

Pubblicato il 03/08/2016

N. 09036/2016 REG.PROV.COLL.  
N. 05093/2016 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 5093 del 2016, proposto da:  
Manital Scpa, in persona del legale rappresentante pro tempore,  
rappresentata e difesa dall'avv. Gianluigi Pellegrino, con domicilio  
eletto presso il suo studio in Roma, corso del Rinascimento, 11;

*contro*

Consip Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore,  
rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto  
presso il suo studio in Roma, via Principessa Clotilde, 2;  
Agenzia delle Entrate, in persona del legale rappresentante pro  
tempore, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Generale  
dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

*e con l'intervento di*

ad adiuvandum:

Pulistar Professional Srl, in persona del legale rappresentante pro

tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Anglani, Luca Raffaello Perfetti e Mariangela Di Giandomenico, con domicilio eletto presso studio Bonelli Errede in Roma, via Salaria, 259;

Res Nova Spa, Ciannavei Srl, CON.FOR. Service Srl, Euroservice di Mosca Francesca e C. Sas, Futuro 2000 Srl, La Lucentezza Srl, La Veneta Servizi Spa, Manitalidea Spa, PFE Spa, A.ME.F. Multiservice Srl, BCG Elettronica Srl, Euralba Service Srl, L'Ambiente Srl, Puliservice Sas, TPE Tekno Project Engineering Srl, Hortilus e Vivai Srl e Il Poliedro Società Cooperativa, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Gennaro Terracciano e Vincenzo Barrasso, con domicilio eletto presso il loro studio in Roma, piazza San Bernardo, 101;

*per l'annullamento*

- della determinazione di Consip SPA prot. n. 7522/16 del 23.03.2016, con è stata disposta l'esclusione della ricorrente dai lotti 2-11-14 e 16 della procedura aperta per l'affidamento di servizi integrati, gestionale ed operativi, da eseguirsi negli immobili, adibiti prevalentemente ad uso ufficio, in uso a qualsiasi titolo alle Pubbliche Amministrazioni, nonché negli immobili in uso a qualsiasi titolo alle Istituzioni Universitarie Pubbliche ed agli Enti ed Istituti di Ricerca;
- di ogni altro atto presupposto, tra cui il provvedimento n. 117500 del 24.11.2015 dell'Agenzia delle Entrate Ufficio Territoriale di Catania, a base dell'esclusione determinata da Consip;
- di ogni altro atto presupposto, conseguente e/o comunque connesso di Consip, ivi comprese le determinazioni di escussione

della cauzione provvisoria per i predetti lotti, comunicate con note n. 9129/2016 e n. 9130/2016 dell'11 aprile 2016.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consip Spa e dell'Avvocatura Generale dello Stato;

Visti gli atti di intervento ad adiuvandum;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 luglio 2016 il dott. Roberto Caponigro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

#### FATTO

Con l'impugnato provvedimento del 23 marzo 2016, Consip ha disposto l'esclusione di Manital Scpa dai lotti 2, 11, 14 e 16 della gara "per l'affidamento di servizi integrati, gestionali e operativi da eseguirsi negli immobili adibiti prevalentemente ad uso ufficio, in uso a qualsiasi titolo alle pubbliche amministrazioni, nonché negli immobili in uso a qualsiasi titolo alle istituzioni universitarie pubbliche ed agli enti ed istituti di ricerca (ID1299)" per violazione dell'art. 38, comma 1, lett. g), d.lgs. n. 163 del 2006 e del paragrafo 6 del disciplinare di gara in quanto la consorziata Pulistar è risultata sprovvista del requisito di cui alla lett. g), dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 alla data della dichiarazione per l'ammissione alla gara, rendendo, quindi, una falsa dichiarazione.

Con note dell'11 aprile 2016, con riferimento all'esclusione di Manital, Consip ha richiesto l'escussione della cauzione provvisoria.

Il consorzio stabile Manital Scpa ha proposto il presente ricorso, articolando i seguenti motivi di impugnativa:

*Violazione di legge. Eccesso di potere.*

Il carattere materiale dell'errore compiuto dalla consorziata Pulistar, accertato anche dall'Agenzia delle Entrate con atto del 26 marzo 2015, escluderebbe che la dichiarazione resa nel 2014 potesse ritenersi mendace, atteso che la consorziata aveva ritenuto di avere saldato la pregressa partita del 2009 e, d'altra parte, non sarebbe comprensibile perché al dicembre 2013 Pulistar non dovesse imputare il pagamento in primo luogo al saldo del 2009, per il quale vi era già l'iscrizione a ruolo, piuttosto che al 2012 in ordine al quale non vi era stato alcun accertamento esecutivo.

*Violazione di elementari principali in tema di autotutela. Violazione art. 10, comma 3, l. n. 212 del 2000 (statuto del contribuente), 5 bis d.P.R. n. 602 del 1973 e circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 5/E del 21.1.2002. Illegittimità derivata.*

L'esclusione sarebbe inficiata in via derivata dall'illegittimità del provvedimento, in data 24 novembre 2015, di riesame dell'Agenzia delle Entrate che, in quanto espresso presupposto dell'esclusione disposta in danno di Manital, la ricorrente avrebbe interesse ad impugnare.

L'atto di autotutela sarebbe stato adottato senza preavviso neanche nei confronti di Pulistar, pur trattandosi di atto di secondo grado, senza allegare alcun profilo di interesse pubblico che rendesse opportuno il riesame e sulla base di motivazione non idonea a supportarlo.

Il riesame della rettifica, non solo sarebbe privo di qualunque ragione di interesse pubblico, ma produrrebbe anche l'aberrante risultato che

risulterebbero pagate per due volte le stesse imposte relative al 2012 e non ancora quella 2009.

*Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. g), d.lgs. n. 163 del 2006. Difetto di motivazione.*

L'esclusione impugnata risulterebbe disposta con decisivo riguardo ad una assunta mendacità della dichiarazione resa da Pulistar, laddove il pagamento del dicembre 2013 sarebbe idoneo a costituire il saldo di quanto dovuto per il 2009, per cui non rileverebbe alcuna rateazione avendo riguardo alla dichiarazione resa nel giugno 2014 e, in ogni caso, sarebbe errata l'affermazione secondo cui l'ammissione a rateazione sarebbe irrilevante e varrebbe solo pro futuro.

Peraltro, lo stesso atto impugnato riferirebbe la disposta esclusione di Manital ad una affermata mendacità della dichiarazione resa in gara, il che sarebbe astrattamente riferibile alla sola cartella relativa al 2009.

Sarebbe contrastante con pacifici principi comunitari l'assunto per cui, nel corso della lunga gara, basterebbe il ritardo di qualche giorno nell'adempimento degli obblighi fiscali per generare l'esclusione.

*Violazione e falsa applicazione degli artt. 34, comma 1, lett. c), e 36 d.lgs. n. 163 del 2006. Falsa applicazione dell'art. 37, comma 9, d.l.s. n. 163 del 2006, Difetto di motivazione.*

Ove si fosse ritenuto di non superare gli addebiti mossi a Pulistar, l'effetto avrebbe dovuto essere circoscritto all'esclusione di questa dal novero delle consorziate possibili esecutrici, mentre non avrebbe potuto determinare l'esclusione del concorrente Consorzio stabile.

La consorziata (all'1% di quote e che non porta alcun requisito in gara) sarebbe stata indicata quale eventuale mera esecutrice delle prestazioni, mentre unico interlocutore contrattuale dalla p.a. sarebbe

il Consorzio stabile, appartenente alla categoria dei concorrenti individuali.

Nei consorzi stabili, la modifica della composizione della compagine integrerebbe una vicenda meramente interna, irrilevante nel rapporto esterno tra stazione appaltante e Consorzio.

Le modificazioni soggettive “in riduzione”, peraltro, sarebbero state ammesse anche per ATI e consorzi ordinari e ciò in ragione della ratio del divieto, che è quella di evitare che sopraggiungano concorrenti non verificati in sede di ammissione.

Manital ha chiesto la mera estromissione della consorziata indicata, non già la sua sostituzione.

La consorziate indicate quali esecutrici devono possedere i requisiti di moralità, ma sarebbe irragionevole e contrario a legge che la carenza di tali requisiti possa riverberarsi negativamente sulla partecipazione del consorzio concorrente.

La modifica in mera riduzione sarebbe pienamente rispettosa del principio in base al quale deve essere evitato che attraverso il Consorzio stabile l'appalto sia eseguito da un'impresa che non ne avrebbe i requisiti.

Diversamente, andrebbe chiesto al giudice europeo se non contrasti con i principi di proporzionalità e irrilevanza del fatto del terzo l'interpretazione della norma nazionale secondo cui un Consorzio stabile debba essere escluso perché carente del requisito generale una consorziata indicata come possibile esecutrice e che non porta alcun requisito tecnico.

*Violazione di legge. Violazione dell'art. 75 d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione degli artt. 3 e 41 Cost. nonché del principio comunitario di proporzionalità. Eccesso di potere.*

I principi costituzionali ed i principi comunitari in tema di regolare concorrenza tra le imprese imporrebbero di escludere che un'impresa possa così pesantemente rispondere per fatto interamente addebitabile ad altra impresa.

Consip, in relazione all'impugnazione del provvedimento di autotutela dell'Agenzia delle Entrate del 24 novembre 2015, ha eccepito: la carenza di legittimazione attiva non essendo Manital titolare del rapporto controverso; la tardività in quanto l'atto sarebbe noto da mesi poiché acquisito in precedente procedimento giurisdizionale e, vertendosi in tema di legittimità di atti impositivi riservati alla giurisdizione tributaria, l'inammissibilità per difetto di giurisdizione; ha altresì eccepito l'inammissibilità dell'intervento delle consorziate.

Nel merito, Consip e l'Agenzia delle Entrate hanno analiticamente contestato la fondatezza delle censure dedotte concludendo per il rigetto del ricorso.

Pulistar ed altre consorziate sono intervenute in giudizio sostenendo le ragioni della ricorrente e concludendo per l'accoglimento del gravame.

All'udienza pubblica del 13 luglio 2016, la causa è stata trattenuta per la decisione.

## DIRITTO

1. L'eccezione di inammissibilità dell'intervento ad adiuvandum spiegato dalle consorziate è infondata.

L'intervento consentito nel processo amministrativo, ai sensi dell'art. 28, comma 2, c.p.a., è quello di natura adesivo-dipendente, fatto valere dai soggetti titolari di un interesse riflesso rispetto a quello azionato in via principale e non direttamente coinvolto dall'atto

impugnato dalla parte ricorrente, per cui l'interventore ad adiuvandum non è legittimato a proporre domande nuove rispetto a quelle fatte valere dal ricorrente, ma può spiegare argomentazioni adesive alla posizione ed alle richieste della parte ricorrente.

Le intervenienti, quali componenti del Consorzio, sono titolari di un interesse riflesso rispetto a quello del Consorzio Manital, diretto destinatario dell'esclusione, per cui devono ritenersi legittimate ad intervenire in giudizio ad adiuvandum.

2. Il Consorzio stabile Manital ha proposto un duplice ordine di censure: con le prime ha sostenuto che la consorziata Pulistar non sia sprovvista del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. g), d.lgs. n. 163 del 2006 e, quindi, mira a contestare che abbia reso una dichiarazione mendace; con le seconde sostiene che l'effetto di tale assenza di requisito avrebbe dovuto essere circoscritto all'esclusione di Pulistar dal novero delle consorziate possibili esecutrici, mentre non avrebbe potuto determinare l'esclusione del concorrente Consorzio stabile.

Il criterio logico di graduazione delle censure nella presente azione di annullamento impone di esaminare prioritariamente il primo ordine di censure in quanto l'interesse di Manital, pur volto in generale ad ottenere la rimozione della propria esclusione e la conseguente possibilità di partecipazione alla gara, può dirsi innanzitutto rivolto ad ottenere che l'eventuale esecuzione della prestazione, in caso di aggiudicazione, possa essere eseguita con tutte le consorziate indicate in sede di offerta e, quindi, avvalendosi anche dell'attività esecutiva di Pulistar.

Ove tali censure dovessero ritenersi infondate, invece, dovrebbe essere esaminate il secondo nucleo di doglianze proposte volte ad



ottenere che l'esclusione della Pulistar non si riverberi sull'esclusione dell'intero Consorzio.

2.1 I motivi di impugnativa con cui la ricorrente ha contestato la circostanza che Pulistar abbia reso una dichiarazione mendace sono infondati.

La Consip, con l'impugnato provvedimento del 23 marzo 2016, ha disposto l'esclusione della Manital Scpa dai lotti 2, 11, 14 e 16 della gara "per l'affidamento di servizi integrati, gestionali e operativi da eseguirsi negli immobili adibiti prevalentemente ad uso ufficio, in uso a qualsiasi titolo alle pubbliche amministrazioni, nonché negli immobili in uso a qualsiasi titolo alle istituzioni universitarie pubbliche ed agli enti ed istituti di ricerca (ID1299)" per violazione dell'art. 38, comma 1, lett. g), d.lgs. n. 163 del 2006 e del paragrafo 6 del disciplinare di gara in quanto la consorziata Pulistar è risultata sprovvista del requisito di cui alla lett. g), dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 alla data della dichiarazione per l'ammissione alla gara, rendendo, quindi, una falsa dichiarazione.

Nell'atto impugnato, la Consip ha premesso che nella "dichiarazione necessaria" Pulistar Professional ha attestato, in data 16 giugno 2014, che "l'impresa non ha commesso gravi violazioni, ai sensi dell'art. 48 bis commi 1 e 2 bis del d.P.R. n. 602/1973, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana", mentre l'istruttoria intrapresa ha evidenziato, in particolare, irregolarità fiscali definitivamente accertate, come emerge dai due certificati rilasciati alla Consip Spa dall'Agenzia delle Entrate di Catania del 13 gennaio 2015 e del 14 gennaio 2015, per cui ha chiesto la produzione di memorie scritte e documenti giustificativi della risultanza emersa.

Nella motivazione, con riferimento alla cartella di euro 23.892,00 notificata in data 8 luglio 2013 e relativa ad un obbligo tributario per l'anno 2009, il provvedimento impugnato ha indicato che:

Manital ha asserito che la Pulistar Professional Srl ha effettuato, in data 20 dicembre 2013, un versamento con il modello F24 per un importo di euro 36.000,00, riferendolo erroneamente solo al saldo IVA anno 2012 e, conseguentemente, ha presentato all'Agenzia delle Entrate di Catania istanza di correzione dei dati indicati nel citato modello F24;

l'Agenzia delle Entrate ha accolto con esito positivo detta istanza con atto del 26 marzo 2015;

l'Agenzia delle Entrate di Catania, con atto del 24 novembre 2015, in revisione del precedente atto del 26 marzo 2015, ha rigettato, *melius re perpensa*, l'istanza di correzione presentata da Pulistar Professional Srl.

Di qui, la stazione appaltante ha rappresentato la persistenza della posizione debitoria originaria della Pulistar Professional Srl in relazione alla cartella notificata in data 8 luglio 2013 e relativa ad un obbligo tributario per l'anno 2009.

La stazione appaltante ha specificato, peraltro, che la posizione debitoria sussiste anche in relazione alla cartella per l'anno 2012 seppure detta cartella è stata notificata in data successiva a quella in cui è stata resa la dichiarazione sostitutiva della ricorrente ed è stata oggetto di rateizzazione.

La Consip ha ancora evidenziato, tra l'altro, che nelle gare d'appalto "la regolarità contributiva e fiscale, richiesta dall'art. 38 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, deve essere mantenuta per tutto l'arco di svolgimento della gara, fino al momento dell'aggiudicazione,

sussistendo l'esigenza della stazione appaltante di verificare l'affidabilità del soggetto partecipante alla gara fino alla conclusione della stessa, restando irrilevante un eventuale adempimento tardivo degli obblighi contributivi e fiscali, ancorché con effetti retroattivi, giacché la (ammissibilità della) regolarizzazione postuma si tradurrebbe in un'integrazione dell'offerta, configurandosi come violazione della par condicio ( cfr. Cons. Stato, V n. 1647 del 2014 e Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 5 r 6 del 2016) ”.

Le doglianze proposte in parte qua dalla ricorrente non colgono nel segno.

Pulistar ha attestato in data 16 giugno 2014 che “l'impresa non ha commesso gravi violazioni, ai sensi dell'art. 48 bis commi 1 e 2 bis del d.P.R. n. 620/1973, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e delle tasse, secondo la legislazione italiana”.

Alla data del 16 giugno 2014, tuttavia, sussisteva una irregolarità definitivamente accertata relativa alla cartella di euro 23.892,00 notificata in data 8 luglio 2013 e non impugnata, per un obbligo tributario dell'anno 2009, per cui, a tale data, Pulistar non possedeva il requisito della c.d. regolarità fiscale di cui all'art. 38, comma 1, lett. g) del d.lgs. n. 163 del 2006 *ratione temporis* vigente.

Infatti, ai sensi dell'art. 38, comma 2, del codice dei contratti pubblici, ai fini del comma 1 lett. g), si intendono gravi le violazioni che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse per un importo superiore all'importo di cui all'art. 48 bis, commi 1 e 2 bis, del decreto del Presidente della Repubblica n. 602 del 1973 (euro 10.000,00) e costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle

relative all'obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse certi, scaduti ed esigibili.

Di talché, già sulla base di tali oggettive constatazioni avrebbe potuto ritenersi insussistente il requisito di regolarità fiscale.

Ad ogni buon conto, la nota dell'Agenzia delle Entrate di Catania che, in data 26 marzo 2015, ha accolto l'istanza di correzione dei dati del modello F24 con cui, il 20 dicembre 2013, l'impresa ha effettuato un versamento per un importo di euro 36.000,00 è stata superata dalla successiva nota con cui la stessa Agenzia delle Entrate, in data 24 novembre 2015, ha rigettato, *melius re perpensa*, l'istanza di correzione.

In particolare, con tale atto, non impugnato dal diretto destinatario Pulistar, l'Agenzia delle Entrate di Catania, in esito all'istanza presentata in data 21 novembre 2014, tendente ad ottenere una correzione della imputazione dei pagamenti effettuati con modello F24 del 20 dicembre 2013, ha comunicato alla stessa Pulistar Professional che, da un attento riesame della pratica, è emerso quanto segue:

a seguito della liquidazione dei modelli 770 2010 ed Unico 2010, scaturivano esiti a debito per i quali, in assenza dei dovuti versamenti, si procedeva alla rituale formazione dei ruoli, notificati con la cartella in data 8 luglio 2013;

a seguito di tale notifica, la società non ha provveduto ad effettuare alcun versamento presso il concessionario per la riscossione, così come previsto dalla normativa di riferimento; né ha fornito dati o elementi non considerati o valutati erroneamente nella liquidazione dei tributi; detta cartella non risulta, altresì, impugnata;

il 20 dicembre 2013 veniva effettuato un versamento a saldo dell'IVA dovuta per il periodo d'imposta 2012, di euro 36.000,00, a fronte di un'imposta a saldo dichiarata di euro 47.000,00.

L'Agenzia, considerato che il versamento è stato effettuato con un codice tributo ed un anno di riferimento relativi ad un'imposta effettivamente dovuta per il periodo d'imposta 2012, che per gli importi relativi all'anno 2009 è già intervenuto un controllo automatizzato da parte dell'Agenzia delle Entrate, portato a conoscenza con notifica della cartella in data 8 luglio 2013, precedente il versamento oggetto di istanza (avvenuto il 20 dicembre 2013), in revisione di precedenti comunicazioni – cui comunque non sono seguite le necessarie operazioni a sistema - ha comunicato la non accoglibilità dell'istanza.

La inoppugnabilità di tale atto, che non ha accolto l'istanza di rettifica proposta dalla Pulistar, rende evidente che, alla data in cui è stata resa (16 giugno 2014), la dichiarazione era mendace in quanto sussisteva una violazione grave, definitivamente accertata, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse.

Tale modus procedimentale, inoltre, costituisce, corretta applicazione di una normativa interna senz'altro compatibile con la normativa europea in materia.

L'art. 45, punto 2, lett. f), della direttiva 2004/18/CEE dispone che può essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni operatore economico che non sia in regola con gli obblighi relativi al pagamento delle imposte e delle tasse secondo la legislazione del paese dove è stabilito o del paese dell'amministrazione aggiudicatrice.

L'art. 57, comma 2, della direttiva 2014/24/UE stabilisce che un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura

d'appalto se l'amministrazione aggiudicatrice è a conoscenza del fatto che l'operatore economico non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali e se ciò è stato stabilito da una decisione giudiziaria o amministrativa avente effetto definitivo e vincolante secondo la legislazione del paese dove è stabilito o dello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice.

L'art. 38, comma 1, lett. g), del d.lgs. n. 163 del 2006, quindi, è del tutto coerente con la richiamata normativa europea.

Inoltre, premesso che, comunque, nella fattispecie in esame non risulta esservi stata una regolarizzazione postuma in sede di gara, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 29 febbraio 2016, nn. 5 e 6 ha precisato con riferimento all'irregolarità contributiva, ma dettando principi certamente riferibili anche all'irregolarità fiscale, che, per quanto riguarda il principio della parità di trattamento e dell'autoresponsabilità (per i quali è fatto rinvio alla fondamentale sentenza dell'Adunanza Plenaria 25 febbraio 2014, n. 9), è fin troppo evidente che l'applicazione della "regolarizzazione postuma" finirebbe per consentire ad una impresa di partecipare alla gara senza preoccuparsi dell'esistenza a proprio carico di una irregolarità contributiva, potendo essa confidare sulla possibilità di sanare il proprio inadempimento in caso di aggiudicazione (e, dunque, a seconda della convenienza).

Si arriverebbe, in tal modo, a consentire all'offerente – che pur a conoscenza di una irregolarità contributiva abbia reso una dichiarazione volta ad attestare falsamente il contrario – di beneficiare di una facoltà di regolarizzazione postuma della sua posizione, andando così a sanare, non una mera irregolarità formale, ma la mancanza di un requisito sostanziale, mancanza aggravata

dall'aver reso una dichiarazione oggettivamente falsa in ordine al possesso del requisito.

Una simile generalizzata possibilità di sanatoria – della dichiarazione falsa e della mancanza del requisito sostanziale – darebbe vita, prosegue la sentenza dell'Adunanza Plenaria, ad una palese violazione del principio della parità di trattamento e dell'autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno di essi sopporta le conseguenze di errori, omissioni e, a fortiori, delle falsità commesse nella formulazione dell'offerta e nella presentazione delle dichiarazioni (cfr. ancora Cons. Stato, Ad. Plen. 25 febbraio 2014, n. 9).

Il Collegio, pertanto, ritiene che, come detto, la disciplina nazionale sia del tutto coerente con quella europea e che la stazione appaltante abbia fatto corretto uso del proprio potere vincolato, atteso che una diversa esegesi ed applicazione delle norme si rivelerebbe inevitabilmente contraria al principio della par condicio tra le imprese concorrenti, principio che, al pari quello del favor participationis, costituisce l'asse portante della normativa europea e nazionale in materia di scelta del contraente negli appalti pubblici.

2.2 La ricorrente ha ancora sostenuto che la sua esclusione sarebbe inficiata in via derivata dall'illegittimità del provvedimento 24 novembre 2015 di riesame dell'Agenzia delle Entrate che, in quanto espresso presupposto dell'esclusione disposta in danno di Manital, la ricorrente avrebbe interesse ad impugnare.

Consip ha eccepito sotto più profili l'inammissibilità di tale impugnazione.

Il Collegio rileva in proposito che la ricorrente non è titolare del rapporto tributario sottostante a tale atto, che riguarda solo ed

esclusivamente la consorziata Pulistar, per cui, non essendo legittimato ad impugnare direttamente ed in via autonoma lo stesso, la proposta azione di annullamento deve ritenersi inammissibile

Tuttavia, essendo l'atto di autotutela dell'Agenzia delle Entrate di Catania del 24 novembre 2015 indubbiamente connesso alle ragioni per le quali il Consorzio Manital è stato escluso dalla gara, detto atto, che, come detto, non può essere oggetto di giudizio in via principale, assume rilievo quale presupposto di legittimità del provvedimento amministrativo lesivo adottato dalla stazione appaltante, potendo di conseguenza il giudice amministrativo accertarne incidenter tantum la legittimità al fine di verificare la correttezza dell'attività amministrativa che ha portato all'esclusione di Manital.

Il giudice amministrativo, quindi, ove le relative censure si rivelassero fondate, non avrebbe il potere di annullamento dell'atto non potendo sindacare lo stesso in via principale, ma, potendone conoscere in via incidentale al fine di delibare la legittimità dell'atto direttamente lesivo della ricorrente, vale a dire l'esclusione dai lotti 2, 11, 14 e 16, potrebbe disapplicarlo ai fini della decisione della controversia.

Di talché, l'eventuale accoglimento di tali censure non potrebbe consentire la partecipazione di Pulistar all'appalto, che è il bene della vita complessivo che Manital ha cercato di ottenere proponendo le prime censure, mentre potrebbe consentire di accertare l'illegittimità dell'esclusione della ricorrente, consentendo in tal modo la partecipazione della stessa alla gara, sia pure non potendo più contare sulla consorziata come esecutrice.

Il bene della vita che può essere conseguito, in definitiva, è lo stesso che può essere conseguito con l'accoglimento del secondo ordine di



censure e poiché, come si vedrà infra, queste ultime si rivelano fondate, le doglianze sulla legittimità dell'atto di autotutela del 24 novembre 2015, pur conoscibili da questo giudice incidenter tantum, rimangono assorbite, non potendo far conseguire alla ricorrente alcun ulteriore beneficio.

2.3 Le censure secondo cui l'effetto dell'assenza del requisito avrebbe dovuto essere circoscritto all'esclusione di Pulistar dal novero delle consorziate possibili esecutrici, ma non avrebbe potuto determinare l'esclusione del concorrente Consorzio stabile sono fondate e devono essere accolte.

L'art. 34, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006 ammette a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'art. 2615-ter c.c., tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro.

Per consorzi stabili, ai sensi dell'art. 36 d.lgs. n. 163 del 2006, si intendono quelli in possesso dei requisiti previsti dall'art. 40, 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, forniture, per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa.

L'art. 37, comma 9, del codice del 2006 vieta qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta.

Il principio di immodificabilità dei soggetti che partecipano alla gara, sancito da tale ultima disposizione nella disciplina dettata per

raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari, non trova un analogo riscontro nell'art. 36 che disciplina i consorzi stabili.

Tuttavia, il quinto comma dell'art. 36 dispone che i consorzi stabili sono tenuti ad indicare in sede di offerta per quali consorziati il Consorzio concorre, essendo fatto divieto a questi ultimi di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara e, soprattutto, l'art. 94 del d.P.R. n. 207 del 2010 stabilisce che i consorzi stabili di cui agli artt. 34, comma 1, lett. c), e 36 del codice dei contratti eseguono i lavori 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.

Le prestazioni contrattuali assunte dal Consorzio, in base al chiaro ed inequivoco tenore della disposizione regolamentare, pertanto, possono essere eseguite solo nei seguenti due modi: direttamente o attraverso le imprese consorziate specificamente indicate in sede di gara (senza che in tal caso sia configurabile un subappalto).

Ne consegue che l'assenza nell'ambito dell'art. 36 del d.lgs. n. 163 del 2006 di una norma analoga a quella che, all'art. 37, comma 9, sancisce il principio di immodificabilità dei soggetti partecipanti alla gara per i raggruppamenti temporanei ed i consorzi ordinari non si traduce sic et simpliciter nella possibilità per i consorzi stabili di modificare in corso d'opera le imprese che, in sede di offerta, sono state indicate per l'esecuzione dell'appalto.

In proposito, la giurisprudenza ha chiarito che l'attenzione del legislatore, il quale nel codice dei contratti impone l'obbligo di "... indicare in sede di offerta per quali consorziati il consorzio concorre" (art. 36, comma 5) sia per i consorzi stabili, sia per quelli

fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422 (art. 37, settimo comma), rende evidente come, in assenza di una differente e specifica indicazione, in sede esecutiva il Consorzio aggiudicatario debba avvalersi solo ed esclusivamente delle prestazioni dell'impresa specificamente designata in sede di gara; una volta fatta la designazione in sede di offerta, il Consorzio non può individuare ad libitum un'ulteriore impresa anche se questa è una sua associata, dovendo ritenersi del tutto preclusa - fatti salvi gli altri casi specificamente individuati dal codice - ogni possibilità di far luogo ad un meccanismo di ulteriori designazioni di soggetti, non previamente indicati in sede di gara dal Consorzio (cfr. Cons. Stato, IV, 3 luglio 2014, n. 3344 richiamata anche in Cons. Stato, IV, 3 maggio 2016, n. 1717 pronunciata in altro giudizio tra la ricorrente Manital e la Consip).

D'altra parte, indipendentemente dalla tipologia del Consorzio partecipante ad una gara, stabile o ordinario, esso deve dimostrare il possesso dei requisiti generali di tutti i consorziati che vengono individuati come esecutori delle prestazioni scaturenti dal contratto ed infatti, tutti i soggetti che, a qualunque titolo, concorrono all'esecuzione di appalti pubblici devono essere in possesso dei requisiti morali di cui all'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 (ex multis: Cons. Stato, V, 17 maggio 2012, n. 2825).

In sostanza, la circostanza che il divieto di cui all'art. 37, comma 9, d.lgs. n. 163 del 2006 non sia con analoga formulazione previsto per i consorzi stabili, non preclude alla norma regolamentare di attuazione di stabilire, in presenza della richiamata previsione di cui all'art. 36, comma 5, del codice dei contratti pubblici, che le

prestazioni contrattuali devono essere eseguite dai consorzi stabili con la propria struttura o con i consorziati indicati in sede di gara.

L'ipotesi scrutinata nel presente giudizio, però, presenta caratteri sostanzialmente differenti in quanto il Consorzio stabile ricorrente, deducendo di essere in possesso delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione dell'appalto a prescindere dalla presenza della consorziata Pulistar, indica in sostanza di non voler provvedere ad una modificazione soggettiva delle imprese esecutrici della prestazione avendo chiesto la mera estromissione della consorziata, non già la sua sostituzione, per cui la modificazione soggettiva del Consorzio avverrebbe "in riduzione", vale a dire con la mera assenza di Pulistar, e non "in sostituzione", vale a dire con la sostituzione di Pulistar da parte di un'altra consorziata non indicata in sede di offerta.

In tal senso, Manital, in ambito endoprocedimentale, con nota del 30 marzo 2015, ha rappresentato a Consip che "avendo la scrivente tutti i requisiti di gara ed avendo indicato più consorziate esecutrici tra loro ampiamente fungibili ... è sempre possibile la esclusione di una di esse con il mantenimento delle altre quali soggetti esecutori".

Nell'ipotesi di modificazione "in riduzione", il Collegio ritiene che non sussistano le ragioni che inducono a disporre l'esclusione del Consorzio in caso di insussistenza di un requisito di ordine generale da parte di una consorziata.

In primo luogo, il richiamato art. 94 del d.P.R. n. 207 del 2010 stabilisce che i consorzi stabili di cui agli artt. 34, comma 1, lett. c), e 36 del codice dei contratti eseguono i lavori o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara, per cui, venuta meno l'esecuzione della prestazione da parte di uno dei consorziati in sede

di gara, il Consorzio può senz'altro provvedere all'esecuzione diretta della prestazione stessa (o, eventualmente, tramite i consorziati indicati in sede di gara).

Inoltre, la ragione essenziale della immodificabilità soggettiva del Consorzio partecipante ad una gara, stabile o ordinario, è individuabile nella circostanza che esso deve dimostrare il possesso dei requisiti generali di tutti i consorziati che vengono individuati come esecutori delle prestazioni scaturenti dal contratto ed infatti, tutti i soggetti che, a qualunque titolo, concorrono all'esecuzione di appalti pubblici devono essere in possesso dei requisiti morali di cui all'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 (ex multis: Cons. Stato, V, 17 maggio 2012, n. 2825), laddove, ove si facesse luogo a sostituzione, diverrebbe esecutore di una parte delle prestazioni un soggetto i cui requisiti non sono stati verificati in sede di ammissione alla gara.

Tale vulnus al regolare espletamento della procedura selettiva, invece, non è riscontrabile nel caso di specie in cui non vi è alcun subentro di un'impresa ad un'altra, ma l'esecuzione diretta o tramite altra consorziata indicata in sede di offerta (i cui requisiti, quindi, sono stati verificati in sede di ammissione) di una parte della prestazione, prima affidata ad altro soggetto.

Sotto un profilo di carattere generale, occorre altresì osservare che l'attività esegetica delle norme che disciplinano lo svolgimento degli appalti pubblici deve essere ispirato costantemente al principio del *favor participationis*.

La compresenza della duplice esigenza volta alla tutela della concorrenza tra le imprese ed al buon uso del denaro della collettività è stata delineata anche dalla giurisprudenza europea la quale, nel dichiarare che uno degli obiettivi della normativa

comunitaria in materia di appalti pubblici è costituito dall'apertura alla concorrenza nella misura più ampia possibile e che è nell'interesse del diritto comunitario che venga garantita la più ampia partecipazione possibile di offerenti ad una gara d'appalto, ha aggiunto che siffatta apertura alla concorrenza è prevista non soltanto con riguardo all'interesse comunitario alla libera circolazione dei prodotti e dei servizi, ma anche nell'interesse stesso dell'amministrazione aggiudicatrice che disporrà così di un'ampia scelta circa l'offerta più vantaggiosa e più rispondente ai bisogni della collettività pubblica interessata .

Il considerando 2 della direttiva europea 24 del 2014 pone ancora più chiaramente in rilievo che gli appalti pubblici costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva garantendo contemporaneamente l'uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici.

Le due “anime” della normativa sostanziale dell'evidenza pubblica, in linea di massima, possono e devono essere perseguite contemporaneamente, atteso che la massima partecipazione alla gara è funzionale al perseguimento di entrambe le finalità.

Nondimeno, il principio del favor participationis può entrare in collisione con l'altrettanto fondamentale principio della par condicio, con cui viene garantito il rigoroso rispetto delle regole di gara a tutela di ogni concorrente, con la precisazione però che l'esclusione dalla gara per inosservanza delle previsioni della *lex specialis* può essere disposta solo ove tali previsioni siano poste a tutela di un interesse pubblico effettivo e rilevante, sicché, nell'ottica di favorire la realizzazione delle finalità sottese alla normativa in materia, è in atto

un processo di dequotazione delle carenze formali che precludono l'accesso alla gara, di cui sono testimoni, a livello di sistema, l'introduzione del principio di tassatività delle fonti delle cause di esclusione e l'ampliamento del c.d. soccorso istruttorio .

L'evoluzione del sistema, quindi, è nel senso di rendere possibile la partecipazione alla gara a tutte le imprese che, a prescindere da profili solo formali e non lesivi del pubblico interesse, siano in possesso dei requisiti richiesti per concorrere.

Tale è la fattispecie in esame in cui la partecipazione non può essere preclusa al Consorzio ricorrente, in possesso dei requisiti per concorrere, per il solo fatto che una delle consorziate esecutrici sia stata esclusa laddove la prestazione può essere resa direttamente.

Un principio sostanzialmente analogo è stato espresso dalla sentenza della Corte di Giustizia Europea (Grande Sezione) nella causa C. 396/14, in cui il giudice europeo ha dichiarato che “il principio di parità di trattamento degli operatori economici ..... deve essere interpretato nel senso che un ente aggiudicatore non viola tale principio se autorizza uno dei due operatori economici che facevano parte di un raggruppamento di imprese invitato, in quanto tale, da siffatto ente a presentare un'offerta, a subentrare a tale raggruppamento in seguito allo scioglimento del medesimo e a partecipare, in nome proprio, a una procedura negoziata di aggiudicazione di un appalto pubblico, purché sia dimostrato, da un lato, che tale operatore economico soddisfa da solo i requisiti definiti dall'ente di cui trattasi e, dall'altro, che la continuazione della sua partecipazione a tale procedura non comporta un deterioramento della situazione degli altri offerenti sotto il profilo della concorrenza”.

La fattispecie esaminata dalla Corte di Giustizia Europea ha avuto ad oggetto un raggruppamento temporaneo di imprese partecipante ad una procedura negoziata di aggiudicazione, ma il risultato cui è giunto la Corte può essere ritenuto significativo anche per il presente giudizio in quanto espressione di principi generali.

Le due condizioni definite in sede europea sono altresì realizzate nella fattispecie, atteso che Manital dichiara di essere in possesso dei requisiti per la partecipazione anche in assenza di Pulistar e rilevato che la partecipazione alla gara di Manital - non traducendosi, per quanto già esposto, in alcun vulnus all'interesse pubblico ed essendo, di contro, coerente con la ratio della normativa sull'evidenza pubblica - non sembra affatto determinare un illegittimo deterioramento della situazione degli altri offerenti sotto il profilo della concorrenza.

In conclusione, l'azione di annullamento va accolta in relazione al provvedimento Consip del 26 marzo 2016 laddove ha disposto l'esclusione di Manital Scpa dalla gara nonché agli atti dell'11 aprile 2016 con cui Consip ha disposto nei confronti di Manital Scpa l'escussione della cauzione provvisoria e, per l'effetto, vanno annullati tali atti; va, invece, dichiarata inammissibile l'azione di annullamento proposta avverso il provvedimento dell'Agenzia delle Entrate di Catania nei confronti di Pulistar del 24 novembre 2015.

3. La domanda di risarcimento del danno va respinta in quanto nessun danno la ricorrente dimostra essersi medio tempore prodotto ed in quanto, con l'annullamento della disposta esclusione, il bene della vita perseguito dalla ricorrente, vale a dire la partecipazione alla gara per concorrere all'affidamento dell'appalto nei relativi lotti, è



tutelato in forma specifica per effetto della esecuzione della presente sentenza.

4. Le spese seguono la soccombenza di cui all'azione centrale del presente giudizio, che è indubbiamente l'azione di annullamento del provvedimento Consip del 26 marzo 2016, e, liquidate complessivamente in euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre oneri di legge, sono poste a favore della ricorrente Manital ed a carico della Consip; sussistono giuste ragioni, invece, per compensare le spese del giudizio nei confronti di tutte le altre parti costituite in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Seconda, così dispone sul ricorso in epigrafe:

accoglie l'azione di annullamento proposta avverso il provvedimento Consip del 26 marzo 2016, laddove ha disposto l'esclusione di Manital Scpa dalla gara per i lotti 2, 11, 14 e 16, nonché avverso gli atti dell'11 aprile 2016, con cui Consip ha disposto nei confronti di Manital Scpa l'escussione della cauzione provvisoria e, per l'effetto, annulla tali atti;

dichiara inammissibile l'azione di annullamento proposta avverso il provvedimento dell'Agenzia delle Entrate di Catania nei confronti di Pulistar del 24 novembre 2015;

respinge l'azione di risarcimento del danno.

Condanna la Consip al pagamento delle spese del giudizio, liquidate complessivamente in euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre oneri di legge, in favore della ricorrente Manital Scpa; compensa le spese del giudizio nei confronti delle altre parti costituite.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 luglio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Silvia Martino, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Roberto Caponigro**

**IL PRESIDENTE**  
**Antonino Savo Amodio**

**IL SEGRETARIO**