

GARA – COOPERATIVE SOCIALI – CONSORZI STABILI – CUMULO ALLA RINFUSA –
ILLEGITTIMITÀ DELL'ESCLUSIONE PER VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI
TASSATIVITÀ DELLE CLAUSOLE DI ESCLUSIONE.

TAR Sicilia, Catania, Sez. I, sentenza del 27 luglio 2023, n. 2358

Il TAR di Catania ha stabilito che è illegittima la esclusione di una società cooperativa sociale-consorzio da una gara di appalto di servizi, che sia motivata con riferimento al fatto che una delle società consorziate non ha sottoscritto il protocollo di legalità.

La normativa citata nella *lex specialis* (art. 1, comma 17 della l. 6 novembre 2012, n. 190) non stabilisce affatto che la mancata sottoscrizione (e nemmeno l'accettazione) del protocollo di legalità avrebbe comportato la non ammissione alla gara, stabilendo la lettera della norma che: *“le stazioni appaltanti possono prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione dalla gara”*; pertanto, ove il bando/disciplinare abbia previsto che *“la mancata accettazione delle clausole contenute nel protocollo di legalità costituisce causa di esclusione”*, la relativa clausola sarebbe nulla, in violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione ex art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016.

Inoltre, la mancata sottoscrizione del protocollo di legalità da parte di una delle consorziate, non può essere causa di nullità, trattandosi di un'omissione sanabile attraverso il soccorso istruttorio.

Pubblicato il 27/07/2023

N. 02358/2023 REG.PROV.COLL.

N. 00549/2023 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 549 del 2023, proposto dalla Società Cooperativa Sociale Consorzio "Umana Solidarietà Scs", in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Carmelo Giurdanella e Paolo Vigneri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

il Comune di Regalbuto, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Ignazio Scuderi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Soc. Coop. Soc. Servizi Sociali, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Arturo Merlo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia:

- 1) del verbale del Comune di Regalbuto, in veste di stazione appaltante, del 15 marzo 2023, n. 2, doc. 13, relativo alla verifica della documentazione amministrativa presentata dagli operatori economici partecipanti alla "Procedura di gara aperta per l'affidamento in appalto della gestione in prosecuzione del Progetto "SAI" (Sistema di accoglienza ed integrazione) n. 25 posti – Cat. Ordinari – Triennio 2023/2025 – Periodo 01/07/2023-31/12/2025 – CIG: 9536121000", nella parte in cui per ragioni illegittime ed errate il RUP ha disposto la non ammissione del Consorzio "Umana Solidarietà scs" alle successive fasi di gara;
- 2) del verbale del Comune di Regalbuto, in veste di stazione appaltante, del 22 marzo 2023, n. 3, doc. 18, relativo alla medesima procedura, nella parte in cui è stata richiamata la non ammissione alle successive fasi di gara del Consorzio "Umana Solidarietà scs";

3) delle note del Comune di Regalbuto del 21 marzo 2023, prot. n. 5730, doc. 15, del 22 marzo 2023 prot. n. 5819, doc. 17, e del 30 marzo 2023, prot. n. 6417, nella parte in cui, erroneamente ed illegittimamente, hanno confermato la non ammissione dalla procedura di gara del Consorzio Umana Solidarietà;

4) nonché di tutti gli ulteriori atti amministrativi presupposti, connessi e consequenziali anche se non conosciuti;

per la dichiarazione di nullità relativa

- della clausola del Bando/disciplinare, doc. 1, in cui è stato previsto che: “la mancata accettazione delle clausole contenute nel protocollo di legalità costituisce causa di esclusione dalla gara, ai sensi dell’art. 1, comma 17 della l. 6 novembre 2012, n. 190”;

per l'accertamento

- del diritto del Consorzio Umana Solidarietà alla riammissione in gara, della regolarità della documentazione amministrativa presentata e dell'assenza di legittime cause di esclusione;

e, per l'effetto, per la condanna

- del Comune di Regalbuto a riammettere alla procedura di gara il Consorzio Umana Solidarietà;

con riserva di proporre ricorso per motivi aggiunti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune intimato e;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 giugno 2023 il dott. Calogero Commandatore e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso regolarmente notificato il 14 aprile 2023 e depositato in pari data, la società ricorrente ha premesso:

- di avere partecipato alla "Procedura di gara aperta per l'affidamento in appalto della gestione in prosecuzione del Progetto "SAI" (Sistema di accoglienza ed integrazione) n. 25 posti – Cat. Ordinari – Triennio 2023/2025 – Periodo 01/07/2023-31/12/2025 – CIG: 9536121000", indetta con determina a contrarre del Responsabile del Settore Amministrativo Sociale del Comune di Regalbuto del 7 dicembre 2022 e finanziata con Decreto Ministeriale del 13 ottobre 2022, come rettificata e integrata con determina dell'1 febbraio 2023, n. 40, R.G.D. del 3 febbraio 2023, n. 83;

- che l'appalto, costituito da un unico lotto, ha oggetto il servizio di gestione, alla cui prosecuzione il Comune di Regalbuto è stato autorizzato, del progetto di accoglienza ordinaria per un totale di n. 25 posti, di cui possono beneficiare i titolari di protezione internazionale, minori stranieri non accompagnati e persone in possesso di permessi di soggiorno per casi speciali (vittime di tratta, violenza domestica, grave sfruttamento lavorativo), cure mediche, calamità nel Paese di origine, atti di particolare valore civile;

- di essere stata esclusa dalla procedura per la mancata sottoscrizione del protocollo di legalità e per l'assenza dei requisiti di capacità economica e finanziaria, nonché tecnica e professionale della consorziata "San Vito Società cooperativa sociale" e dei requisiti economico-finanziari della "Cooperativa Opera Prossima s.c.s.", sulla base di quanto dichiarato nei rispettivi DGUE e Moduli B, cfr. docc. 8/11.tutti i consorziati, che costituiscono causa di non ammissione alla successiva fase di gara".

Avverso tale provvedimento, la ricorrente ha interposto il presente gravame articolando i seguenti motivi:

1) Violazione dell'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 e del principio di tassatività delle clausole di esclusione. Violazione e falsa applicazione dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, illegittima assenza di soccorso istruttorio, in quanto, deduce parte ricorrente, che il

Bando/Disciplinare avrebbe previsto che “la mancata accettazione delle clausole contenute nel protocollo di legalità costituisce causa di esclusione”, mentre erroneamente il RUP avrebbe ritenuto che “la mancata sottoscrizione viene intesa come mancata accettazione e non errore materiale non individuandosi altra forma alternativa di accettazione.

2) Violazione e falsa applicazione della *lex specialis*. Errata ricostruzione della fattispecie concreta. Illogicità e contraddittorietà dei provvedimenti impugnati. Violazione e falsa applicazione degli artt. 45, comma 2, lett. c) e 47 del d.lgs. n. 50/2016, in quanto non sarebbero sussistenti le ulteriori causa di esclusione individuate dalla stazione appaltante ossia la mancanza dei requisiti di capacità economica e finanziaria nonché tecnica e professionale per la consorziata San Vito e la mancanza dei requisiti economico-finanziari per la consorziata Opera Prossima.

Si è costituito in giudizio il Comune intimato che ha chiesto il rigetto del ricorso.

Con ordinanza n. 225/2023 del 10 maggio 2023, confermando le statuizioni del decreto presidenziale ex art. 56 c.p.a., ha accolto l’istanza cautelare disponendo l’ammissione con riserva della società ricorrente e compensando le spese di fase.

Si è successivamente costituita l’impresa contro-interessata che ha chiesto il rigetto del ricorso.

All’udienza del 7 giugno 2023, in vista della quale le parti costituite hanno depositato memorie, il ricorso è stato posto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato e va accolto.

Il primo motivo di ricorso è meritevole di accoglimento poiché la normativa citata nella *lex specialis* (l’art. 1, comma 17 della l. 6 novembre 2012, n. 190) non stabilisce affatto che la mancata sottoscrizione (e nemmeno l’accettazione) del protocollo di legalità avrebbe comportato la non ammissione alla gara, stabilendo la lettera della norma che: “*le stazioni appaltanti possono prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto delle*

clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione dalla gara”.

È evidente, allora, che ove il Bando/Disciplinare abbia previsto che *“la mancata accettazione delle clausole contenute nel protocollo di legalità costituisce causa di esclusione”*, la relativa clausola sarebbe nulla in violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione ex art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016.

Da quanto sopra si desume che la mancata sottoscrizione del protocollo di legalità da parte di una delle consorziate non poteva essere causa di nullità, trattandosi di un’omissione sanabile attraverso il soccorso istruttorio (cfr. T.a.r. per l’Abruzzo, sez. I, 12 luglio 2018, n. 294 nonché T.a.r. per la Campania, Salerno, sez. I., 16 marzo 2023, n. 599).

Anche il secondo motivo di ricorso è fondato.

Con riferimento al requisito del fatturato globale, deve osservarsi che quanto ad Opera Prossima, la stessa avrebbe un fatturato globale nel triennio superiore a quello richiesto; e in assenza di specificazioni, in relazione ai requisiti economici-finanziari, riferendosi il bando al *“fatturato globale”* conseguito nel triennio 2019-2021, in assenza di ulteriori specificazioni, si deve ritenere che ci si riferisca al fatturato generale e non medio; in ogni caso, il ritenuto contrasto tra il DGUE (ove è sempre richiesto il fatturato medio) e l’istanza (contrasto evidenziato nel verbale 2), avrebbe dovuto essere oggetto di soccorso istruttorio, venendo in questione documenti formali e non essenziali.

Anche i rilievi avverso la consorziata San Vito non sarebbero fondati in quanto né il bando né la legge stabiliscono che i requisiti debbano essere posseduti in proprio anche dalle singole consorziate designate.

Nel caso sicuramente il consorzio stabile è in possesso di tutti i requisiti richiesti.

Con riferimento alla questione del cumulo alla rinfusa nel consorzio stabile, deve evidenziarsi come il bando non preveda specificamente che i requisiti speciali debbano essere posseduti oltre che dal consorzio anche dalle singole consorziate indicate per l’esecuzione.

Operando una sinossi dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia di c.d.

“cumulo alla rinfusa” nei consorzi stabili è sufficiente richiamare

- l'originario art. 35 del d.lgs. n. 163/2006 secondo cui: *“I requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all'articolo 34, comma 1, lettere b) e c), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi, secondo quanto previsto dal regolamento, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate”*;

- il successivo art. 36, al comma 7, d.lgs. n. 163/2006 ai sensi del quale: *“Il consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate. Per i lavori, la qualificazione è acquisita con riferimento ad una determinata categoria di opere generali o specialistiche per la classifica corrispondente alla somma di quelle possedute dalle imprese consorziate. Per la qualificazione della 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 la 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 40, comma 7, 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 al regolamento, 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”*.

Nel periodo di vigenza del d.lgs. n. 163/2006, pertanto, appariva pacifica la possibilità di applicare il “cumulo alla rinfusa” ai Consorzi stabili, anche per i requisiti tecnico-finanziari

documentati nell'attestato SOA e non posseduti in proprio dall'esecutrice dei lavori individuata dal Consorzio.

Orientamento confermato dall'Adunanza Plenaria con la sentenza del 4 maggio 2021, n. 8, che ha precisato che la cumulabilità alla rinfusa in capo al consorzio è predicabile per i soli requisiti di idoneità tecnica e finanziaria e non già per il possesso dei requisiti generali e morali.

L'art. 47, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 statuisce del pari che: *“I requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi con le modalità previste dal presente codice, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate”*.

Il secondo comma, nella sua originaria formulazione, prevedeva che: *“Per i primi cinque anni dalla costituzione, ai fini della partecipazione dei consorzi di cui all'art. 45, comma 2, lettera c), alle gare, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi previsti dalla normativa vigente posseduti dalle singole imprese consorziate esecutrici, vengono sommati in capo al consorzio”*.

L'art. 31, co. 1, del d.lgs. n. 56/2017 ne modificò il testo, stabilendo che: *“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”*.

Pertanto, per poter spendere i requisiti dei consorziati indicati per l'esecuzione era, quindi, sufficiente la semplice designazione in fase di gara; per poter usufruire di quelli dei consorziati non designati occorreva, invece, ricorrere all'istituto dell'avvalimento.

Con l'entrata in vigore dell'art. 1, comma 1, lett. l), n. 1) del d.l. n. 32/2019 (c.d. Sblocca cantieri), convertito dalla legge n. 55/2019, ha ulteriormente sostituito il comma 2 dell'art. 47 del d.lgs. n. 50 del 2016 ed ha altresì aggiunto il comma 2-bis, in virtù dei quali:

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

- *“La sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara per l'affidamento di servizi e forniture è valutata, a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati. 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”* (comma 2-bis).

Alla luce del suddetto intervento legislativo la giurisprudenza si è divisa.

Per un primo orientamento è favorevole alla permanente operatività del cumulo, nonostante le modifiche introdotte dal D.L. n. 32/2019 (sblocca-cantieri). Si sostiene, in sintesi, la praticabilità del cumulo alla rinfusa in particolare per gli appalti di servizi e forniture in ragione del comma 2 bis dell'art. 47. Per cui non può affermarsi che il singolo consorziato, indicato in gara come esecutore dell'appalto, debba essere a sua volta in possesso dei requisiti di partecipazione. Tale interpretazione sarebbe coerente con la *ratio* concorrenziale che sottende la disciplina dei consorzi stabili e con la relazione illustrativa della legge di conversione del D.L. n. 32/2019, la quale confermerebbe *“che la volontà del*

legislatore era quella di mantenere, anzi, potenziare l'operatività del meccanismo del cumulo alla rinfusa", nella dichiarata prospettiva della "operatività e sopravvivenza di tale strumento pro-concorrenziale" (Consiglio di Stato, sez. V, 29 marzo 2021, n. 2588; T.A.R. Lazio, Sez. II, 7 aprile 2022, n. 4082).

Per un secondo orientamento, maggiormente rigoroso, afferma invece che, anche in relazione ai servizi e alle forniture, è da limitarsi il cumulo alla rinfusa ai soli requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo. Per cui, qualora il consorzio individui una consorziata come esecutrice, quest'ultima dovrà essere autonomamente in possesso del requisito di qualificazione, così come, in caso di esecuzione in proprio ad opera del consorzio, quest'ultimo dovrà possedere autonomamente il requisito.

Questo orientamento interpretativo (Consiglio di Stato, sez. V, 22 agosto 2022, n. 7360; Tar per il Lazio, sez. III, 3 marzo 2022, n. 2571; Tar per il Lazio, sez. I, 7 dicembre 2020, n. 13049) evidenzia che, sul piano letterale, il primo comma dell'art. 47 è chiaro nel consentire il cumulo solo con riferimento a determinati requisiti, ossia attrezzature, mezzi e organico medio, stabilendo che, al di fuori di questo ambito, i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria devono essere posseduti direttamente dal consorzio stabile e non per il tramite delle imprese consorziate. Pertanto, qualora il consorzio indichi una consorziata esecutrice, quest'ultima dovrà essere autonomamente in possesso del requisito di qualificazione.

In questa situazione di incertezza il legislatore è intervenuto, per gestire la fase di passaggio dal vecchio al nuovo Codice, rispolverando addirittura il d.lgs. n. 163/2006 (oltre a confermare la vigenza del D.P.R. 207/2010).

Oggi c'è l'art. 225, comma 13, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36. Trattasi di una norma di interpretazione autentica – che per definizione ha portata retroattiva – secondo cui: *“gli articoli 47, comma 1, 83, comma 2, e 216, comma 14, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, si interpretano nel senso che, in via transitoria, relativamente ai consorzi di cui all'articolo 45, comma 2, lettera c), del medesimo codice, ai fini della partecipazione alle gare e*

dell'esecuzione si applica il regime di qualificazione previsto dall'articolo 36, comma 7, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006 e dagli articoli 81 e 94 del regolamento di esecuzione ed attuazione di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207. L'articolo 47, comma 2-bis, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, si interpreta nel senso che, negli appalti di servizi e forniture, la sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara per l'affidamento di servizi e forniture è valutata a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati, anche se diversi da quelli designati in gara".

Quindi la norma fa rivivere il cumulo alla rinfusa anche per gli appalti di lavori (Cons. Stato, sez. V, 5 maggio 2023, n. 1761, ord.), e, con riferimento, agli appalti di servizi e forniture viene fornita un'interpretazione autentica dell'articolo 47 comma 2-bis del d.lgs. n. 50/2016, per cui la sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara per l'affidamento è valutata a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati, anche se diversi da quelli designati in gara. Dunque, non è necessario che la consorziata esecutrice sia in possesso autonomamente dei requisiti di capacità tecnica/economica richiesti dalla stazione appaltante (v. T.A.R. per la Puglia, sez. III, 3 maggio 2023, n. 715).

Infine, l'argomentazione finale, seppure suggestiva, Comune di Regalbuto non merita accoglimento.

Secondo il Comune, infatti, per la tipologia di appalto in esame sarebbe applicabile il regime previsto dall'art. 10, comma 4, dell'allegato A del d.m. 18 novembre 2019 secondo cui *"nel caso in cui gli operatori attuatori si costituiscano in consorzio, ovvero in ATI/ATS/RTI (associazione temporanea di impresa/associazione temporanea di scopo/raggruppamento temporaneo di impresa), il requisito della pluriennale e consecutiva esperienza nel settore di attività assegnata deve ricorrere per ciascuno degli enti consorziati, associati o raggruppati"*, sicché il disciplinare di gara ha previsto che *"I requisiti di idoneità professionale devono essere posseduti da: - ciascuna delle imprese raggruppate/raggruppande, consorziate/consorziande o GEIE; - ciascuna delle imprese aderenti al*

contratto di rete indicate come esecutrici e dalla rete medesima nel 13 caso in cui questa abbia soggettività giuridica. I requisiti di capacità economica e finanziaria devono essere posseduti dalla mandataria/capogruppo in misura pari ad almeno il 40%; la restante percentuale cumulativamente dalle mandanti o dalle altre imprese consorziate ciascuna nella misura minima del 10%. In ogni caso la mandataria assume il requisito in misura maggioritaria...".

Il disciplinare di Gara con riferimento all'oggetto dell'appalto richiama espressamente il predetto d.m. 18 novembre 2019 così come il bando che prevede: *"7.3 Requisiti di capacità tecnica e professionale (art.83 comma 1 lett.c e commi 6 e 8) a) I concorrenti devono possedere un'esperienza almeno biennale e consecutiva nell'ultimo decennio nell'accoglienza degli stranieri (allegato A, art. 10 Decreto 18 novembre 2019), debitamente documentata, in fase di partecipazione alla gara, mediante dichiarazione sostitutiva resa ai sensi e con le modalità di cui al D.P.R. n. 445/2000" e continua "Stante la particolare procedura di appalto e la speciale regolamentazione da parte del Ministero dell'Interno contenuta nel D.M. 18 novembre 2019, sono da considerarsi di parziale attuazione e solo in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli 47 e 48 del D.Lgs. 50/2016. (Art.10 Linee Guida del DM 18 novembre 2019). In particolare, ai sensi dell'art. 10, comma 4, del D.M. 18 novembre 2019 nel caso in cui gli operatori attuatori si costituiscano in consorzio, ovvero in ATI/ATS/RTI (associazione temporanea di impresa/associazione temporanea di scopo/raggruppamento temporaneo di impresa), il requisito della pluriennale e consecutiva esperienza nel settore di attività assegnata deve ricorrere per ciascuno degli enti consorziati, associati o raggruppati"*

Ciò posto, sia il d.m. 18 novembre 2019 sia il disciplinare il bando di gara, in assenza di disposizioni ed espressioni linguistiche inconciliabili con le fonti di rango primario, devono essere interpretate conformemente alle stesse al fine di assicurare il *favor participationis* (Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2023, n. 1589), sicché le predette previsioni regolamentari e della *lex specialis*, nella loro portata preclusiva della partecipazione, devono ritenersi applicabili ai consorzi ordinari (che sono per natura estemporanei e privi di personalità giuridica) e non ai consorzi stabili, la cui disciplina si rinviene nell'art. 45, comma 2, lett. c),

del d.lgs. n. 50 del 2016, che sono, invece, soggetti dotati di autonoma personalità giuridica, distinta dalle imprese consorziate, configurandosi, dunque, come aggregazioni durevoli di soggetti che nascono da un'esigenza di cooperazione ed assistenza reciproca e che, operando come un'unica impresa, si accreditano all'esterno come soggetto distinto (Cons. Stato, Ad. plen., 18 marzo 2021, n. 5 e C.G.A.R.S., sez. giur., 12 gennaio 2022, n. 32).

In conclusione, il ricorso deve essere accolto con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

In ragione della novità delle questioni giuridiche affrontate, le spese di lite possono compensarsi ad esclusione del rimborso, a cura del Comune costituito, del contributo unificato versato dalla parte ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, e, per l'effetto, annulla i provvedimenti di esclusione impugnati, fatte salve le ulteriori determinazioni della P.A.

Spese compensate, fatto salvo il rimborso, a carico del Comune resistente, del contributo unificato versato dalla parte ricorrente.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 7 giugno 2023 con l'intervento dei magistrati:

Pancrazio Maria Savasta, Presidente

Agnese Anna Barone, Consigliere

Calogero Commandatore, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Calogero Commandatore

IL PRESIDENTE
Pancrazio Maria Savasta

IL SEGRETARIO