

Corso di alta formazione per il personale della ASL di Benevento

Lezione del 11.12.2023

I REQUISITI DI PARTECIPAZIONE ALLE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO DEI CONTRATTI PUBBLICI - I PARTE.

A) I soggetti legittimati a partecipare: gli operatori economici (artt. 65-69 D.Lgs. n. 36/2023).

L'art. 2, comma 1, n. 10) della Direttiva 2014/24/UE, nonché l'art. 2, comma 1, n. 6) della Direttiva 2014/25/UE e l'art. 5 comma 1 n. 2) della Direttiva 2014/23/UE, definiscono un operatore economico nei seguenti termini: *“una persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, che offra sul mercato la realizzazione di lavori e/o di un'opera, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi”*.

Inoltre, i Considerando nn. 14 e 15 della direttiva 2014/24/UE precisano che la nozione di operatore economico deve essere interpretata in modo ampio, al fine di comprendere *“qualunque persona e/o ente che offre sul mercato la realizzazione di lavori e/o di un'opera, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi, a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale ha scelto di operare”*.

Tale disciplina conferma il principio di neutralità delle forme giuridiche degli operatori economici, finalizzato alla massima apertura alla partecipazione dei soggetti che realizzano lavori, che forniscono prodotti o che prestano servizi, alle procedure competitive, evitando qualsiasi discriminazione fondata sulla base della forma giuridica con la quale operano in uno stato membro.

Quanto alla normativa nazionale, il D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (da adesso, il Codice degli Appalti), innovando il previgente D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, disciplina i soggetti delle procedure di evidenza pubblica nella Parte III del Secondo Libro del Codice e, segnatamente, agli artt. 65 - 69.

Per operatore economico deve intendersi, ai sensi dell'art. 1, lett. 1), dell'All. I.1. del codice, cui l'art. 65 espressamente rinvia, *“qualsiasi persona o ente, anche senza scopo di lucro, che, a prescindere dalla forma giuridica e dalla natura pubblica o privata, può offrire sul mercato, in forza del diritto nazionale, prestazioni di lavori, servizi o forniture corrispondenti a quelli oggetto della procedura di evidenza pubblica”*.

Ai sensi del comma 2 dell'art. 65 citato, rientrano nella definizione di operatori economici:

- a) gli imprenditori individuali, anche artigiani, e le società, anche cooperative;
- b) i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422 e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577;
- c) i consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443;
- d) i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro; i consorzi stabili sono formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa;
- e) i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti o costituendi dai soggetti di cui alle lettere a), b), c) e d), i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti;
- f) i consorzi ordinari di concorrenti di cui all'articolo 2602 del codice civile, costituiti o costituendi tra i soggetti di cui alle lettere a), b), c) e d) del presente comma, anche in forma di società ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile;
- g) le aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete ai sensi dell'articolo 3, comma 4-ter, del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, n. 33;

h) i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE) ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240.

Il comma 2 dell'art 65 conferma il principio, di matrice unionale, della neutralità delle forme giuridiche che gli operatori economici possono assumere ai fini della partecipazione alle gare pubbliche.

Conseguentemente, l'elenco di cui al comma 2 dell'art. 65 non ha carattere tassativo, come riconosciuto dalla giurisprudenza unionale (CGUE, C-305-08 del 23.12.2009) e dal giudice nazionale (cfr. TAR Lazio - Roma, Sez. I, n. 654/2021, TAR Lazio - Roma, Sez. III, n. 539/2015).

Il successivo art. 66 disciplina gli “*Operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e di ingegneria*”, indicando le seguenti categorie di operatori economici:

a) i prestatori di servizi di ingegneria e architettura: i professionisti singoli, associati, le società tra professionisti di cui alla lettera b), le società di ingegneria di cui alla lettera c), i consorzi, i GEIE, i raggruppamenti temporanei fra i predetti soggetti che rendono a committenti pubblici e privati, operando sul mercato, servizi di ingegneria e di architettura, nonché attività tecnico-amministrative e studi di fattibilità economico-finanziaria ad esse connesse, ivi compresi, con riferimento agli interventi inerenti al restauro e alla manutenzione di beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici, i soggetti con qualifica di restauratore di beni culturali ai sensi della vigente normativa, gli archeologi professionisti, singoli e associati, e le società da essi costituite;

b) le società di professionisti: le società costituite esclusivamente tra professionisti iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali, nelle forme delle società di persone di cui ai Capi II, III e IV del Titolo V del Libro V del codice civile, oppure nella forma di società cooperativa di cui al Capo I del Titolo VI del Libro V del codice civile, che svolgono per committenti privati e pubblici servizi di ingegneria e architettura quali studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico economica o studi di impatto ambientale;

- c) società di ingegneria: le società di capitali di cui ai Capi V, VI e VII del Titolo V del Libro V del codice civile, oppure nella forma di società cooperative di cui al Capo I del Titolo VI del Libro V del codice civile che non abbiano i requisiti delle società tra professionisti, che eseguono studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico-economica o studi di impatto, nonché eventuali attività di produzione di beni connesse allo svolgimento di detti servizi;
- d) i prestatori di servizi di ingegneria e architettura identificati con i codici CPV da 74200000-1 a 74276400-8 e da 74310000-5 a 74323100-0 e 74874000-6 stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi;
- e) altri soggetti abilitati in forza del diritto nazionale a offrire sul mercato servizi di ingegneria e di architettura, nel rispetto dei principi di non discriminazione e par condicio fra i diversi soggetti abilitati;
- f) i raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti di cui alle lettere da a) a e);
- g) i consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria, anche in forma mista, formati da non meno di tre consorziati che abbiano operato nei settori dei servizi di ingegneria e architettura.

Come per gli operatori economici, anche per i prestatori di servizi di architettura e di ingegneria, la giurisprudenza unionale ha ribadito il principio di neutralità delle forme (crr. CGUE, C-219/19 del 11.6.2020; nonché TAR Lazio – Roma, Sez. I, n. 654/2021).

1.1. I consorzi e i raggruppamenti temporanei di imprese. Peculiarità dei raggruppamenti e vicende (modificabilità, fallimento, recesso).

L'art. 67 del nuovo Codice degli Appalti disciplina la partecipazione alle procedure di gara dei Consorzi stabili e imprese artigiane, rinviando al successivo art. 68 la regolamentazione dei raggruppamenti e dei consorzi ordinari dei concorrenti.

Più precisamente, l'art. 67 del Codice, testualmente prevede che *“1. I requisiti di capacità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei*

soggetti di cui agli articoli 65, comma 2, lettere b), c) e d), e 66, comma 1, lettera g), sono disciplinati dal regolamento di cui all'articolo 100, comma 4.

2. L'allegato II.12 disciplina, nelle more dell'adozione del regolamento di cui all'articolo 100, comma 4, la qualificazione degli operatori economici, fermo restando che per i consorzi di cui all'articolo 65, comma 2, lettera d):

a) per gli appalti di servizi e forniture, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate;

b) per gli appalti di lavori, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento sono posseduti e comprovati dagli stessi sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate.

3. Per gli operatori di cui agli articoli 65, comma 2, lettere c) e d) e 66, comma 1, lettera g), i requisiti generali di cui agli articoli 94 e 95 sono posseduti sia dalle consorziate esecutrici che dalle consorziate che prestano i requisiti. Le autorizzazioni e gli altri titoli abilitativi per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione ai sensi del comma 3 dell'articolo 100 sono posseduti, in caso di lavori o di servizi, dal consorzio esecutore.

4. I consorzi stabili di cui agli articoli 65, comma 2, lettera d), e 66, comma 1, lettera g), 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 nei confronti della stazione appaltante. L'affidamento delle prestazioni da parte dei soggetti di cui all'articolo 65, comma 2, lettere b) e c), ai propri consorziati non costituisce subappalto. I consorzi, di cui agli articoli 65, comma 2, lettere c) e d) e 66, comma 1, lettera g), indicano in sede di offerta per quali consorziati il consorzio concorre. Qualora il consorzio designato sia, a sua volta, un consorzio di cui all'articolo 65, comma 2, lettera c), è tenuto anch'esso a indicare, in sede di offerta, i consorziati per i quali concorre. La partecipazione alla gara in qualsiasi altra forma da parte del consorzio designato dal consorzio offerente determina l'esclusione del medesimo se sono integrati i presupposti di cui all'articolo 95, comma 1, lettera d),

sempre che l'operatore economico non dimostri che la circostanza non ha influito sulla gara, né è idonea a incidere sulla capacità di rispettare gli obblighi contrattuali, fatta salva la facoltà di cui all'articolo 97.

5. I consorzi di cooperative possono partecipare alla procedura di gara, fermo restando il disposto degli articoli 94 e 95, utilizzando requisiti propri e, nel novero di questi, facendo valere i mezzi nella disponibilità delle cooperative che li costituiscono.

6. Per i lavori, ai fini della qualificazione di cui all'articolo 100, nell'allegato II.12 sono stabiliti i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio stabile o ai singoli consorziati che le eseguono. In caso di scioglimento del consorzio stabile per servizi e forniture ai consorziati sono attribuiti pro quota i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi maturati a favore del consorzio e non assegnati in esecuzione ai consorziati. Le quote di assegnazione sono proporzionali all'apporto reso dai singoli consorziati nell'esecuzione delle prestazioni nel quinquennio antecedente.

7. Possono essere oggetto di avvalimento solo i requisiti maturati dallo stesso consorzio.

8. Con riguardo ai consorzi di cui all'articolo 65, comma 2, lettera d), ai fini del rilascio o del rinnovo dell'attestazione di qualificazione SOA, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria sono posseduti e comprovati dai consorzi sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate. La qualificazione è acquisita con riferimento a una determinata categoria di opere generali o specialistiche per la classifica corrispondente alla somma di quelle possedute dalle imprese consorziate. Per la qualificazione alla classifica di importo illimitato è in ogni caso necessario che almeno una tra le imprese consorziate già possieda tale qualificazione ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno una con qualificazione per classifica VII e almeno due con classifica V o superiore, ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno tre con qualificazione per classifica VI. Per la qualificazione per prestazioni di progettazione e costruzione, nonché per la fruizione dei meccanismi premiali di cui all'articolo 106, comma 8, è in ogni caso

sufficiente che i corrispondenti requisiti siano posseduti da almeno una delle imprese consorziate. Qualora la somma delle classifiche delle imprese consorziate non coincida con una delle classifiche di cui all'allegato II.12, la qualificazione è acquisita nella classifica immediatamente inferiore o in quella immediatamente superiore alla somma delle classifiche possedute dalle imprese consorziate, a seconda che tale somma si collochi rispettivamente al di sotto, ovvero al di sopra o alla pari della metà dell'intervallo tra le due classifiche. Gli atti adottati dall'ANAC restano efficaci fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al comma 2".

Dalla lettura della norma emerge che la *ratio* è quella di differenziare, anche su un piano sistematico, i consorzi stabili, denominati (presumibilmente in maniera errata e solo nell'art. 67) "*non necessari*", da quelli ordinari e dai raggruppamenti di concorrenti (da adesso, per brevità RTI).

Il successivo art. 68

Sul punto è necessario chiarire le differenza tra i Consorzi stabili, quelli ordinari e i RTI.

I Consorzi stabili

La principale differenza tra i consorzi stabili e gli altri istituti aggregati è costituita dall'elemento teleologico, laddove, i primi non sono costituiti per il singolo appalto, ma per lo svolgimento di talune attività permanenti nel tempo, dovendo operare, le imprese consorziate, congiuntamente e non occasionalmente nel settore dei contratti pubblici, per un periodo di tempo non inferiore ad almeno 5 anni.

Per essere "stabile" un Consorzio deve essere:

- a) costituito con contratto in forma pubblica;
- b) essere formato da non meno di tre consorziate che hanno stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici dei lavori, servizi, forniture per un periodo di tempo non inferiore a 5 anni;
- c) avere istituito una "comune struttura di impresa" al fine della partecipazione alle gare.

Più precisamente, il consorzio stabile “è un soggetto giuridico autonomo, costituito in forma collettiva e con causa mutualistica, che opera in base a uno stabile rapporto organico con le imprese associate, il quale si può giovare, senza necessità di ricorrere all’avvalimento, dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse, secondo il criterio del «cumulo alla rinfusa; il consorzio è il solo soggetto che domanda di essere ammesso alla procedura e va a stipulare il contratto con l’amministrazione in nome proprio, anche se per conto delle consorziate cui affida i lavori; è il consorzio ad essere responsabile dell’esecuzione delle prestazioni anche quando per la loro esecuzione si avvale delle imprese consorziate, le quali comunque rispondono solidalmente al consorzio per l’esecuzione ai sensi dell’art. 94, comma 1, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 e art. 48, comma 2, d.lg. 18 aprile 2016, n. 50” (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 7.11.2022, n. 9752; Consiglio di Stato, sez. V, 14.12.2021, n. 8331; T.A.R. Campania - Napoli, sez. I, 7.6.2021, n. 3780).

Il Consorzio stabile, giacché dotato di autonomia giuridica distinta da quella delle singole consorziate, nonché di un’organizzazione e di un fondo consortile propri, può scegliere se eseguire direttamente la commessa ovvero se affidarla ad una o più delle imprese consorziate

Sul punto, giova evidenziare che l’art. 47 del D. Lgs. n. 50/2016, in relazione alla partecipazione associata degli operatori economici, ha creato numerose questioni sulla cumulabilità dei requisiti di ordine speciale tra consorzio e consorziate (cd. Cumulo alla rinfusa), dovuta anche alla previsione di due differenti regimi di qualificazione per lavori e servizi e forniture.

Sull’argomento, è recentemente intervenuta l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza del 18.3.2021, n. 5 che ha chiarito: “5. Si chiede, in estrema sintesi, di accertare se, nel caso di consorzio stabile, la consorziata non designata ai fini dell’esecuzione dei lavori, da cui il Consorzio ritrae la propria qualificazione in applicazione del meccanismo del “cumulo alla rinfusa”, ex art. 47, co. 2, d.lgs. n. 50/2016 (ratione temporis vigente), debba essere considerata soggetto terzo rispetto all’organismo consortile. Se così fosse, infatti, data l’equiparazione che verrebbe a

determinarsi con l'impresa ausiliaria nell'avvalimento, ne deriverebbe che anche al caso in cui la consorziata perda il requisito di qualificazione in corso di gara, potrebbe e dovrebbe applicarsi l'art. 89, co. 3, d.lgs. n. 50/2016, con conseguente possibilità per il consorzio stabile di procedere alla sostituzione della stessa, in deroga al principio dell'obbligo del possesso continuativo dei requisiti nel corso della gara e fino all'affidamento dei lavori.

6. Ritiene l'Adunanza Plenaria che al quesito debba darsi risposta affermativa, in forza di una interpretazione dell'art. 89 comma 3 del codice dei contratti pubblici, orientata alla corretta applicazione dell'art. 63 della direttiva 2014/24/UE.

7. Occorre partire dalla peculiare configurazione del consorzio stabile, prevista dall'art. 45, comma 2, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016, rispetto al consorzio ordinario di cui agli artt. 2602 e ss. del codice civile.

7.1. Quest'ultimo, pur essendo un autonomo centro di rapporti giuridici, non comporta l'assorbimento delle aziende consorziate in un organismo unitario costituente un'impresa collettiva, né esercita autonomamente e direttamente attività imprenditoriale, ma si limita a disciplinare e coordinare, attraverso un'organizzazione comune, le azioni degli imprenditori riuniti (cfr., ex multis, Cass. civ., sez. trib., 9 marzo 2020, n. 6569; Cass. civ., sez. I, 27 gennaio 2014, n. 1636). Nel consorzio con attività esterna la struttura organizzativa provvede all'espletamento in comune di una o alcune funzioni (ad esempio, l'acquisto di beni strumentali o di materie prime, la distribuzione, la pubblicità, etc.), ma nemmeno in tale ipotesi il consorzio, nella sua disciplina civilistica, è dotato di una propria realtà aziendale. Ne discende che, ai fini della disciplina in materia di contratti pubblici, il consorzio ordinario è considerato un soggetto con identità plurisoggettiva, che opera in qualità di mandatario delle imprese della compagine. Esso prende necessariamente parte alla gara per tutte le consorziate e si qualifica attraverso di esse, in quanto le stesse, nell'ipotesi di aggiudicazione, eseguiranno il servizio, rimanendo esclusa la possibilità di partecipare solo per conto di alcune associate (cfr., ex multis, Cons. St., sez. V, 6 ottobre 2015, n. 4652, il quale ha statuito l'illegittimità della partecipazione di un

consorzio ordinario che, pur riunendo due società, aveva dichiarato di gareggiare per conto di una sola di esse).

7.2. Non è così per i consorzi stabili. Questi, a mente dell'art. 45, comma 2, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016, sono costituiti "tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro" che "abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa".

E' in particolare il riferimento aggiuntivo e qualificante alla "comune struttura di impresa" che induce ad approdare verso lidi ermeneutici diversi ed opposti rispetto a quanto visto per i consorzi ordinari. I partecipanti in questo caso danno infatti vita ad una stabile struttura di impresa collettiva, la quale, oltre a presentare una propria soggettività giuridica con autonomia anche patrimoniale, rimane distinta e autonoma rispetto alle aziende dei singoli imprenditori ed è strutturata, quale azienda consortile, per eseguire, anche in proprio (ossia senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate), le prestazioni affidate a mezzo del contratto (da ultimo, Cons. St., sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165).

7.3. Proprio sulla base di questa impostazione, la Corte di Giustizia UE (C-376/08, 23 dicembre 2009) è giunta ad ammettere la contemporanea partecipazione alla medesima gara del consorzio stabile e della consorziata, ove quest'ultima non sia stata designata per l'esecuzione del contratto e non abbia pertanto concordato la presentazione dell'offerta (ex multis, Cons. St., sez. III, 4 febbraio 2019, n. 865).

8. Tanto chiarito sul versante della natura giuridica del consorzio stabile, giova fare un ulteriore cenno esplicativo al cd. meccanismo di qualificazione alla "rinfusa" che ha segnatamente caratterizzato la vicenda in causa.

8.1. Trattasi del portato dell'art. 31 comma 1 del D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56, vigente all'epoca dei fatti di causa, per il quale: "I consorzi di cui agli articoli 45, comma 2, lettera c) e 46, comma 1, lettera f), al fine della qualificazione, possono utilizzare sia i requisiti di qualificazione maturati in proprio, sia quelli posseduti dalle singole

imprese consorziate designate per l'esecuzione delle prestazioni, sia, mediante avvalimento, quelli delle singole imprese consorziate non designate per l'esecuzione del contratto. Con le linee guida dell'ANAC di cui all'articolo 84, comma 2, sono stabiliti, ai fini della qualificazione, i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni".

8.2. La disposizione ha avuto vigore sino al 2019. L'art. 1, comma 20, lett. l), n. 1), del D.L. 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 giugno 2019, n. 55, ha eliminato tale regola, ripristinando l'originaria e limitata perimetrazione del cd. cumulo alla rinfusa ai soli aspetti relativi alla "disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo", i quali sono "computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate".

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

9. Quanto sopra, se è vero in via generale in relazione al cumulo di alcuni requisiti necessari alla partecipazione, necessita invece di un distinguo, ai diversi fini dei legami che si instaurano nell'ambito della gara, tra consorzio stabile e consorziate, a seconda se queste ultime siano o meno designate per l'esecuzione dei lavori.

9.1. Solo le consorziate designate per l'esecuzione dei lavori partecipano alla gara e concordano l'offerta, assumendo una responsabilità in solido con il consorzio stabile nei confronti della stazione appaltante (art. 47 comma 2 del codice dei contratti). Per le altre il consorzio si limita a mutuare, ex lege, i requisiti oggettivi, senza che da ciò discenda alcuna vincolo di responsabilità solidale per l'eventuale mancata o erronea esecuzione dell'appalto.

9.2. Si è dinanzi, in quest'ultimo caso, ad un rapporto molto simile a quello dell'avvalimento (non a caso espressamente denominato tale dalla vecchia versione dell'art. 47 comma 2, *ratione temporis* applicabile), anche se, per certi versi, meno intenso: da una parte, infatti, il consorziato presta i requisiti senza partecipare all'offerta, similmente all'impresa avvalsa (senza bisogno di dichiarazioni, soccorrendo la "comune struttura di impresa" e il disposto di legge), dall'altra, pur facendo ciò, rimane esente da responsabilità (diversamente dall'impresa avvalsa).

10. Una forma di avvalimento attenuata dall'assenza di responsabilità dunque.

10.1. Questa constatazione, se intermediata attraverso l'elaborazione logica, è di per sé sufficiente a giustificare l'applicazione alla fattispecie in esame dell'art. 89 comma 3 del codice dei contratti".

In altre parole, "con riferimento alla questione dell'ammissibilità del c.d. "cumulo alla rinfusa" ai consorzi stabili ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti tecnico-finanziari, si deve precisare che nella partecipazione alle gare d'appalto, così come nella fase esecutiva, è il consorzio stabile - e non già ciascuna delle singole imprese sue consorziate - ad assumere la qualifica di concorrente e contraente e, per l'effetto, a dover dimostrare il possesso dei relativi requisiti partecipativi. Pertanto: a) i requisiti speciali di qualificazione s.o.a. devono essere posseduti e dimostrati unicamente dal consorzio stabile, mediante la sola qualificazione e l'attestato s.o.a. del consorzio medesimo; b) detti consorzi partecipano alla procedura di gara utilizzando requisiti di qualificazione "loro propri", ossia la propria attestazione s.o.a.; c) alle consorziate designate per l'esecuzione dell'appalto spetta unicamente dimostrare il possesso dei requisiti di ordine generale, ciò al fine di impedire che possano giovare della copertura dell'ente collettivo, eludendo i controlli demandati alle stazioni appaltanti, fatte salve ovviamente le eccezioni di cui all'art. 48, commi 7-bis, 17, 18, 19, 19-bis e 19-ter" (cfr. T.A.R. Campania - Napoli, sez. I, 19/04/2023, n. 2390).

Unica eccezione al criterio del cd. Cumulo alla rinfusa si rinviene nel settore dei beni culturali, laddove il meccanismo del c.d. cumulo alla rinfusa non può operare "essendo

necessario in tale materia che le imprese indicate come esecutrici siano autonomamente qualificate ad eseguire i lavori (cfr. Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 22 gennaio 2021, n. 49). Vale a tal fine la specialità della disciplina riguardante i lavori nella materia predetta, in cui si richiede il possesso dei requisiti in capo all'impresa consorziata designata per eseguire i lavori. La finalità di tale disciplina è quella di evitare che l'intervento sui beni culturali sia effettuato da soggetti non qualificati, a prescindere dall'esistenza di un soggetto che se ne assuma la responsabilità nei confronti dell'Amministrazione. Si tratta di un profilo che attiene alla funzione di tutela dei beni culturali, che giustifica, sul piano della comparazione dei valori, anche una limitazione della regola della concorrenzialità, con il suo portato del favor participationis (Cons. Stato, Sez. V, 16 gennaio 2019, n. 403 , cit.)” (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 17/03/2022, n. 1950).

Sull'applicazione della nuova disciplina del Consorzi Stabili, si è recentemente espressa la giurisprudenza che ha affermato: *“in ragione dell'interpretazione autentica offerta dall'art. 225, comma 13, d.lg. n. 36/2023 (secondo cui per la partecipazione alle procedure di gara i consorzi possono utilizzare, ai fini della qualificazione, tanto i requisiti maturati in proprio, tanto quelli delle imprese consorziate), se il Consorzio stabile è in possesso, in proprio, dei requisiti partecipativi richiesti dalla legge di gara, a nulla rileva l'assenza della qualificazione SOA in capo alla consorzziata esecutrice dei lavori”* (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 05/05/2023, n. 1761)

I Consorzi Ordinari

I Consorzi ordinari sono disciplinati dall'art. 2602 c.c.

Secondo la disciplina civilistica, *“Con il contratto di consorzio più imprenditori istituiscono un'organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese”*.

Dunque, il Consorzio è principalmente un contratto: utilizzato inizialmente per le pratiche anticoncorrenziali, è divenuto uno strumento che permette alle imprese sia di collaborare con un'organizzazione comune per coordinare l'attività economica dei

singoli consorziati e ottimizzare i risultati (cd. Consorzi interni), sia di istituire un ufficio comune al fine operare con iterzi e con funzione di intermediazione tra questi e le stesse consorziate (cd. Consorzi esterni).

Il consorzio ordinario, pur essendo un autonomo centro di rapporti giuridici, non comporta l'assorbimento delle aziende consorziate in un organismo unitario che costituisce un'impresa collettiva, nè esercita in modo autonomo e diretto l'attività imprenditoriale, bensì si limita a disciplinare e coordinare, attraverso una organizzazione comune, le azioni degli imprenditori riuniti.

Ed invero, *“ai fini della disciplina dei pubblici, il consorzio ordinario deve essere considerato un soggetto con identità plurisoggettiva, che opera in qualità di mandatario delle imprese della compagine, pertanto esso prende parte alla gara necessariamente per tutte le consorziate e si qualifica attraverso di esse, in quanto le stesse, nell'ipotesi di aggiudicazione, eseguiranno il servizio”* (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 18/10/2022, n. 8866).

Quanto alla differenza tra il consorzio ordinario e il consorzio stabile, essa è individuabile *“nel fatto che il consorzio ordinario, pur essendo un autonomo centro di rapporti giuridici, non comporta l'assorbimento delle aziende consorziate in un organismo unitario costituente un'impresa collettiva, né esercita autonomamente e direttamente attività imprenditoriale, limitandosi a disciplinare e coordinare le azioni degli imprenditori riuniti”* (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 18/10/2022, n. 8866).

I Raggruppamenti Temporanei di Impresa

Quanto ai RTI e ai Consorzi stabili, essi sono disciplinati dal successivo art. 68 del Codice, laddove si prevede che *“1. È consentita la presentazione di offerte da parte dei soggetti di cui all'articolo 65, comma 2, lettera e) e lettera f), anche se non ancora costituiti. In tal caso l'offerta deve essere sottoscritta da tutti gli operatori economici che costituiranno i raggruppamenti temporanei o i consorzi ordinari di concorrenti e deve contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, gli stessi operatori conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, da*

indicare in sede di offerta e qualificato come mandatario, il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti.

2. Fatto salvo quanto previsto dal comma 4, in sede di offerta sono specificate le categorie di lavori o le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati, con l'impegno di questi a realizzarle.

3. I raggruppamenti temporanei non possono essere obbligati ad avere una forma giuridica specifica ai fini della presentazione di un'offerta o di una domanda di partecipazione.

4. Le stazioni appaltanti possono:

a) imporre ai raggruppamenti di operatori economici di assumere una forma giuridica specifica dopo l'aggiudicazione del contratto, nel caso in cui tale trasformazione sia necessaria per la buona esecuzione del contratto;

b) specificare nei documenti di gara le modalità con cui i raggruppamenti di operatori economici ottemperano ai requisiti in materia di capacità economica e finanziaria o di capacità tecniche e professionali, purché ciò sia proporzionato e giustificato da motivazioni obiettive.

5. Per la costituzione del raggruppamento temporaneo gli operatori economici devono conferire, con un unico atto, mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, detto mandatario.

6. Il mandato deve risultare da scrittura privata autenticata. La relativa procura è conferita al legale rappresentante dell'operatore economico mandatario. Il mandato è gratuito e irrevocabile e la sua revoca, anche per giusta causa, non ha effetto nei confronti della stazione appaltante. In caso di inadempimento dell'impresa mandataria è ammessa la revoca del mandato collettivo speciale di cui al comma 5 al fine di consentire alla stazione appaltante il pagamento diretto nei confronti delle altre imprese del raggruppamento.

7. Al mandatario spetta la rappresentanza esclusiva, anche processuale, dei mandanti nei confronti della stazione appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto, anche dopo il collaudo, o atto equivalente, fino

all'estinzione di ogni rapporto. La stazione appaltante, tuttavia, può far valere direttamente le responsabilità facenti capo ai mandanti.

8. Il rapporto di mandato non determina di per sé organizzazione o associazione degli operatori economici riuniti, ognuno dei quali conserva la propria autonomia ai fini della gestione, degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali.

9. L'offerta degli operatori economici raggruppati o dei consorziati determina la loro responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante, nonché nei confronti del subappaltatore e dei fornitori. Nell'ipotesi di cui al comma 4, lettera a), la responsabilità solidale di cui al primo periodo concorre con quella del soggetto giuridico nel quale il raggruppamento temporaneo o il consorzio ordinario si sono trasformati. Nel caso di cui al comma 4, lettera a) e nell'ipotesi in cui i concorrenti riuniti o consorziati indicati dal consorzio come esecutori, anche in parte, dei lavori dopo l'aggiudicazione costituiscono tra loro una società anche consortile, ai sensi del Libro V del Titolo V, Capi III e seguenti del codice civile, per l'esecuzione unitaria, totale o parziale, dei lavori, la responsabilità solidale di cui al primo periodo concorre con quella del soggetto giuridico nel quale il raggruppamento temporaneo o il consorzio ordinario si sono trasformati a far data dalla notificazione dell'atto costitutivo alla stazione appaltante e, subordinatamente, alla iscrizione della società nel registro delle imprese. In tale ipotesi la società subentra, senza che ciò costituisca ad alcun effetto subappalto o cessione di contratto e senza necessità di autorizzazione o di approvazione, nell'esecuzione totale o parziale del contratto.

10. Le stazioni appaltanti possono richiedere ai raggruppamenti di operatori economici condizioni per l'esecuzione di un appalto diverse da quelle imposte ai singoli partecipanti, purché siano proporzionate e giustificate da ragioni oggettive.

11. I raggruppamenti e i consorzi ordinari di operatori economici sono ammessi alla gara se gli imprenditori o altro raggruppamento che vi partecipano, oppure gli imprenditori consorziati, abbiano complessivamente i requisiti relativi alla capacità economica e finanziaria e alle capacità tecniche e professionali, ferma restando la necessità che l'esecutore sia in possesso dei requisiti prescritti per la prestazione che

lo stesso si è impegnato a realizzare ai sensi del comma 2. Si applicano in quanto compatibili le disposizioni contenute nell'allegato II.12.

12. Se il singolo concorrente o i concorrenti che intendano riunirsi in raggruppamento temporaneo hanno i requisiti di cui al presente articolo, possono raggruppare altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando, a condizione che i lavori eseguiti da queste ultime non superino il 20 per cento dell'importo complessivo dei lavori e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna sia almeno pari all'importo dei lavori che saranno ad essa affidati.

13. Tutti i partecipanti al raggruppamento e al consorzio ordinario possiedono i requisiti generali di cui agli articoli 94 e 95.

14. La partecipazione alla gara dei concorrenti in più di un raggruppamento o consorzio ordinario, ovvero in forma individuale qualora abbiano partecipato alla gara medesima in raggruppamento o consorzio ordinario, determina l'esclusione dei medesimi se sono integrati i presupposti di cui all'articolo 95, comma 1, lettera d), sempre che l'operatore economico non dimostri che la circostanza non ha influito sulla gara, né è idonea a incidere sulla capacità di rispettare gli obblighi contrattuali.

15. È vietata l'associazione in partecipazione sia durante la procedura di gara sia successivamente all'aggiudicazione. La modifica dei consorzi e dei raggruppamenti è ammissibile nei termini indicati dall'articolo 97 e dal comma 17 del presente articolo.

16. L'inosservanza di quanto prescritto al comma 15 comporta l'esclusione dei concorrenti riuniti in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti, nonché l'annullamento dell'aggiudicazione o la risoluzione del contratto.

17. È ammesso il recesso di una o più imprese raggruppate, sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire. Il recesso è ammesso anche se il raggruppamento si riduce a un unico soggetto.

18. Le previsioni di cui al comma 17 trovano applicazione anche con riferimento ai soggetti di cui all'articolo 65, comma 2, lettere b), c), d) e f).

19. *In caso di procedure ristrette o negoziate oppure di dialogo competitivo l'operatore economico invitato individualmente o il candidato ammesso individualmente nella procedura di dialogo competitivo può presentare offerta o trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti.*

20. *Il presente articolo trova applicazione, in quanto compatibile, nella partecipazione alle procedure di affidamento delle aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete, di cui all'articolo 65, comma 2, lettera g); queste ultime, nel caso in cui abbiano tutti i requisiti del consorzio stabile di cui all'articolo 65, comma 2, lettera d), sono ad esso equiparate ai fini della qualificazione SOA".*

Con specifico riferimento ai **RTI**, ai sensi dell'art. 1, lett. m) dell'Allegato I.1. al Codice dei Contratti, essi sono identificabili come *“un insieme di imprenditori, o fornitori, o prestatori di servizi, costituito o costituendo, anche mediante scrittura privata, allo scopo di partecipare alla procedura di affidamento di uno specifico contratto pubblico mediante presentazione di una unica offerta”*.

Il RTI è un istituto che consente di aggregare più imprese, con differenti capitali, forze, personale e mezzi, al fine di perseguire un obiettivo comune che le singole imprese non potrebbero soddisfare, comunque permettendo, ad ogni singolo operatore, di mantenere autonomia economica e giuridica. E ciò sia con riferimento alla commessa cui partecipa, sia alla possibilità di concorrere contemporaneamente ad altre gare, in proprio o in altri RTI.

Sull'argomento, la giurisprudenza ha chiarito che *“in materia di gare pubbliche, ciascuna impresa partecipante, anche se semplice mandante, può sempre, sia prima che dopo la formale costituzione del RTI, proporre impugnazione contro gli atti e i risultati della gara d'appalto, essendo titolare di autonoma legittimazione ad agire nell'ambito del raggruppamento di imprese, atteso che il fenomeno del raggruppamento di imprese non dà luogo a una entità giuridica autonoma che esclude la soggettività delle singole imprese che lo compongono. La legittimazione processuale delle imprese partecipanti al raggruppamento - che si correla alla posizione sostanziale di interesse legittimo alla regolarità della procedura concorsuale, in*

relazione ai poteri autoritativi che fanno capo alla Stazione appaltante nella fase di evidenza pubblica della selezione del contraente, e alla consequenziale pretesa al risarcimento dei danni (in forma specifica e/o per equivalente monetario) - non viene meno, né trova limite quanto all'oggetto e agli effetti della domanda di annullamento e della connessa domanda risarcitoria, ove taluno degli iniziali litisconsorti, individuati fra le imprese del raggruppamento costituito o costituendo, non impugni gli atti di gara o la sentenza sfavorevole di primo grado, oppure rinunci al ricorso in corso di causa” (cfr. T.A.R. Calabria - Catanzaro, sez. I, 9.11.2022, n.1965).

L'elemento essenziale del RTI è il mandato collettivo speciale con rappresentanza, gratuito e irrevocabile.

Quanto alla rappresentanza, è necessario evidenziare che **col nuovo art. 68 del D. Lgs. n. 36/2023, il Legislatore**, recependo quanto affermato nella sentenza della CGUE del 28.4.2022 (C-642/20), con cui è stata affermata la illegittimità della normativa interna che prevedeva che la mandataria di un RTI dovesse possedere i requisiti in misura maggioritaria, anche prendendo atto della procedura di infrazione n. 2018/2273, **ha rimosso la distinzione tra RTI orizzontale e verticale**, nonché la previsione del necessario possesso dei requisiti in via maggioritaria della mandataria.

Dalla eliminazione della differenza tra RTI orizzontale e verticale è derivato un mutamento del regime della responsabilità dei RTI e dei consorzi ordinari, che rispondono solidamente ed indistintamente, a prescindere dal relativo apporto (comma 9 dell'art. 68).

La disciplina vigente ha mantenuto il principio di corrispondenza tra quota di esecuzione e requisiti di qualificazione, già affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza del 27.3.2019, n. 6, secondo cui *“In applicazione dell'art. 92, comma 2, d.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207, la mancanza del requisito di qualificazione in misura corrispondente alla quota dei lavori, cui si è impegnata una delle imprese costituenti il raggruppamento temporaneo in sede di presentazione dell'offerta, è causa di esclusione dell'intero raggruppamento, anche se lo scostamento sia minimo ed anche nel caso in cui il raggruppamento nel suo insieme*

(ovvero un'altra delle imprese del medesimo) sia in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all'esecuzione dell'intera quota di lavori" (cfr. Consiglio di Stato, ad. plen., 27.3.2019, n. 6).

Sulla possibilità di modifica del RTI

Quanto alla possibilità, nel corso dell'esecuzione del contratto, di recesso del concorrente per esigenze dell'operatore riunito (cd. Modifica in riduzione), sebbene soltanto nel caso in cui la fattispecie non sia attivata per ovviare alla mancanza *ab initio* di un requisito dell'operatore economico che ordina il recesso, l'Adunanza Plenaria, con la sentenza del n. 10 del 27.5.2021, ha chiarito che: "*a) l'articolo 48, commi 17, 18 e 19-ter, del Dlgs n. 50 del 2016, nella formulazione attuale, consente la sostituzione meramente interna del mandatario o del mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese con un altro soggetto del raggruppamento stesso in possesso dei requisiti, nella fase di gara, e solo nelle ipotesi di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, concordato preventivo o di liquidazione o, qualora si tratti di imprenditore individuale, di morte, interdizione, inabilitazione o anche liquidazione giudiziale o, più in generale, per esigenze riorganizzative dello stesso raggruppamento temporaneo di imprese, a meno che - per questa ultima ipotesi e in coerenza con quanto prevede, parallelamente, il comma 19 per il recesso di una o più imprese raggruppate - queste esigenze non siano finalizzate ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara; b) l'evento che conduce alla sostituzione meramente interna, ammessa nei limiti anzidetti, deve essere portato dal raggruppamento a conoscenza della stazione appaltante, laddove questa non ne abbia già avuto o acquisito notizia, per consentirle, secondo un principio di c.d. sostituibilità proceduralizzata a tutela della trasparenza e della concorrenza, di assegnare al raggruppamento un congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno tale da poter riprendere correttamente, e rapidamente, la propria partecipazione alla gara o la prosecuzione del rapporto contrattuale".*

Sull'argomento l'Adunanza Plenaria si è nuovamente pronunciata con la sentenza n. n. 2 del 25.1.2022, evidenziando che *“La modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 d.lg. 18 aprile 2016 n. 50 codice dei contratti pubblici) da parte del mandatario o di una delle mandanti, è consentita non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara, ai sensi dell'art. 48, commi 17, 18 e 19 ter, medesimo codice”*.

Una ulteriore ipotesi di modifica del RTI è prevista nel caso di sottoposizione a procedura concorsuale di una della consorziate.

Sull'argomento, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 9 del 27.5.2021, ha affermato che *“ai sensi dell'art. 48, commi 17, 18 e 19 -ter, d.lg. 18 aprile 2016 n. 50, qualora nella fase di gara l'impresa mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese abbia presentato domanda di concordato preventivo in bianco ai sensi dell'art. 161, comma 6, l. fall. e non abbia ottenuto l'autorizzazione del giudice fallimentare a partecipare alla gara pubblica o a proseguirla ai sensi dell'art. 186 ter, comma 4, l. fall., è consentita la modifica della composizione del raggruppamento temporaneo di imprese solo mediante l'estromissione della mandante, senza la possibilità di sostituire la stessa con altra impresa esterna al raggruppamento temporaneo”*.

Similmente, la successiva sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 10 del 27.5.2021, è stato ribadito che *“in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, concordato preventivo o liquidazione, è ammessa, in fase di gara, soltanto la sostituzione interna del mandatario o del mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese con altro soggetto del raggruppamento in possesso dei requisiti; la sostituzione è ammessa anche per esigenze organizzative del raggruppamento, a condizione che non sia finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara”*.

B) I requisiti generali di partecipazione (artt. 94-99, D. Lgs. n. 36/2023).

Con il termine “*requisiti generali*” vengono indicati i requisiti di idoneità morale e professionale, necessari per partecipare alle gare di appalto.

Essi differiscono dagli specifici requisiti di qualificazione, riguardanti la capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale.

I requisiti generali, uguali per tutte le selezioni evidenziali, a prescindere dall’importo e dal tipo di prestazione, sono riferiti al soggetto che aspira ad aggiudicarsi la gara e si incentrano su parametri sia “morali” che “professionali”.

Essi integrano quindi delle “precondizioni” e costituiscono i presidi tesi a garantire che il (possibile) aggiudicatario soddisfi i parametri di affidabilità morale e professionale e di solvibilità che, secondo l’*id quod plerumque accidit* fanno presumere che eseguirà “bene” la prestazione affidatagli.

Pertanto, con i requisiti generali si cercano di tutelare plurime esigenze.

La prima, si pone in continuità con la tradizione normativa nazionale: come è noto, la contrattualistica pubblica italiana è stata per lungo tempo disciplinata dalla legge di contabilità di Stato e dal successivo regolamento, che disegnavano un sistema puntuale principalmente incentrato sull’ esigenza di difendere l’Amministrazione da frodi e di assicurarsi che il contraente fosse un soggetto “affidabile”: è un filo conduttore, questo, che non è mai venuto meno.

La seconda esigenza di tutela deriva dal diritto europeo.

Pur in un contesto storico, economico e normativo in costante evoluzione e profondamente mutato, il diritto unionale nel tutelare la concorrenza quale bene primario in sè e per sè considerato, non ha mai trascurato che in un sistema economico in cui le Amministrazioni rappresentano una porzione preponderante della committenza, ogni disattenzione verso la moralità degli attori rischierebbe di produrre una concorrenza deviata.

Ve ne è poi, una terza garanzia, dettata dalla tutela del mercato alle infiltrazioni criminali.

Ci si riferisce al “sistema” delle c.d. “interdittive antimafia” mediante il quale lo Stato, condivisibilmente, persegue un interesse che potrebbe definirsi aprioristico in seno al quale convergono considerazioni dettate da politiche di prevenzione ma anche, da considerazioni “etiche”: non si vuole in alcun modo, cioè, che operatori economici sospettati di essere esposti ad infiltrazioni criminali possano concorrere ad aggiudicarsi lavori, servizi, forniture, banditi da soggetti pubblici, e “pagati” dai medesimi.

E ciò prescinde del tutto da ogni considerazione sulla possibile “qualità” dell’opera, fornitura o servizio apprestato dall’impresa interdetta.

Fatte queste necessarie premesse generali, può essere esaminato il dato normativo.

Nel previgente codice, i requisiti generali erano disciplinati unicamente dall’art. 80, che recepiva l’art. 57 della Direttiva 2014/24/UE.

Oggi alla disciplina è stato dedicato l’intero Capo II del titolo IV del Libro II del Codice e, precisamente, gli artt. 94 a 98.

Per descrivere, sotto un profilo più generale, il contenuto dei cinque articoli che ad oggi disciplinano i requisiti generali, appare opportuno utilizzare, con minime modifiche, la Relazione al codice:

I) l’art. 94 individua le cause di esclusione “automatica” - con ciò mutuandosi un aggettivo che si rinviene in numerose decisioni della Corte di Giustizia e della giurisprudenza nazionale, che vale ad evidenziare che sulla sussistenza delle stesse non v’è spazio per alcun margine valutativo della stazione appaltante - nonché dei soggetti destinatari di provvedimenti preclusivi idonei a determinare, “per contagio”, l’esclusione dell’operatore economico;

II) l’art. 95 individua le cause di esclusione “non automatica” tra le quali rientra il c.d. “illecito professionale”, peraltro disciplinato autonomamente dal successivo art. 98;

III) l’art. 96 disciplina il procedimento di esclusione dell’operatore economico. In siffatta norma sono stati indicati gli oneri di comunicazione degli eventi idonei a condurre alla esclusione in capo agli operatori economici ed è stato disciplinato il c.d. “*self cleaning*”;

IV) l'art. 97 contiene la disciplina specifica che riguarda i raggruppamenti di imprese. Proprio per le incertezze applicative che avevano indotto la giurisprudenza ad intervenire a più riprese sul tema, è sembrato corretto, a fini sistematici e di chiarificazione, allocare in questa parte del codice la disciplina della c.d. "sostituzione" od "estromissione" del partecipante al raggruppamento, che, sebbene successiva al verificarsi dell'evento passibile di conseguenze espulsive, in realtà si pone a monte delle iniziative della stazione appaltante e previene l'adozione di misure espulsive; sotto il profilo sostanziale le disposizioni ivi contenute "corrispondono" e "superano" quanto in passato previsto ai commi 17 e 18 dell'art. 48 del decreto legislativo n. 50 del 2016.

In siffatto articolo sono state recepite le indicazioni della giurisprudenza meglio indicate nella parte A della presente relazione.

V) l'art. 98 disciplina partitamente la fattispecie del c.d. illecito professionale, recependo, nella parte dedicata alla elencazione dei reati, l'indicazione già contenuta nelle Linee Guida ANAC n. 6, approvate dal Consiglio dell'Autorità con la delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016 aggiornate al decreto legislativo n. 56 del 19 aprile 2017 con la deliberazione del Consiglio n. 1008 dell'11 ottobre 2017.

Proprio con riferimento all'art. 98, sembra opportuno esprimere le seguenti sintetiche valutazioni.

Può dirsi che il coordinamento dell'art. 98 con la disciplina generale sui motivi di esclusione (artt. 94, 95 e 96) è stato strutturato rimettendo alla disposizione generale in materia di cause di esclusione di cui all'art. 96, sia la disciplina "cornice" in punto di individuazione del momento iniziale di decorrenza del triennio per ciascuna causa non automatica di esclusione, sia la previsione di un onere di comunicazione e produzione da parte dell'operatore economico dei provvedimenti giudiziari, con riguardo alle fattispecie di causa "non automatica" di esclusione che trovi fonte in un provvedimento di una Autorità di settore, ovvero dei provvedimenti giudiziari per quelle integranti reato, e disciplina delle conseguenze dell'inottemperanza a tale onere in punto di decorrenza del periodo triennale di possibile esclusione.

È stata invece rimessa all'art. 98 sull'illecito professionale la individuazione dell'autorità competente a disporre l'esclusione facoltativa nonché la enumerazione e descrizione delle fattispecie rilevanti e dei mezzi di prova delle medesime.

Ivi, peraltro, quanto alle fattispecie penalmente rilevanti, è stata perimetrata la portata dell'obbligo motivazionale in relazione alla diversa valenza dimostrativa delle "fonti" utilizzate dalla stazione appaltante ove si risolve ad avvalersi di tale causa facoltativa di esclusione.