall’appellante, il quale sostiene che l’interpretazione della normativa interna (artt. 45, 47 e 48 del d.lgs. 50/2016, unitamente all’art. 1 comma 53 della legge n. 190/2012) fornita dalla sentenza di prime cure, laddove ha ritenuto che il Consorzio Leonardo fosse obbligato a possedere il requisito della *white list* al fine di partecipare alla gara in questione avente ad oggetto attività riconducibili ai settori c.d. sensibili maggiormente esposti al tentativo di infiltrazione mafiosa, pur non esercitando alcuna attività ad essa correlata, sarebbe incompatibile con i principi eurounitari di massima partecipazione, di tutela delle piccole e medie imprese nell’affidamento degli appalti pubblici e di proporzionalità, nonché dell’apertura alla concorrenza nella misura più ampia possibile, cui è preordinata la stessa normativa in materia di consorzi stabili, contrastando con i considerando numeri 2, 78, 83 e 124 della Direttiva 2014/24/UE, oltre che con il considerando n. 14 della medesima direttiva secondo cui *“la nozione di «operatori economici» dovrebbe essere interpretata in senso ampio ...”*.

7.9.1. Ritiene il Collegio che le prescrizioni di legge e di *lex specialis*, come interpretate dalla sentenza appellata, non contravvengono ai richiamati principi di diritto.

7.9.2. Come evidenziato la normativa interna se, da un lato, consente di cumulare i requisiti tecnico-professionali, per favorire l'attività del consorzio stabile e delle singole consorziate (titolari di SOA inferiori e insufficienti per eseguire il contratto autonomamente), dall'altro non estende l'applicazione di tale meccanismo ai requisiti morali, il cui possesso è imprescindibile in capo al "concorrente-consorzio", in considerazione del suo ruolo di principale protagonista sulla scena della gara cui partecipa, nella quale si pone non in una posizione secondaria o defilata, ma di concorrente a pieno titolo, anche allorché non esegue direttamente le opere, a prescindere, cioè, dalla scelta imprenditoriale di non realizzare, in proprio, i lavori, affidandoli alle sue consorziate.

La società che viene designata quale esecutrice dell'appalto, in forza del criterio del cumulo alla rinfusa, può usufruire del "prestito" dei requisiti tecnico-economici posseduti dal Consorzio aggiudicatario in proprio o come somma dei requisiti posseduti da tutti gli altri consorziati; ma tale meccanismo di "qualificazione" non può essere applicato estensivamente per i requisiti che attengono alla soggettività morale del concorrente, ambito nel quale va inclusa, per natura, anche l'iscrizione alla *white list*, in considerazione dei presupposti contemplati dalle norme in materia, primi fra tutti quelli individuati agli artt. 67 e 84 del D. Lgs. 6 settembre 2011, n. 159-

7.9.3. E tale *ratio* - incentrata sul ruolo fondamentale e primario del Consorzio stabile quale unico "concorrente", anche qualora questo "non esegua" direttamente le prestazioni, affidandole ad una o più consorziate (come si evince anche dall'art. 47, 2° comma, cit., che contempla esplicitamente la "responsabilità solidale" fra consorzio concorrente e impresa esecutrice, con rilievo della posizione del primo, anche sotto

forma operativa, qualora la consorziata indicata non fosse in grado di eseguire o completare le opere, in funzione di garanzia della stazione appaltante)- consente di ritenere l'opzione esecutiva delineata compatibile con i principi euro unitari sopra indicati, senza con ciò comportare una illegittima restrizione del concetto di operatore economico ai fini della partecipazione alle gare pubbliche.

7.9.4. Per le medesime ragioni tale interpretazione, secondo cui il requisito morale è obbligatorio e non può essere "prestato" da una consorziata al Consorzio (come è legittimo per i requisiti tecnico-professionali-operativi), non viola la libertà imprenditoriale dell'operatore economico, tutelata dall'art. 41 della Costituzione.

8. Sono altresì infondate le ulteriori censure dell'appello.

8.1. Infatti, accolto il ricorso incidentale della aggiudicataria, correttamente il primo giudice ha dichiarato improcedibile per carenza di interesse il ricorso principale del Consorzio Leonardo, in quanto quest'ultimo, escluso per carenza della iscrizione alla *white list* dalla gara con nove imprese collocate nella graduatoria finale, non potrebbe conseguire alcuna utilità dall'accoglimento delle doglianze articolate, con cui ha fatto valere solo interesse all'aggiudicazione della procedura, ma non quello strumentale alla sua eventuale rinnovazione.

8.2. Al riguardo deve rilevarsi poi che l'interesse strumentale del partecipante ad ottenere la riedizione della gara non sussiste in capo al soggetto legittimamente escluso dato che, per effetto dell'esclusione, egli rimane privo non soltanto del titolo legittimante a partecipare alla gara ma anche a contestarne gli esiti e la legittimità delle scansioni procedurali; di conseguenza il consolidamento della esclusione dalla procedura di gara rende inammissibile per difetto di legittimazione l'impugnativa dell'aggiudicazione e, più in generale, di tutti i successivi atti della procedura (Consiglio di Stato, sez. V, 1 febbraio 2021, n. 937).

9. In conclusione l'appello del Consorzio Leonardo va respinto in quanto infondato, con assorbimento di ogni altra censura riproposta dalle parti in questa sede.

10. Le spese sono regolate secondo il principio di soccombenza, come da dispositivo, nei rapporti tra l'appellante e l'aggiudicataria Comecar, mentre sono compensate tra le parti e il Comune di Uta, sussistendone giusti motivi alla luce delle peculiarità della vicenda.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante Consorzio Leonardo Servizi e Lavori - "Società Cooperativa Consortile Stabile" alla rifusione delle spese di lite a favore della Co.Me.Car. S.r.l., che liquida forfettariamente in complessivi € 4.000,00 (euro quattromila/00), oltre oneri accessori se per legge dovuti.

Compensa interamente le spese di giudizio tra l'appellante e il Comune di Uta.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Giovanni Grasso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

L'ESTENSORE
Angela Rotondano

IL PRESIDENTE
Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI