

FABIO SAITTA

Professore ordinario di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza,
Economia e Sociologia dell'Università *Magna Graecia* di Catanzaro
fsaitta@unicz.it

LA CONTINUITÀ DEI REQUISITI TRA PROCEDURA DI GARA E FASE ESECUTIVA

CONTINUITY REQUIREMENTS BETWEEN TENDERING PROCEDURE AND EXECUTION PHASE

SINTESI

Il saggio* intende indagare sul fondamento normativo del principio secondo cui i requisiti, generali e speciali, di partecipazione alle gare devono essere ininterrottamente posseduti dagli operatori economici dal momento della presentazione delle offerte fino al completamento dell'esecuzione del contratto. La fonte di tale principio è unanimemente individuata in svariate decisioni dell'Adunanza Plenaria, il cui *dictum* sarebbe stato recepito dal legislatore in una disposizione del codice dei contratti pubblici del 2016, poi riprodotta nel codice attualmente vigente. La prima ricaduta del principio di continuità nel possesso dei requisiti è, *de plano*, che il fatto che durante la procedura di gara esista un momento in cui l'amministrazione deve verificare la sussistenza effettiva dei requisiti dichiarati dal concorrente, non esclude che la prima debba e possa continuare l'indagine anche in altre fasi del procedimento, visto che in qualsiasi momento dello stesso deve ritenersi richiesto il costante possesso dei detti requisiti di ammissione. La giurisprudenza, in realtà, va ben oltre, affermando che la stazione appaltante può verificare l'effettiva sussistenza dei requisiti dichiarati persino durante il rapporto negoziale: in questo senso, dunque, per ciò che concerne la perenne assoggettabilità alla verifica dei requisiti di partecipazione, la posizione dell'aggiudicatario e quella del contraente non si distinguerebbero da quella degli altri concorrenti poiché tutti sarebbero sempre soggetti alla predet-

* Testo, rielaborato e aggiornato, della relazione svolta al Convegno su: «Concorrenza e politiche sociali nella nuova contrattualistica pubblica per principi» - Napoli, 7 giugno 2024.

ta verifica nel corso delle fasi che li riguardano. Nella parte conclusiva del saggio, si spiega perché una così lapidaria affermazione suscita invero qualche perplessità.

ABSTRACT

The paper aims to investigate the legal basis of the principle that tender requirements, general and special, must be held by the economic operators without interruption from the time of submission of bids until completion of the execution of the contract. The source of this principle is unanimously identified in several decisions of the Plenary Assembly, whose dictum would have been incorporated by the legislator in a provision of the 2016 public procurement code, then reproduced in the currently applicable code. The first implication of the principle of continuity in the fulfilment of requirements is that the fact that during the tender procedure there is a moment when the administration must verify the actual existence of the declared requirements by the competitor, does not exclude that the former should and can continue the investigation also in other stages of the procedure, since at any time of it the constant possession of these admission requirements must be required. The case law goes much further, stating that the contracting entity can verify whether the requirements declared are actually met even during the execution phase: in this sense, the position of the successful tenderer and that of the contractor would not differ from that of the other competitors since all would always be subject to this verification during the stages. In the concluding part of the essay, it is explained why such a lapidary statement does indeed cause some perplexity.

PAROLE CHIAVE: requisiti, continuità, gara, esecuzione

KEYWORDS: requirements, continuity, tendering, execution

INDICE: 1. Il c.d. «principio di continuità nel possesso dei requisiti» e il suo fondamento normativo. – 2. La continuità dei requisiti nell'elaborazione giurisprudenziale: *a)* le prime decisioni dell'Adunanza Plenaria. – 3. *Segue: b)* le (poche) pronunce precedenti. – 4. *Segue: c)* le (tantissime) pronunce successive (raggruppate per tipologie di requisiti e/o di concorrenti). – 5. L'ambito applicativo del principio di continuità e le relative deroghe in ossequio al canone di proporzionalità. – 6. Continuità dei requisiti ed esecuzione del contratto. – 7. Rilievi critici e spunti ricostruttivi: per la rilettura (o, meglio ancora, riscrittura) di un principio oggetto di eccessive generalizzazioni.

1. Il c.d. «principio di continuità nel possesso dei requisiti» e il suo fondamento normativo

In un recentissimo manuale di diritto dei contratti pubblici, prima di entrare nel merito della disciplina codicistica in materia di requisiti, generali e speciali, di partecipazione alle gare, si premette che i requisiti stessi «devono essere ininterrottamente posseduti dagli operatori economici dal momento della presentazione delle offerte fino al completamento dell'esecuzione del contratto»; ciò – si spiega – «[i]n virtù del c.d. principio di continuità del possesso dei requisiti», in base al quale, «nelle gare di appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità. [...] L'assenza, anche solo temporanea, dei requisiti rende, dunque, l'operatore economico “ineleggibile” quale controparte contrattuale dei soggetti tenuti all'applicazione del Codice dei contratti pubblici»¹.

La fonte di tale principio è unanimemente individuata in svariate decisioni dell'Adunanza Plenaria, il cui *dictum* sarebbe stato recepito dal legislatore in una disposizione del codice dei contratti pubblici del 2016, poi riprodotta nel codice attualmente vigente: in una pronuncia di un anno fa, si parla del «principio di continuità nel possesso dei requisiti di ordine generale ex art. 80 D.Lg.vo n. 50/2016, *statuito* dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con le Sentenze n. 8 del 20.7.2015 e n. 8 del 20.5.2012 e poi recepito nell'ultimo periodo

1 P. PROVENZANO – M. TRIMARCHI, *L'operatore economico e la dinamica di gara*, in G. TROPEA (a cura di), *Lineamenti di Diritto dei contratti pubblici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024, 207-208. Analoga affermazione si trova in F. DALLARI – S. PELLIZZARI, *I soggetti ammessi alle procedure di affidamento*, in F. MASTRAGOSTINO – G. PIPERATA (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, 4^a ed., Torino, Giappichelli, 2024, 323, e in V. PAMPANIN, *Art. 100*, in R. VILLATA – M. RAMAJOLI (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Pisa, Pacini Giuridica, 2024, 507.

dell'art. 80, comma 4, D.Lg.vo n. 50/2016, come sostituito dall'art. 10, comma 1, lett. c), n. 2, L. n. 238/2021»².

Il legislatore, in sostanza, avrebbe recepito l'anzidetto principio, di derivazione giurisprudenziale, nell'art. 80, comma 6, del codice del 2016, secondo cui «[l]e stazioni appaltanti escludono un operatore economico *in qualunque momento della procedura*, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5 [situazioni, cioè, che costituiscono motivi di esclusione dalla gara: *n.d.r.*]»³.

Tale disposizione, che riproduceva l'art. 57, par. 5, della direttiva 2014/24/UE, è stata a sua volta «ripropo[sta], immutata»⁴, nell'art. 96, comma 1, del codice vigente⁵.

Peraltro, come vedremo nel prosieguo⁶, il principio di continuità nel possesso dei requisiti, che la «granitica giurisprudenza»⁷ ritiene «indiscusso [...] in quanto principio generale del procedimento di gara»⁸, «pietra miliare della ma-

2 T.A.R. Basilicata, Sez. I, 12 aprile 2023, n. 236, in www.giustizia-amministrativa.it (il corsivo nel testo è nostro), che menziona, però, il comma 4 dell'art. 80, che riguardava specificamente l'esclusione dell'operatore economico non in regola con il pagamento di imposte, tasse o contributi previdenziali.

3 F. CARINGELLA (diretto da), *Codice dei contratti pubblici*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2022, 733; nel senso che «il legislatore ha positivizzato al comma 6 dell'art. 80 il principio» in parola, anche A. MAURO, *Selezione delle offerte (artt. 77-82)*, in M. CORRADINO – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *I nuovi appalti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2017, 335. Cons. Stato, Sez. V, 22 settembre 2023, n. 8481, in www.giustizia-amministrativa.it (il corsivo nel testo è nostro).

4 Così nella Relazione illustrativa del d.lgs. n. 36/2023.

5 T. TORNIELLI, *Art. 96*, in R. VILLATA – M. RAMAJOLI (a cura di), *op. cit.*, 485-486. Tale disposizione, dunque, muove dal principio di necessaria continuità nel possesso dei requisiti (S. FANTINI, *Art. 96*, in *Codice dei contratti pubblici*, a cura di G.F. Ferrari e G. Morbidelli, Piacenza, La Tribuna, 2023, 497), di cui «costituisce, pertanto, corollario» (M. DENICOLÒ, *Art. 96*, in *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L.R. Perfetti, Milano, Wolters Kluwer, 2023, 644).

6 *Infra*, § 3.

7 Così Cons. Stato, Sez. V, 15 dicembre 2020, n. 8021, in www.giustizia-amministrativa.it; analogamente, di «principio [...] granitico» parla T.A.R. Lazio-Roma, Sez. III-*bis*, 20 aprile 2023, n. 6800, *ibidem*.

8 Cons. Stato, Sez. III, 24 giugno 2021, n. 4844, in www.giustizia-amministrativa.it; in dottrina, A. CIAFARDONI, *Svolgimento delle procedure e requisiti dei partecipanti (artt. 77-106)*, in V. FANTI (a cura di), *Corso sui contratti pubblici riformati dal d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Napoli, Edizioni Scientifiche, 2023, 319. Anche la Relazione illustrativa del codice parla di «principio generale che “regola” tutte le cause di esclusione».

teria»⁹, rinviene un ulteriore fondamento normativo anche nell'art. 17, comma 5, del codice, che, stabilendo espressamente che il competente organo, «dopo aver verificato il possesso dei requisiti in capo all'offerente, dispone l'aggiudicazione, che è immediatamente efficace», contribuisce – unitamente alla Relazione illustrativa dello stesso codice, che valorizza a tali fini il positivo riscontro del possesso dei requisiti in capo all'aggiudicatario ai fini dell'aggiudicazione, prevedendo che solo all'esito di tale riscontro sia possibile procedere alla stipula del contratto – a «esplicitare l'obbligo per la stazione appaltante di svolgere gli opportuni accertamenti in ordine al reale possesso dei requisiti di partecipazione, prima dell'aggiudicazione e della successiva stipula del contratto»¹⁰.

2. La continuità dei requisiti nell'elaborazione giurisprudenziale: a) le prime decisioni dell'Adunanza Plenaria

Viste le origini del principio in esame, l'indagine non può che muovere dalle prime decisioni dell'Adunanza Plenaria, costantemente richiamate dalla giurisprudenza successiva e dalla dottrina.

Ancorchè, come vedremo subito dopo¹¹, qualche avvisaglia ci fosse già stata, il primo arresto significativo risale al 2011.

Dopo essersi soffermata a lungo sull'annoso problema del rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale, la Plenaria afferma in modo lapidario che «nelle gare di appalto i requisiti generali e speciali devono essere posseduti non solo alla data di scadenza del bando, ma anche al momento della verifica dei requisiti da parte della stazione appaltante e al momento dell'aggiudicazione sia provvisoria che definitiva (non rileva in questa sede, afferendo a momento successivo alla gara, la questione del possesso dei requisiti al momento della stipulazione)»¹². Poiché dalla documentazione in atti risultava che la mandataria di un raggruppamento temporaneo di imprese aveva la qualificazione per deter-

9 Cons. Stato, Sez. IV, 9 luglio 2020, n. 4401, in www.giustizia-amministrativa.it.

10 A.N.AC., par. funz. cons. 15 novembre 2023, n. 57, in www.anticorruzione.it.

11 *Infra*, § 3.

12 Dec. 7 aprile 2011, n. 4, in www.giustizia-amministrativa.it.

minate categorie solo a una certa data, mentre successivamente alla data dell'aggiudicazione provvisoria e della verifica dei requisiti tale qualificazione era in una classe inferiore, inidonea in relazione all'importo dei lavori assunti, i giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto che il raggruppamento dovesse essere escluso dalla gara. E' stata, dunque, condivisa la conclusione cui erano pervenuti i giudici di prime cure, «secondo cui, in materia di accertamento dei requisiti di ordine speciale per il conseguimento degli appalti di lavori pubblici, vige il principio secondo cui le qualificazioni richieste dal bando debbono essere possedute dai concorrenti non solo al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, ma anche in ogni successiva fase del procedimento di evidenza pubblica e per tutta la durata dell'appalto, senza soluzione di continuità». L'organo della nomofilachia osserva che «si tratta di un principio rispondente ad evidenti esigenze di certezza e di funzionalità del sistema di qualificazione obbligatoria, imperniato sul rilascio da parte degli organismi di attestazione di certificati che costituiscono condizione necessaria e sufficiente per l'idoneità ad eseguire contratti pubblici. D'altro canto, le stazioni appaltanti non possono essere esposte all'alea della perdita e del successivo riacquisto in corso di gara, da parte delle ditte offerenti, della qualificazione SOA, o della qualificazione prevista per i settori speciali. Pertanto, l'impresa che partecipa alla procedura selettiva deve dimostrare di possedere, dalla presentazione dell'offerta fino all'eventuale fase di esecuzione dell'appalto, la qualificazione tecnico-economica richiesta dal bando».

La Plenaria ritorna sull'argomento un anno dopo, in un caso concernente la verifica, attraverso il d.u.r.c., della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a procedure di gara.

Premesso, da un lato, che «[i]l d.u.r.c. regolare [...] è requisito che accompagna l'intera fase di esecuzione del contratto, essendo necessario al fine del pagamento secondo gli stati di avanzamento e al fine del pagamento della rata di saldo dopo il collaudo», e, dall'altro, che «il recesso dell'impresa componente

di un raggruppamento nel corso della procedura di gara non vale a sanare *ex post* una situazione di preclusione all'ammissione alla procedura sussistente al momento dell'offerta in ragione della sussistenza di cause di esclusione riguardanti il soggetto recedente», quanto alla questione del momento in cui deve sussistere la regolarità contributiva e della possibile sanatoria dell'irregolarità in corso di gara, la Plenaria richiama la propria giurisprudenza, secondo cui «l'assenza del requisito della regolarità contributiva, costituendo condizione di partecipazione alla gara, se non posseduto alla data di scadenza del termine di presentazione dell'offerta, non può che comportare la esclusione del concorrente non adempiente, non potendo valere la regolarizzazione postuma. L'impresa infatti deve essere in regola con i relativi obblighi fin dalla presentazione della domanda e conservare tale regolarità per tutto lo svolgimento della procedura. Costituisce principio pacifico che poiché il momento in cui va verificata la sussistenza del requisito della regolarità contributiva e previdenziale è quello di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, la eventuale regolarizzazione successiva, se vale a eliminare il contenzioso tra l'impresa e l'ente previdenziale non può comportare *ex post* il venir meno della causa di esclusione»¹³.

3. Segue: b) le (poche) pronunce precedenti

Prima delle surriportate pronunce dell'Adunanza Plenaria, la giurisprudenza, specie di primo grado, aveva avuto comunque modo di affrontare la tematica in esame.

Nel marzo del 2009, in presenza di un ricorso in cui si lamentava che la stazione appaltante, violando le norme e i principi in materia di modificazione

¹³ Dec. 4 maggio 2012, n. 8, in *Urb. e app.*, 2012, 905, con commento di H. D'HERIN, *La Plenaria fa luce sull'efficacia del DURC ai fini dell'esclusione dalle gare di appalto*. Nella pronuncia, si richiama anche Corte Giust. U.E., 9 febbraio 1996, in cause riunite C-226/04 e C-228/04, secondo cui la sussistenza del requisito della regolarità fiscale e contributiva (che, pure, può essere regolarizzato in base a disposizioni nazionali di concordato, condono o sanatoria) deve comunque essere riguardata con riferimento insuperabile al momento ultimo per la presentazione delle offerte, a nulla rilevando una regolarizzazione successiva, la quale, pertanto, non potrà in alcun modo incidere sul dato dell'irregolarità ai fini della singola gara.

soggettiva dell'offerente, aveva preteso di accertare i requisiti di affidabilità economica e morale di partecipazione alla gara in capo ad una determinata società anziché al nuovo soggetto nato dalla scissione della prima società e intervenuto nelle more della stipula del contratto, i giudici avevano ritenuto estraneo alla disposizione contenuta nell'art. 51 del codice dei contratti pubblici del 2006 «l'intento [...] di limitare la fase accertativa del possesso dei requisiti di partecipazione alla gara nei riguardi della sola impresa subentrante (nella specie: società beneficiaria della scissione) e di escludere la necessità di operare la medesima verifica nei riguardi dell'impresa, soggetta a vicenda modificativa (nella specie: società scissa)», osservando che «intuitive ragioni di ordine logico, prima che giuridico, conducono pianamente a ritenere che la verifica non può essere obliterata con riferimento alla fondamentale fase iniziale della procedura concorsuale, in cui le imprese vengono ammesse alla gara sulla base del possesso dei requisiti autodichiarati»¹⁴. Ad avviso del collegio, da tale ordine di considerazioni consegue – *«in osservanza dell'evidente principio della necessaria continuità e/o permanenza del possesso dei requisiti di partecipazione a una procedura concorsuale - che, in caso di modificazioni soggettive riguardanti il soggetto partecipante alla gara, l'esistenza dei requisiti previsti per l'ammissione a quest'ultima deve essere posseduta, e quindi accertata, sia nei riguardi dell'impresa interessata dalla vicenda modificativa che dell'impresa subentrante»; diversamente, opinando, «potrebbe partecipare alla gara, sulla base di autocertificazione, una società priva di tali requisiti che, solo in un secondo momento e preso atto della propria manchevolezza ed al fine di ovviare alla possibile esclusione, potrebbe generare un secondo soggetto che abbia i requisiti richiesti, traslando sullo stesso gli effetti positivi dell'avvenuta aggiudicazione, ma depurando lo stesso soggetto degli elementi negativi ai fini dell'aggiudicazione definitiva (perdite di esercizio notevolissime, causa di scioglimento potenziale, irregolarità previdenziali, ecc.)»¹⁵.*

14 T.A.R. Lazio-Roma, Sez. III-*bis*, 5 marzo 2009, n. 2279, in www.giustizia-amministrativa.it.

15 Il corsivo nel testo è nostro.

Un paio di mesi dopo, in un caso in cui, al momento della verifica della documentazione prodotta da una ditta per la partecipazione alla gara, l'attestazione SOA valida al momento della presentazione della domanda di partecipazione risultava scaduta e non era in corso alcun procedimento di rinnovo, i giudici hanno ritenuto che si fosse «verificata una soluzione di continuità nella fase compresa tra la aggiudicazione provvisoria [...] e la fase di verifica della documentazione, nella quale la [ditta] non risultava più in possesso della attestazione per le categorie e classifiche richieste nel bando di gara», mentre essa «avrebbe dovuto possedere il requisito in argomento per tutta la durata della gara e, quindi, anche nella fase, determinante per la stipulazione del contratto, di verifica del possesso dei requisiti»¹⁶.

Una pronuncia analoga è stata emessa qualche mese dopo, in un caso in cui, pur essendo in possesso di certificazione in corso di validità alla scadenza del bando, una ditta partecipante non si era attivata, nei tre mesi antecedenti la data di scadenza, a richiederne il rinnovo, pur essendo inverosimile che tutte le procedure di gara si sarebbero potute esaurire nella residua settimana di validità dell'attestazione posseduta; da qui la legittimità dell'impugnata esclusione, essendo «evidente che la ricorrente non risultava in possesso dei requisiti di qualificazione in corso di validità alla data in cui è stata esclusa dalla gara»¹⁷.

Già a quell'epoca, insomma, era stato più volte affermato il principio generale poi consacrato nella prima decisione della Plenaria, cioè che «la perdita di un requisito di partecipazione durante lo svolgimento delle fasi intermedie della procedura di evidenza pubblica, ovvero al momento dell'adozione dell'atto di aggiudicazione o della stipula del contratto, rappresenta una circostanza preclusiva della possibilità di conseguire l'appalto»¹⁸. E già allora era stato osservato che «[d]etto principio risponde ad esigenze di certezza e funzionalità del regime di qualificazione obbligatoria, imperniato sul rilascio da parte de-

16 T.A.R. Sicilia-Palermo, Sez. III, 5 maggio 2009, n. 856, in www.giustizia-amministrativa.it.

17 T.A.R. Puglia-Lecce, Sez. III, 12 marzo 2010, n. 732, in www.giustizia-amministrativa.it.

18 Così T.A.R. Puglia-Bari, Sez. I, 14 aprile 2010, n. 1334, in www.giustizia-amministrativa.it; nello stesso senso, T.A.R. Calabria-Reggio Calabria, 8 novembre 2011, n. 791, *ibidem*.

gli organismi di attestazione di certificati che costituiscono condizione necessaria e sufficiente per l'idoneità ad eseguire lavori pubblici.

Le stazioni appaltanti non possono essere esposte all'alea della perdita e del successivo riacquisto in corso di gara, da parte delle ditte offerenti, della qualificazione SOA: quindi l'impresa che partecipa alla procedura selettiva deve curarsi di possedere, dalla presentazione dell'offerta fino all'eventuale fase di esecuzione dell'appalto, la qualificazione tecnico-economica richiesta dal bando»¹⁹.

E sin d'allora un fondamento normativo del principio era stato ravvisato nella disposizione che impone alla stazione appaltante di verificare il possesso dei requisiti in capo all'aggiudicatario della gara. Nell'affermare che «i requisiti dichiarati dal concorrente ai fini della partecipazione ad una procedura di appalto devono essere posseduti fino al momento di stipulazione del contratto», sicchè «[l]a loro mancanza, sia originaria che sopravvenuta prima della stipulazione, non può che impedire l'aggiudicazione poiché il loro venir meno mette in discussione l'esecuzione del programma contrattuale, e con ciò la realizzazione dell'interesse pubblico connesso», si era, infatti, notato che «[t]ale concetto è anche stabilito normativamente [...] dall'art. 48, comma 2, del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 a norma del quale la stazione appaltante, prima della stipulazione del contratto, deve verificare il possesso in capo all'aggiudicatario dei requisiti dichiarati in ordine alla propria capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa richiesti dal bando di gara.

La mancata comprova degli stessi comporta l'aggiudicazione del contratto ad un altro concorrente»²⁰.

19 T.A.R. Campania-Napoli, Sez. VIII, 7 luglio 2010, n. 16607, in www.giustizia-amministrativa.it.

20 T.A.R. Toscana, Sez. I, 29 novembre 2010, n. 6693, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui, in conclusione, «il possesso dei requisiti di capacità tecnico organizzativa deve permanere anche successivamente alla presentazione dell'offerta, fino alla stipulazione del contratto».

Non è casuale, dunque, che già i commentatori dell'art. 38 del primo codice dei contratti pubblici affermassero che la sopravvenienza di motivi di esclusione all'esito della selezione preclude la stipula del contratto²¹.

Si riteneva, infatti, che i requisiti di partecipazione cc.dd. «generali» dovessero permanere in quanto il comma 1 di tale disposizione «scandisce due precisi momenti della procedura ad evidenza pubblica “... sono esclusi dalla partecipazione” e “... non possono stipulare i relativi contratti”. Inoltre gli artt. 135 e 136 disciplinano – prevedendo la risoluzione contrattuale [...] – il caso in cui i requisiti generali vengano meno in corso di esecuzione del contratto. Dal citato panorama normativo appare corretto ritenere che i requisiti di partecipazione – a partire dai “generali”, ma le medesime considerazioni possono essere mutate per quelli “speciali” – devono essere posseduti dal concorrente sin dalla risposta al primo atto di indizione della gara fino alla completa esecuzione dell'appalto»²².

4. Segue: c) le (tantissime) pronunce successive (raggruppate per tipologie di requisiti e/o di concorrenti)

La casistica giurisprudenziale successiva alle due pronunce dell'Adunanza Plenaria fin qui richiamate è sterminata, per cui riteniamo opportuno raggruppare le numerose sentenze reperite (ovviamente, senza alcuna pretesa di completezza) per tipologie di requisiti e/o di concorrenti.

Innanzitutto, vanno menzionate, a partire da una terza pronuncia della Plenaria che si trova frequentemente citata, le decisioni che hanno individuato *la ratio del principio di continuità nel possesso dei requisiti*, esponendo le ragioni a suo sostegno.

Nel confermare espressamente la propria sentenza del 2011, ribadendo che «nelle gare di appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti

²¹ Così R. PROIETTI, *Art. 38*, in S. BACCARINI – G. CHINÈ – R. PROIETTI (a cura di), *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2011, 451-452.

²² A. VALLETTI, *Cessione d'azienda e requisiti di partecipazione: i difficili rapporti tra cedente e cessionario*, in *Urb. e app.*, 2011, 208.

generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità²³, l'organo della nomofilachia ha più diffusamente argomentato il proprio convincimento.

Ha osservato, innanzitutto, che, «per esigenze di trasparenza e di certezza del diritto, che non collidono col pur rilevante principio del *favor participationis*, la verifica del possesso, da parte del soggetto concorrente (ancor prima che aggiudicatario), dei requisiti di partecipazione alla gara deve ritenersi immanente all'intero procedimento di evidenza pubblica, a prescindere dalla indicazione, da parte del legislatore, di specifiche fasi espressamente dedicate alla verifica stessa, quali quelle di cui all'art. 11, comma 8 ed all'art. 48 del D. Lgs. n. 163/2006. Proprio perché la verifica può avvenire in tutti i momenti della procedura (a tutela dell'interesse costante dell'Amministrazione ad interloquire con operatori in via permanente affidabili, capaci e qualificati), allora in qualsiasi momento della stessa deve ritenersi richiesto il costante possesso dei detti requisiti di ammissione; tanto, vale la pena di sottolineare, non in virtù di un astratto e vacuo formalismo procedimentale, quanto piuttosto a garanzia della permanenza della serietà e della volontà dell'impresa di presentare un'offerta credibile e dunque della sicurezza per la stazione appaltante dell'instaurazione di un rapporto con un soggetto, che, dalla candidatura in sede di gara fino alla stipula del contratto e poi ancora fino all'adempimento dell'obbligazione contrattuale, sia provvisto di tutti i requisiti di ordine generale e tecnico-economico-professionale necessari per contrattare con la P.A.». Quest'ultima affermazione si ritrova in numerosissime sentenze successive, anche assai recenti²⁴.

²³ Dec. 20 luglio 2015, n. 8, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁴ Cfr., ad es., T.A.R. Lazio-Roma, Sez. II, 1 febbraio 2024, n. 1998, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Molise, Sez. I, 21 luglio 2020, n. 207, *ibidem*; T.A.R. Sicilia-Palermo, Sez. I, 17 marzo 2020, n. 640, *ibidem*; T.A.R. Lazio-Roma, Sez. I, 19 maggio 2018, n. 5582, *ibidem*.

La Plenaria ha, poi, rilevato che «tale specifico onere di continuità in corso di gara del possesso dei requisiti [...] non solo è del tutto ragionevole, siccome posto a presidio dell'esigenza della stazione appaltante di conoscere in ogni tempo dell'affidabilità del suo interlocutore “operatore economico” (e dunque di poter monitorare stabilmente la perdurante idoneità tecnica ed economica del concorrente), ma è altresì non sproporzionato, essendo assolvibile da quest'ultimo in modo del tutto agevole, mediante ricorso all'ordinaria diligenza, che gli operatori professionali devono tenere al fine di poter correttamente insistere e gareggiare nel concorrenziale mercato degli appalti pubblici».

Nel condividere l'orientamento del massimo Consesso, recente giurisprudenza di primo grado ha notato che, alla luce dell'art. 80, comma 6, del codice dei contratti pubblici del 2016, che prevede l'esclusione dell'operatore economico che risulti sfornito di un requisito di partecipazione «in qualunque momento della procedura», «non può ritenersi [...] che all'Amministrazione sia inibito – in una fase diversa e successiva rispetto a quella ove ne sia stata deliberata l'ammissione alla procedura – di effettuare un controllo dei requisiti generali e speciali richiesti all'operatore economico, semplicemente perché questi sono stati già vagliati ai fini del suo preliminare accesso alla gara. Portata alle sue estreme conseguenze, la tesi [...] condurrebbe infatti al risultato ultimo di legittimare omissioni, in sede di controllo, da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, le quali verrebbero a porsi in aperto contrasto, oltretutto con la lettera del suddetto art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, con il necessario perseguimento dell'interesse pubblico cui deve mirare una qualsivoglia procedura competitiva, il quale deve essere salvaguardato financo a tutto il periodo di esecuzione del contratto e che risulterebbe evidentemente compromesso ove la gestione di un bene demaniale, come nel caso di specie, sia data in concessione ad un soggetto che non abbia o perda i requisiti per prendere parte alla gara»²⁵.

²⁵ T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. I, 22 gennaio 2024, n. 272, in www.giustizia-amministrativa.it; in termini analoghi, T.A.R. Piemonte, Sez. I, 20 febbraio 2024, n. 174, *ibidem*.

Si ritiene, pertanto, che il principio di continuità nel possesso dei requisiti abbia «come corollario che l'Amministrazione precedente è sempre legittimata, anzi tenuta, a controllare la permanenza dei requisiti medesimi in capo alle imprese concorrenti, le quali, specularmente, sono onerate di comunicare le eventuali variazioni della propria situazione proprio per consentire all'Amministrazione di effettuare le doverose verifiche circa l'affidabilità e serietà degli operatori economici in gara. A garanzia del buon andamento dell'azione amministrativa e in ossequio al principio di buona fede e di leale collaborazione, l'onere dei concorrenti di aggiornare le proprie dichiarazioni circa il possesso dei requisiti di partecipazione alla gara sorge al momento stesso della sopravvenienza di circostanze potenzialmente incidenti sul possesso dei requisiti di partecipazione e, come tali, oggetto di obbligatoria comunicazione alla Stazione appaltante»²⁶.

Nel 2013, l'Adunanza Plenaria ha applicato il principio di continuità nel possesso dei requisiti nell'ipotesi di *violazione degli obblighi tributari*.

Si trattava di stabilire se, ai fini dell'integrazione del requisito della regolarità fiscale di cui all'art. 38 del codice dei contratti pubblici del 2006, fosse sufficiente che, entro il termine di presentazione dell'offerta, fosse stata presentata da parte del concorrente istanza di rateazione del debito tributario oppure occorresse che il relativo procedimento si fosse concluso con un provvedimento favorevole. La Plenaria ha ritenuto di risolvere la questione in conformità al prevalente indirizzo interpretativo affermatosi in materia, che ha subordinato l'ammissione alla procedura alla condizione che l'istanza di rateizzazione sia stata accolta prima della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara e preceda l'autodichiarazione circa il possesso della regolarità, essendo inammissibile una dichiarazione che attesti il possesso di un

²⁶ Così T.A.R. Campania-Napoli, Sez. IV, 8 marzo 2022, n. 1559, in www.giustizia-amministrativa.it.

requisito in data futura²⁷. La bontà di tale tesi troverebbe riscontro nella conformazione della disciplina della rateizzazione fiscale di cui all'art. 19 del d.p.r. n. 602 del 1973, istituto che, sul versante tecnico, «si traduce in un beneficio che, una volta accordato, comporta la sostituzione del debito originario con uno diverso, secondo un meccanismo di stampo estintivo-costitutivo che dà la stura a una novazione dell'obbligazione originaria. [...] La configurazione del meccanismo novativo fa sì che, nell'arco di tempo che precede l'accoglimento della domanda, resta in vita il debito originario, la cui esistenza è ammessa dallo stesso contribuente con la presentazione della domanda di dilazione del pagamento delle somme iscritte a ruolo. Il debito che grava sul contribuente prima dell'accoglimento dell'istanza, in caso di istanza di rateizzazione non ancora accolta all'atto della scadenza dei termini di presentazione delle domande di partecipazione, è quindi unicamente quello originario, in quanto tale certo (tanto nella sua esistenza quanto nel suo ammontare), scaduto ed esigibile nei sensi richiesti dal comma 2 dell'art. 38 del codice dei contratti pubblici».

L'inidoneità della mera presentazione dell'istanza di dilazione a soddisfare il requisito della regolarità contributiva è poi corroborata – secondo la Plenaria – dalla considerazione che l'ammissione alla rateazione non costituisce, di norma, atto dovuto, dovendo l'Amministrazione valutare discrezionalmente la «obiettiva difficoltà economica» che costituisce presupposto per la concessione del beneficio. «Ne deriva che l'ammissione alla procedura del concorrente che non abbia ancora ottenuto il provvedimento favorevole, oltre a sancire una deroga atipica al principio secondo cui i requisiti di partecipazione alle gare vanno verificati al momento della scadenza dei termini fissati per la presentazione delle domande, innesterebbe nello svolgimento della procedura di evidenza pubblica il fattore di incertezza legato all'accertamento di un requisito *in fieri*, collegato alla variabile della valutazione discrezionale dell'amministrazione tributaria».

²⁷ Decr. 5 giugno 2013, n. 15 e 20 agosto 2013, n. 20, in www.giustizia-amministrativa.it.

La giurisprudenza successiva ha ribadito che, in applicazione del principio su cui stiamo indagando, il requisito della regolarità fiscale deve sussistere al momento della scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara e non può avere rilievo sanante la richiesta di rateizzazione del debito tributario proposta dal concorrente dopo la scadenza di tale termine²⁸.

Soltanto un mese e mezzo fa, infine, l'Adunanza Plenaria, muovendo sempre dalla premessa che – come si desume anche dall'art. 80, comma 6, del codice dei contratti pubblici del 2016 – «i requisiti di partecipazione devono sussistere per tutta la durata della gara e sino alla stipula del contratto (e poi ancora fino all'adempimento delle obbligazioni contrattuali)», dal che «discende, *de plano*, il dovere della stazione appaltante di compiere i relativi accertamenti con riguardo all'intero periodo», ha affermato che, «con specifico riguardo al requisito concernente l'assenza di debiti tributari, la certificazione rilasciata dall'amministrazione fiscale competente [...] deve coprire l'intero lasso temporale rilevante, ovvero quello che va dal momento di presentazione dell'offerta sino alla stipula del contratto»²⁹.

Con quest'ultima sentenza, nel confermare le statuizioni delle precedenti pronunce, la Plenaria chiarisce altri aspetti altrettanto importanti: dall'obbligo di informazione delle sopravvenienze a carico del concorrente, all'obbligo per l'amministrazione di verificare la regolarità fiscale in ogni fase della procedura, anche su impulso di altro concorrente interessato all'aggiudicazione.

Con riguardo al primo aspetto, è stato evidenziato come – ad avviso dell'organo della nomofilachia – tale ampio dovere informativo del contraente

²⁸ In tal senso, *ex plurimis*, T.A.R. Lazio-Roma, Sez. I-*quater*, 17 novembre 2017, n. 11384, in *Urb. e app.*, 2018, 237, con commento di M. GIOVANNELLI, *Partecipazione a gare di appalto e requisiti di regolarità fiscale*. Più recentemente, T.A.R. Campania-Napoli, Sez. I, 6 dicembre 2023, n. 6752 e 16 luglio 2018, n. 4707, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Valle d'Aosta, Sez. I, 19 agosto 2022, n. 41, *ibidem*.

²⁹ Dec. 24 aprile 2024, n. 7, in www.giustizia-amministrativa.it, su cui A. PETRONELLI, *L'irregolarità fiscale sopravvenuta, che può essere provata con ogni mezzo, determina l'esclusione dalla gara*, in www.giustamm.it, n. 6/2024.

privato nel settore degli appalti pubblici, con effetti per lui potenzialmente pregiudizievoli, non si fonda su una specifica disposizione del codice dei contratti pubblici, ma sul recente inserimento dell'art. 1, comma 2-*bis*, della legge sul procedimento amministrativo, sicuramente applicabile al settore dei contratti pubblici, secondo cui «[i] rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede»: nell'ambito dei contratti pubblici, dunque, la collaborazione e la buona fede in senso oggettivo, cioè intesa come dovere di reciproca correttezza e lealtà, impongono agli operatori economici che negoziano con l'amministrazione di informarla subito di tutte le circostanze sopravvenute idonee a modificare in negativo la propria condizione in ordine al possesso dei requisiti generali, con conseguente esclusione del partecipante che, con il proprio comportamento omissivo, dimostri di essere inaffidabile, precludendo alla stazione appaltante i relativi accertamenti³⁰.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, la Plenaria puntualizza che l'inderogabile continuità nel possesso dei requisiti dev'essere accertata dall'amministrazione, ove necessario, anche più volte durante il periodo ritenuto: l'art. 80, comma 6, del previgente codice dei contratti pubblici, riproposto nell'art. 96, comma 1, del codice attuale, configura, infatti, in termini di doverosità la funzione di controllo e non predetermina tassativamente le fonti conoscitive della stazione appaltante che possono attivarla («qualora risulti»), ragion per cui il concorrente che impugni l'aggiudicazione può sempre dimostrare, con qualunque mezzo, sia che l'aggiudicatario fosse privo, *ab origine*, della regolarità fiscale, sia che egli l'abbia persa in corso di gara³¹.

A sua volta, l'operatore economico, «laddove la vicenda tributaria abbia rilievo in una procedura ad evidenza pubblica, [...] deve fare tutto quello che è nelle sue possibilità per “recuperare” i requisiti di partecipazione alla procedura

30 G.C. FIGUERA, *Brevi note sul possesso del requisito della regolarità fiscale*, in *Urb. e app.*, 2024, 663; M.G. VENIER, *Appalti pubblici e requisito di regolarità fiscale: a margine di Cons. Stato, ad. plen.*, 24 aprile 2024, n. 7, in www.giustamm.it, n. 11/2024, § 3.

31 G.C. FIGUERA, *ibidem*; in giurisprudenza, da ultimo, Cons. Stato, Sez. III, ord. 11 settembre 2024, n. 7518, in www.lexitalia.it, n. 9/2024.

di gara (perduti o messi a rischio dalla vicenda tributaria), e questo non già perché [...] debba sacrificare il diritto di difesa, ma perché nella procedura ad evidenza pubblica emergono interessi altrettanto rilevanti di cui sono titolari tanto la stazione appaltante quanto gli altri concorrenti»³².

Ulteriori decisioni dell'Adunanza Plenaria si sono registrate in materia di *violazione degli obblighi previdenziali*.

Si tratta di tre pronunce intervenute nel 2016. Con le prime due, sostanzialmente identiche, l'organo della nomofilachia ha chiarito che il principio già espresso nella propria sentenza n. 8 del 2012, secondo cui non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante e restando, dunque, irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva, non risulta superato dalla norma introdotta con l'art. 31, comma 8, del decreto legge n. 69 del 2013³³. Tale disposizione, infatti, «non può interpretarsi nel senso di subordinare il carattere definitivo della violazione previdenziale [...] alla condizione che l'impresa che versi in stato di irregolarità contributiva al momento della presentazione dell'offerta venga previamente invitata a regolarizzare la propria posizione previdenziale e che nonostante tale invito perseveri nell'inadempimento dei propri obblighi contributivi».

La Plenaria ha ritenuto, infatti, che «la regola del previo invito alla regolarizzazione non trovi applicazione nel caso di DURC richiesto dalla stazione appaltante ai fini della verifica delle dichiarazioni rese dall'impresa ai fini della partecipazione alla gara». A tali conclusioni il massimo Consesso è pervenuto sulla base di una pluralità di argomenti di carattere letterale, storico e sistematico, tra cui in questa sede mette conto evidenziare quello secondo cui «l'esclu-

³² T.A.R. Marche, Sez. I, 1 giugno 2024, n. 542, in www.lexitalia.it.

³³ Dec. 29 febbraio 2016, nn. 5 e 6, in *Foro amm.*, 2016, 278 e in *Foro it.*, 2017, III, 263.

sione del c.d. preavviso di DURC negativo nell'ambito del procedimento d'ufficio per la verifica della veridicità delle dichiarazioni sostitutive rese in sede ai fini della partecipazione alla gara, si pone in linea con alcuni principi fondamentali che governano appunto le procedure di gara: i principi di parità di trattamento e di autoresponsabilità e il principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione alla gara».

Tale argomentazione non è parsa convincente a certa dottrina, secondo cui «[m]anca del tutto una confutazione del ragionamento contenuto nell'ordinanza di remissione la quale, non a torto vista la lettera della legge, rilevava che l'esclusione è comminata dall'art. 38 per violazioni “definitivamente accertate”. Partendo dal presupposto che la richiesta di regolarizzazione non si applichi al DURC richiesto dall'amministrazione aggiudicatrice il ragionamento ha una sua consequenzialità. Ma come si è detto, l'argomentazione svolta sul presupposto non convince. Su tale base, richiamare precedenti che si basavano su una situazione normativa diversa (l'istituto della richiesta di regolarizzazione non aveva rango legislativo) non importa la convinzione»³⁴.

L'argomento è stato, invece, ribadito tre mesi dopo dalla Plenaria, alla quale è parso «evidente [...] che, consentire la partecipazione ad una gara ad operatori che non possiedono, in materia di contributi previdenziali, i requisiti necessari a prendere parte alla procedura comparativa, ma ne autodichiarano il possesso, comporta due conseguenze evidenti: da un lato, l'operatore potrebbe integrare un requisito indispensabile alla partecipazione solo dopo aver preso parte alla gara ed in seguito al suo esito favorevole, a differenza degli altri concorrenti; dall'altro lato, l'autodichiarazione resa in sede di presentazione dell'offerta sarebbe viziata da una intrinseca falsità, di per sé idonea a giustificare l'esclusione dalla procedura. Inoltre, consentire una regolarizzazione postuma dei requisiti di partecipazione alla gara urterebbe con la impossibilità, affer-

³⁴ R. CARANTA, *La regolarizzazione dei debiti contributivi: la soluzione della Plenaria*, in *Urb. e app.*, 2016, 796.

mata anche dalla sentenza di questa Adunanza Plenaria n. 8 del 20 luglio 2015, di perdere i requisiti neanche temporaneamente nel corso della procedura»³⁵.

Al principio affermato dall'organo della nomofilachia si è conformata la giurisprudenza successiva³⁶, che anche di recente ha evidenziato che tale soluzione interpretativa trova conferma nell'art. 80, comma 6, del codice dei contratti pubblici del 2016, il quale «non consente di distinguere tra omissioni di pagamenti di contributi precedenti o sopravvenute all'inizio della procedura, né, ai fini dell'emissione del provvedimento di esclusione, i diversi momenti della procedura di gara, imponendo perciò l'esclusione anche dopo l'aggiudicazione e prima della stipula del contratto di appalto»³⁷.

E' stato, inoltre, precisato che l'istanza di rateizzazione dei contributi previdenziali presentata prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte vale, in virtù dell'art. 80, comma 4, del codice dei contratti pubblici del 2016, a certificare e cristallizzare il possesso del requisito a quel momento, «ma non può supplire all'emissione di un DURC certificante l'irregolarità contributiva in una data successiva alla suddetta scadenza. Nemmeno può supplirvi un successivo DURC positivo, stante il principio di necessaria continuità del possesso dei requisiti sancito dall'art. 80, comma 6»³⁸.

La Plenaria è stata chiamata a pronunciarsi anche sull'esclusione delle imprese che si trovino in *concordato preventivo con continuità aziendale*.

Già prima, la Corte costituzionale, nel dichiarare in parte inammissibili e in parte infondate talune questioni di legittimità costituzionale dell'art. 38, com-

35 Dec. 25 maggio 2016, n. 10, in *Urb. e app.*, 2016, 1240, con commento di S. CALVETTI, *Regolarizzazione del DURC negativo: giurisdizione e ammissibilità*.

36 Cfr., ad es., Cons. Stato, Sez. V, 5 giugno 2018, n. 3384, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui il requisito di regolarità contributiva costituisce una condizione di partecipazione alla gara e, «in quanto tale, deve essere posseduto ininterrottamente dal momento di presentazione dell'offerta e per tutta la durata della procedura di aggiudicazione»; T.A.R. Campania-Napoli, Sez. I, 14 settembre 2022, n. 5711, *ibidem*.

37 Cons. Stato, Sez. V, 30 giugno 2023, n. 6409, in www.giustizia-amministrativa.it; in termini, anche id., 11 ottobre 2023, n. 8858 e 9 aprile 2024, n. 3234, *ibidem*.

38 T.A.R. Piemonte, Sez. II, 18 luglio 2023, n. 701, in www.giustizia-amministrativa.it.

ma 1, lett. a), del codice dei contratti pubblici del 2006 e dell'art. 186-*bis*, comma 6, della legge fallimentare, sollevate dal T.a.r. Lazio e dal Consiglio di Stato, aveva evidenziato il sistema che poggia sulla regola generale di esclusione dalle procedure di affidamento di imprese sottoposte a procedure concorsuali, nell'evidente preminenza dell'interesse alla realizzazione dell'opera e alla tutela della stazione appaltante, che potrebbero essere lesi dalla partecipazione alla procedura di assegnazione di un'impresa economicamente instabile³⁹.

Veniva in evidenza, in particolare, la fattispecie relativa all'impresa in concordato preventivo che partecipa a una gara pubblica in raggruppamento o in forma individuale, soggetta a disciplina differenziata rispetto al caso di impresa che sia già appaltatrice al momento dell'assoggettamento a procedura. Per le imprese già titolari di un contratto di appalto individuale o in raggruppamento al momento dell'assoggettamento a concordato in continuità, infatti, soccorreva la disciplina che si reggeva sulla previsione del comma 3 del succitato art. 186-*bis*, in termini di non risolubilità dell'appalto per effetto dell'apertura della procedura e, quale presupposto per la prosecuzione del rapporto, dell'avvenuta attestazione, *ex art. 67* della legge fallimentare, da parte di professionista indipendente sulla sostenibilità finanziaria e imprenditoriale dell'impegno contrattuale (sotto specie di «ragionevole capacità di adempimento»).

In sostanza, «nel concordato in continuità la prosecuzione dei contratti in essere costituisce lo snodo fondamentale per il risanamento dell'impresa e il soddisfacimento dei creditori. Viceversa, per la partecipazione a nuove gare muta la prospettiva, dovendo essere preminente la tutela dell'interesse pubblico e segnatamente della stazione appaltante, a fronte dell'interesse dei creditori della società assoggettata a concordato preventivo in continuità»⁴⁰. Di ciò v'era eloquente dimostrazione nell'insieme della disciplina dettata dall'art. 110, commi 4 e 5, del codice dei contratti pubblici del 2006 e dall'art. 186-*bis*, commi 4,

39 Sent. 7 maggio 2020, n. 85, in *Foro it.*, 2020, I, 3003.

40 G. BRANCADORO, *Il difficile esercizio di equilibrio della Corte costituzionale in tema di concordato con continuità aziendale e appalti pubblici*, in *Giur. cost.*, 2020, 1118.

5 e 6, della legge fallimentare. La partecipazione alle gare era consentita all'impresa in concordato preventivo in continuità, ma con una serie di previsioni tarate sull'esigenza di tutela della stazione appaltante, sicché l'art. 110, comma 4, del codice rinvia *in toto* all'art. 186-*bis* della legge fallimentare, ma precisando che era necessario l'avvalimento qualora l'impresa avesse solo depositato la domanda di concordato in continuità e fosse in attesa del decreto di apertura della procedura di concordato (che avrebbe portato al voto dei creditori e all'eventuale successiva omologazione della proposta). Per la partecipazione alla gara, si richiedeva anche l'autorizzazione del tribunale – non prevista, invece, per tutte le altre attività tipiche dell'impresa – e il parere dell'attestatore sulla conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento al contratto in caso di assegnazione, nonché dichiarazione di avvalimento.

Il che confermava che la partecipazione a una nuova gara (benché rientri nell'attività tipica dell'impresa in concordato con continuità aziendale) «sposta l'asse del bilanciamento degli interessi dal ceto creditorio dell'impresa (come accade nella prosecuzione di rapporti già in atto) alla tutela degli interessi pubblici del committente»⁴¹.

Proprio nell'ottica della preminenza dell'interesse pubblico, e non più del bilanciamento di tale interesse con quello dei creditori dell'impresa debitrice, andava letta la disciplina posta al comma 6 dell'art. 186-*bis*, allorquando l'impresa partecipasse a una gara pubblica non più in forma individuale, bensì in raggruppamento temporaneo: tale disposizione, infatti, escludeva che l'impresa assoggettata a concordato preventivo in continuità potesse assumere il ruolo di mandataria del raggruppamento, ben potendo parteciparvi come mandante dello stesso o in forma individuale. In ciò non si rilevava alcuna disparità di trattamento e/o profili di irrazionalità proprio perché si trattava di fattispecie tra loro dissimili, tali da non postulare identità di disciplina, con «diverse pro-

41 G. BRANCADORO, *ibidem*.

spettive di bilanciamento dell'interesse pubblico della committente con l'interesse dei creditori sociali dell'impresa assoggettata a concordato»⁴².

Un anno dopo la pronuncia della Consulta, era stato chiesto all'Adunanza Plenaria:

a) se la presentazione di un'istanza di concordato in bianco *ex art.* 161, comma 6, della legge fallimentare dovesse ritenersi causa di automatica esclusione dalle gare per perdita dei requisiti generali ovvero se la presentazione di detta istanza non inibisse la partecipazione alle gare, quantomeno ove essa contenesse una domanda prenotativa per la continuità aziendale;

b) se la partecipazione alle gare dovesse ritenersi atto di straordinaria amministrazione e si potesse, quindi, consentire alle imprese che avessero presentato domanda di concordato preventivo c.d. in bianco la partecipazione alle stesse gare soltanto previa autorizzazione giudiziale nei casi urgenti ovvero se detta autorizzazione dovesse ritenersi mera condizione integrativa dell'efficacia dell'aggiudicazione;

c) in quale fase della procedura di affidamento dovesse intervenire tale autorizzazione giudiziale affinché potessero ritenersi legittime la partecipazione alla medesima procedura e l'aggiudicazione della gara.

L'organo della nomofilachia aveva, innanzitutto, notato come del nesso molto forte tra concordato con continuità e contratti pubblici il legislatore del 2012 si fosse mostrato subito consapevole, non solo nella disciplina dell'istituto racchiusa nell'art. 186-*bis* della legge fallimentare, che già allora in diversi punti faceva menzione dei contratti pubblici per garantirne la prosecuzione e quindi la stabilità o per permetterne a determinate condizioni la stipula di nuovi, ma anche nella coordinata modifica dell'art. 38 del codice dei contratti pubblici del 2006, in forza della quale alla tradizionale e risalente regola dell'esclusione delle imprese in stato di fallimento, liquidazione coatta o concordato preventivo s'introduceva la novità di un'eccezione esplicita per il caso di cui all'art. 186-*bis*.

42 G. BRANCADORO, *op. cit.*, 1119.

Al 2012 – aggiungeva la Plenaria – «risale anche, mutuata dall'esperienza nordamericana, la prima previsione del concordato in bianco o con riserva, introdotto all'art. 161, comma 6 [della legge fallimentare: *n.d.r.*], con il quale l'imprenditore può depositare un ricorso contenente una domanda di concordato, avente comunque un contenuto minimo, riservandosi di procrastinare di sessanta o centoventi giorni la presentazione del piano e della proposta di concordato, così da anticipare i tempi dell'emersione della crisi, ma avendo uno spazio maggiore per elaborare una via d'uscita dalla stessa, e nel frattempo beneficiare degli effetti "protettivi" di cui all'art. 168 nei confronti delle iniziative di terzi, con la possibilità di compiere atti di ordinaria amministrazione e anche, purché urgenti, di straordinaria amministrazione su autorizzazione del tribunale, come anche di assicurare la prededuzione ai nuovi creditori. Il concordato in bianco o con riserva – in cui autorevole dottrina ha scorto una scissione tra il profilo volitivo (la domanda di apertura del concordato), quello propositivo (la proposta) e quello argomentativo (il piano) – ha conosciuto sin dai primi mesi di applicazione un significativo successo ricevendo, anche per questo improvviso e largo utilizzo, valutazioni discordanti, in specie per i temuti rischi di abuso (sui quali v. Cass. Sez. Un., n. 9935/2015). Il legislatore è quindi presto tornato sull'art. 161, comma 6, con alcuni correttivi significativi, il principale dei quali è consistito nel prevedere la possibilità che il tribunale – nel fissare il termine entro il quale l'imprenditore deve presentare la proposta e il piano di concordato nonché depositare la documentazione – nomini subito un commissario giudiziale affinché vigili sull'impresa nel tempo, che potrebbe anche essere non breve, compreso tra la presentazione della domanda di concordato e l'ammissione alla procedura, e dove maggiori sono i timori di un uso dilatorio dell'istituto. Del commissario giudiziale e della sua funzione di vigilanza è fatta menzione anche all'art. 186-*bis*, a proposito del concordato con continuità aziendale, in particolare al comma 4 inserito nel 2013 e da allora rimasto sostanzialmente immutato, dove si è previsto che successivamente al deposito del ricorso, ovve-

ro alla domanda di concordato con esso proposta, “la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato”». Mentre gli artt. 161 e 186-*bis* della legge fallimentare, dal 2013 in poi si sono stabilizzati e sono poi stati trasfusi nel codice della crisi d’impresa del 2019, sono più volte cambiate le disposizioni di cui agli artt. 80, comma 5, lett. *b*), e 110 del codice dei contratti pubblici del 2016, il che – osservava ancora la Plenaria – «ha reso il coordinamento tra le prime e le seconde sicuramente meno agevole».

Dopo questo *excursus* normativo, l’organo della nomofilachia è pervenuto alla conclusione che la presentazione di una domanda di concordato in bianco o con riserva non potesse considerarsi causa di automatica esclusione né inibisse la partecipazione alle gare, non potendosi ritenere che la presentazione di tale domanda «comporti per ciò solo la perdita dei requisiti generali di partecipazione – il cui eventuale successivo recupero in caso di buon esito della procedura non varrebbe neppure ad elidere una simile cesura, in ragione del noto principio di continuità sempre ribadito da questo Consiglio (Cons. St. AP n. 8/2012 e 8/2015) – ostando a tale ricostruzione, oltre che la lettera dell’art. 186-*bis*, la veduta e ribadita funzione prenotativa e protettiva dell’istituto del concordato con riserva che, come spiegato nella relazione ministeriale all’art. 372 del codice della crisi d’impresa, da strumento di tutela non può tradursi nel suo contrario, ossia in un ostacolo alla prosecuzione dell’attività imprenditoriale in quanto proprio tale prospettiva postula che resti consentito, per quanto “vigilato”, l’accesso al mercato dei contratti pubblici»⁴³.

La Plenaria aveva precisato che tale conclusione, che subordinava la partecipazione alle procedure di gara al prudente apprezzamento del tribunale, valeva sia per l’ipotesi in cui l’impresa avesse già assunto la qualità di debitore concordatario nel momento in cui era indetta la (nuova) procedura ad evidenza pubblica, sia per il caso in cui, all’inverso, la domanda di concordato seguisse

⁴³ Dec. 27 maggio 2021, n. 11, in www.giustizia-amministrativa.it.

temporalmente quella già presentata di partecipazione alla gara. Qualora l'impresa presentasse la domanda di concordato dopo avere già presentato la domanda di partecipazione alla gara, dovrebbe chiedere al tribunale di essere autorizzata a (continuare a) partecipare alla procedura e, sebbene la legge non indicasse un termine *ad hoc* per la presentazione di tale istanza di autorizzazione, «era del tutto ragionevole ritenere che, secondo un elementare canone di buona fede in senso oggettivo, l'istanza [dovesse] essere presentata senza indugio, anche per acquisire quanto prima l'autorizzazione ed essere [...] nella condizione utile di poterla trasmettere alla stazione appaltante con la procedura ad evidenza pubblica ancora in corso».

Così definita la prima questione, la Plenaria ha ritenuto che il secondo quesito, relativo alla natura di atto di ordinaria o straordinaria amministrazione della partecipazione alla gara, non rilevasse, atteso che la citata normativa impone, per la partecipazione alle procedure di gara, l'espressa autorizzazione del tribunale.

Per fornire un quadro completo dei complessi risvolti della questione in esame, essa ha, infine, risposto al terzo quesito, specificando che «[l']autorizzazione giudiziale alla partecipazione alla gara pubblica deve dunque intervenire entro il momento dell'aggiudicazione della stessa, non occorrendo che in tale momento l'impresa, inclusa quella che ha presentato domanda di concordato in bianco o con riserva, sia anche già stata ammessa al concordato preventivo con continuità aziendale».

Tali conclusioni sono apparse condivisibili ai primi commentatori, i quali hanno osservato che «la procedimentalizzazione dell'accesso alla procedura concorsuale garantisce che l'autorizzazione, quale ultimo atto di una fattispecie a formazione progressiva, avvenga in tempo utile. La soluzione individuata dal Legislatore e specificata dal Consiglio di Stato, non comporta, a ben vedere, una deroga al principio fondamentale della continuità del possesso dei requisiti. È semmai la mancata autorizzazione della partecipazione a determinare un ef-

fetto risolutivo, facendo venir meno un elemento costitutivo della fattispecie descritta dalla norma»⁴⁴.

Come evidenziato da attenta dottrina, dalla fattispecie sottoposta all'attenzione della Corte Costituzionale e dell'Adunanza Plenaria «emerge con chiarezza come il terreno della collaborazione tra imprese, sia pure di natura occasionale e durata limitata nel tempo, in quanto finalizzata alla partecipazione per l'affidamento di contratti pubblici, può costituire la base di identificazione e valutazione degli interessi sottesi a un nuovo scenario di mercato, che deve porsi necessariamente quale nuovo paradigma ermeneutico di riferimento. I raggruppamenti temporanei rispondono, in tal senso, a una logica proconcorrenziale, poiché favoriscono l'accesso al mercato dell'affidamento dei contratti pubblici attraverso il cumulo dei requisiti, in modo da ampliare la platea dei concorrenti. Essi però soddisfano anche l'interesse della stazione appaltante alla migliore realizzazione dell'appalto, valorizzando l'unione delle risorse, delle capacità tecnico-organizzative ed economico-finanziarie delle imprese, con conseguente ampliamento delle garanzie per il committente, essendo tutte le imprese associate responsabili a vario titolo verso quest'ultimo. Orbene, se per l'impresa autonoma questi principi permettono di indulgere nel consentire la partecipazione a gare pubbliche, o la continuazione dei contratti pubblici in essere, [...] diverso è il caso del raggruppamento, per il quale la norma previgente (art. 186-*bis*, comma 6, l. fall.) e anche la norma attuale del CCII (art. 95, comma 5, D.Lgs. n. 14/2019) prevedono che "l'impresa in concordato può concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, purché non rivesta la qualità di mandataria e sempre che nessuna delle altre imprese aderenti al raggruppamento sia assoggettata ad una procedura concorsuale". Viene imposta cioè una doppia limitazione per l'impresa proponente: - che essa rivesta la

⁴⁴ E. CAMPAGNANO, *La crisi d'impresa e la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica. Il concordato con riserva al vaglio dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *Contr. e impr.*, 2022, 182-183.

qualità di mandataria; - e, se tale condizione è soddisfatta, comunque che non sussista un'altra impresa del r.t.i. sottoposta a procedura concorsuale»⁴⁵.

Occorre tenere presente che la mandataria di un raggruppamento temporaneo di imprese «è sempre responsabile in solido nei confronti della stazione appaltante (con funzioni essenzialmente di garanzia) per l'esecuzione di tutte le prestazioni, anche di quelle scorporabili o secondarie di competenza delle mandanti, ove previste dal bando di gara, oltre a dover rispondere in proprio delle prestazioni prevalenti o principali. Da questo angolo visuale, la partecipazione alla gara della mandataria in concordato preventivo con continuità si potrebbe rivelare pregiudizievole non soltanto per la stazione appaltante, esposta al rischio del fallimento dell'unico debitore solidale, ma anche per i creditori dell'impresa in concordato, a fronte della sopravvenienza di crediti prededucibili sorti da inadempimenti di soggetti diversi dal debitore. [...] Sebbene, dunque, il legislatore esprima un *favor* per la partecipazione alle gare dei raggruppamenti temporanei di imprese, nei riguardi della stazione appaltante sembra (oggi) prevalere la necessità del coordinato e completo adempimento delle obbligazioni di tutte le imprese riunite. La difficoltà di gestire un rapporto contrattuale frammentato tra diversi soggetti giuridici impone quasi di preservare il ruolo (*rectius*, la solvibilità e la efficienza) del capofila quale interlocutore unitario. La disciplina vigente, pertanto, intenderebbe sintetizzare gli interessi in gioco, da un lato, consentendo a un r.t.i. di partecipare alle procedure di affidamento in posizione paritaria rispetto a chi concorre in forme diverse, e, dall'altro lato, apprestando alcune cautele specifiche a tutela della stazione appaltante. L'efficacia di tale particolare disciplina, appunto non necessaria nel caso di partecipazione in forma individuale o autonoma, potrebbe risultare vanificata proprio in caso di crisi dell'impresa mandataria, conclamato dalla sua

45 D. LATELLA, *Concordato in continuità e contratti pubblici: note a margine del CCII, in vista del nuovo Codice degli appalti*, in *Fall.*, 2023, 473-474.

soggezione a concordato preventivo: da ciò la scelta legislativa di sottrarla al regime di favore»⁴⁶.

La giurisprudenza successiva aveva affermato che dagli artt. 80, comma 5, lett. *b*), e 110, comma 3, del codice dei contratti pubblici del 2016, in combinato disposto con l'art. 104, comma 7, della legge fallimentare, «emerge linearmente come la sottoposizione di un operatore economico a fallimento determina l'esclusione da una gara per l'affidamento delle commesse pubbliche. La *ratio* della disposizione è evidente: consentire alla stazione appaltante, fino a che è ancora in corso la procedura ad evidenza pubblica, di escludere i concorrenti che, in quanto attinti da una procedura concorsuale, non diano più garanzia di massima affidabilità nell'esecuzione di una commessa pubblica. La regola generale dell'incompatibilità tra procedure concorsuali e procedure ad evidenza pubblica subisce un'unica eccezione, normativamente prevista, per l'ipotesi del concordato preventivo con continuità aziendale, nel vigore del quale si consente all'impresa di partecipare alle procedure di gara, a determinate condizioni (cfr. artt. 161, comma 6 e 186-*bis* della legge fallimentare). All'impresa ammessa all'esercizio provvisorio, viceversa, è consentita solo l'esecuzione dei contratti già stipulati»⁴⁷. Si è, quindi, ritenuto che sia «priva di fondamento la tesi [...] secondo cui l'autorizzazione all'esercizio provvisorio dell'impresa [...] possa dispiegare effetto retroattivo a far data dalla sentenza di fallimento, in quanto nessuna norma di legge [...] supporta tale conclusione», e che il decorso di «un lasso temporale (ben 15 giorni) tra il fallimento e l'autorizzazione all'esecuzione della commessa [avesse] determinato la violazione del principio di necessaria continuità dei requisiti, il quale, come noto, esige che gli stessi siano posseduti ininterrottamente in tutte le fasi del procedimento e che la loro perdita, ancorché temporanea, impone l'esclusione del concorrente dalla gara».

46 D. LATELLA, *op. cit.*, 474.

47 T.A.R. Lazio-Roma, Sez. IV, 11 aprile 2023, n. 6227, in *Urb. e app.*, 2023, 361, con commento di A. DI MARIO, *Gli effetti del fallimento dell'impresa dopo l'aggiudicazione*.

Era stato, tuttavia, precisato che la presentazione di una domanda di concordato in bianco o con riserva non integra una causa di esclusione automatica dalle gare pubbliche, per perdita dei requisiti generali, essendo rimessa al giudice fallimentare in sede di rilascio dell'autorizzazione di cui all'art. 186-*bis*, comma 4, della legge fallimentare la valutazione della compatibilità della partecipazione alla procedura di affidamento in funzione e nella prospettiva della continuità aziendale⁴⁸.

L'esclusione per liquidazione giudiziale è stata, infine, riportata all'art. 94, comma 5, lett. *d*), del vigente codice dei contratti pubblici, relativo alle cause di esclusione automatiche, e dev'essere, quindi, letta alla luce del successivo art. 96, che – come si è visto⁴⁹ – dovrebbe rappresentare l'attuale fondamento normativo del principio di continuità nel possesso dei requisiti.

L'anzidetta disposizione codicistica conferma il regime precedente con riferimento sia all'esclusione dalla gara dell'impresa fallita o soggetta a liquidazione giudiziale sia all'impossibilità del liquidatore di farsi autorizzare alla partecipazione alla gara.

L'art. 124, comma 4, del codice, però faculta il curatore della procedura di liquidazione giudiziale, autorizzato all'esercizio provvisorio dell'impresa, a stipulare il contratto su autorizzazione del giudice delegato «qualora l'aggiudicazione sia intervenuta prima della dichiarazione di liquidazione giudiziale», in tal modo superando definitivamente l'effetto escludente della liquidazione giudiziale del contraente, anche in raggruppamento temporaneo, se si verifica dopo l'aggiudicazione.

48 Cons. Stato, Sez. V, 31 maggio 2023, n. 5403, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Lazio-Roma, Sez. IV, 6 marzo 2023, n. 3736, *ibidem*; da ultimo, nel senso che, ove sussista la tempestiva autorizzazione del tribunale fallimentare alla partecipazione e la positiva valutazione della stazione appaltante sulla possibilità per il concorrente di eseguire i lavori, è legittima l'aggiudicazione della gara a un operatore economico sottoposto a procedura di concordato preventivo con continuità aziendale, T.A.R. Emilia Romagna-Bologna, Sez. I, 31 maggio 2024, n. 389, in www.lexitalia.it.

49 Cfr. *supra*, § 1.

La Relazione al codice osserva che «[s]i tratta di una situazione in cui la partecipazione e l'aggiudicazione sono avvenute quando l'imprenditore era ancora *in bonis*, del tutto legittimamente, e manca soltanto l'aspetto formale della stipulazione. Merita tutela l'aspettativa della curatela alla stipula, in vista della tutela della consistenza del patrimonio dell'imprenditore in liquidazione giudiziale e delle ragioni dei creditori, sotto sorveglianza del curatore e del giudice delegato per verificare la sostenibilità da parte della società fallita dell'esecuzione del contratto».

Ad avviso dei primi commentatori, la nuova norma, dal punto di vista fallimentare, introduce un'eccezione (almeno formale) alla regola secondo la quale il commissario liquidatore non è autorizzato a svolgere nuova attività d'impresa, ma solo a concludere l'attività in corso, mentre, dal punto di vista amministrativo, «induce a ritenere che la gara si concluda con l'aggiudicazione. Essa quindi farà molto discutere in quanto, equiparando la stipulazione del contratto alla sua esecuzione, in sostanza porta acqua alla tesi della Cassazione [...], secondo la quale la procedura di gara si conclude con l'aggiudicazione e non con la stipulazione del contratto, con tutte le conseguenze del caso in punto di giurisdizione»⁵⁰.

All'Adunanza Plenaria è stata, altresì, sottoposta la questione della continuità dei requisiti in caso di *cessione di un ramo d'azienda*.

La giurisprudenza aveva già avuto modo di affermare che, avendo l'istituto dell'avvalimento portata generale ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione, «con riguardo al possesso dei requisiti tecnici, in caso di cessione, sono certamente riconducibili al patrimonio di una società o di imprenditore cessionari prima della partecipazione alla gara di un ramo d'azienda i requisiti posseduti dal soggetto cedente, giacché essi devono considerarsi compresi nella cessione in quanto strettamente connessi all'attività pro-

50 A. DI MARIO, *op. cit.*, 367.

pria del ramo ceduto (Consiglio Stato, sez. V, 10 settembre 2010, n. 6550). Tanto comporta che, in caso di modificazione soggettiva degli operatori economici che concorrono alla gara mediante cessione, anche se antecedente alla gara sussiste comunque l'obbligo per la stazione appaltante di effettuare le puntuali verifiche dirette ad accertare il possesso dei requisiti previsti per l'ammissione, non solo nei riguardi dell'impresa subentrante, ma anche, nei riguardi dell'impresa interessata dalla vicenda modificativa, in osservanza del principio della necessaria continuità e/o permanenza dei requisiti necessari per l'ammissione ad una procedura concorsuale»⁵¹.

Era stata, poi, ritenuta «insostenibile l'interpretazione secondo cui si possono dare cessioni di rami d'azienda senza perdita del diritto dell'attestazione relativa. In simili casi, pertanto, il soggetto cedente che resti, per avventura, in dotazione di requisiti sufficienti per una determinata qualificazione deve chiedere a una Società Organismo di Attestazione quell'attestazione di qualificazione che costituisce condizione necessaria e sufficiente per l'affidamento di lavori pubblici»⁵².

In ordine alla perdita del requisito quale effetto automatico del contratto di cessione di un ramo d'azienda (financo nell'ipotesi in cui, a seguito della verifica triennale da parte della SOA, i requisiti di qualificazione siano confermati), si registrava un contrasto giurisprudenziale.

Alcune sentenze avevano sostenuto la tesi dell'automatismo, secondo la quale, nel caso di cessione di ramo d'azienda, il cedente perde automaticamente le qualificazioni, ancorché resti “per avventura” in dotazione di requisiti sufficienti per una determinata qualificazione, poiché ciò non lo esonera dal chiedere a una SOA l'attestazione di qualificazione⁵³. Secondo questo orientamento, non potrebbe darsi rilievo alla conferma *ex post* dei requisiti operati dalla SOA

51 Cons. Stato, Sez. V, 17 novembre 2012, n. 5803, in www.giustizia-amministrativa.it.

52 Cons. Stato, Sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 813, in *Giur. it.*, 2016, 2479, con nota di G.D. COMPORTI, *Il giudice amministrativo alla prova delle dinamiche di mercato nelle gare pubbliche*.

53 Cons. Stato, Sez. IV, 29 febbraio 2016, nn. 811, 812 e 813, in www.giustizia-amministrativa.it; Sez. III, 7 maggio 2015, n. 2296 e 12 novembre 2014, n. 5573, *ibidem*.

in sede di verifica triennale, poiché essa giammai potrebbe avere un effetto sanante, stante l'effetto traslativo della cessione. Al contempo, l'importanza e l'entità del compendio ceduto non potrebbe essere accertata mediante verifica *ex post*, ma dovrebbe essere necessariamente sottoposta a specifica valutazione *ex ante* da parte della SOA.

Secondo altre pronunce, invece, è ammissibile la verifica in concreto dell'entità dei beni e rapporti trasferiti con il negozio traslativo al fine di accertare se si sia trattato di vero e proprio trasferimento di ramo d'azienda ovvero piuttosto di trasferimento di singoli cespiti; al contempo, alla verifica triennale positiva di validità dell'attestazione SOA, successiva al negozio traslativo, deve riconnettersi non già l'effetto di una rinnovazione *ex nunc* della validità del precedente certificato, ma piuttosto l'attestazione della sua perdurante validità, senza soluzione di continuità⁵⁴. Secondo questa tesi, deve, pertanto, escludersi che ogni trasferimento di ramo aziendale comporti comunque l'automatica decadenza dalla titolarità delle attestazioni SOA anche se il cedente non perde la consistenza che gli ha consentito di ottenerne il rilascio, come poi accertato in sede di verifica triennale⁵⁵.

Sulla base di una pluralità di argomenti, di ordine letterale, logico-sistematico e teleologico, la Plenaria ha ritenuto preferibile quest'ultima tesi, definita «sostanzialistica», e, per quanto qui d'interesse, ha interpretato la propria pregressa giurisprudenza in materia di continuità dei requisiti nel senso che, «[s]e la normativa intende garantire l'effettivo possesso dei requisiti di qualificazione, non può contraddittoriamente fissare una presunzione di perdita dei requisiti in virtù della cessione di un ramo d'azienda. La perdita automatica delle qualifica-

54 Cons. Stato, Sez. V, 18 ottobre 2016, nn. 4347 e 4348, in www.giustizia-amministrativa.it.

55 In tal senso, Cons. Stato, Sez. III, 9 gennaio 2017, n. 30, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui «occorre escludere in linea di principio a danno del cedente qualsiasi automatismo decadenziale conseguente alla cessione d'azienda, intendendosi con ciò affermare che occorre aver riguardo alla causa in concreto del negozio di cessione e al sottostante regolamento di interessi voluto dalle parti, in tutta la sua ampiezza, complessità e particolarità, per determinare se la cessione dei beni aziendali comporti, o meno, la perdita dei requisiti di cui alle attestazioni SOA in capo alla cedente»; nello stesso senso, Sez. V, 17 dicembre 2015, n. 5706, *ibidem*.

zioni disegnerebbe, infatti, una presunzione assoluta, che, non soltanto non è esplicitata dalla legge, ma si porrebbe in conflitto con la giurisprudenza costituzionale in materia, la quale in numerose circostanze ha affermato il principio generale secondo cui “le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell’*id quod plerumque accidit*. In particolare, l’irragionevolezza della presunzione assoluta si coglie tutte le volte in cui sia agevole formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa” (Corte costituzionale, sentenze n. 139 del 1982, n. 333 del 1991, n. 41 del 1999, n. 225 del 2008, n. 139 e 265 del 2010, n. 231 e 164 del 2011, n. 172 del 2012, etc.)⁵⁶.

Da qui la conclusione che «la cessione del ramo d’azienda non comporta automaticamente la perdita della qualificazione, occorrendo procedere a una valutazione in concreto dell’atto di cessione, da condursi sulla base degli scopi perseguiti dalle parti e dell’oggetto del trasferimento».

Al secondo quesito deferitole la Plenaria ha, conseguentemente risposto che «[i]n ipotesi di cessione di un ramo d’azienda, l’accertamento positivo effettuato dalla SOA, su richiesta o in sede di verifica periodica, in ordine al mantenimento dei requisiti di qualificazione da parte dell’impresa cedente, comporta la conservazione dell’attestazione da parte della stessa senza soluzione di continuità».

La regola del possesso ininterrotto dei requisiti di partecipazione per tutta la durata della procedura di gara trova applicazione anche nell’ipotesi in cui, successivamente alla presentazione dell’offerta, sia intervenuto un contratto di *affitto di un ramo d’azienda*, con la conseguente legittimità della verifica del

⁵⁶ Dec. 3 luglio 2017, n. 3, in www.giustizia-amministrativa.it.

possesso dei requisiti generali di partecipazione, anche soggettivi, in capo all'affittuaria dell'azienda offerente.

Anche di recente, con riguardo ad una fattispecie disciplinata dall'art. 51 del codice dei contratti pubblici del 2006⁵⁷, il Consiglio di Stato ha ribadito che «[l]'affitto d'azienda, alla stessa stregua della cessione, mette l'affittuario/cessionario in condizione di potersi giovare dei requisiti e delle referenze in relazione al compendio aziendale; l'atto di cessione di azienda abilita la società subentrante, previa verifica dei contenuti effettivamente traslativi del contratto di cessione, ad utilizzare i requisiti maturati dalla cedente, atteso che sono certamente riconducibili al patrimonio della società o dell'imprenditore cessionari. I requisiti posseduti dal soggetto cedente devono considerarsi compresi nella cessione in quanto strettamente connessi all'attività propria del ramo o dell'azienda ceduta (Consiglio di Stato sez. III, 17/03/2017, n. 1212). In caso di subentro di una società ad altra a seguito di affitto di azienda opera la presunzione di continuità in quanto sia pure mediante percezione del canone per la durata dell'affitto, il locatore si giova dei risultati economici dell'azienda conseguiti dalla successiva gestione e l'affittuario a sua volta si giova delle referenze del complesso aziendale acquisito (Consiglio di Stato sez. V, 21.8.2017, n. 4045). Come afferma Adunanza Plenaria n. 10 del 4.5.2012, la continuità dell'attività imprenditoriale ben può verificarsi in ipotesi di cessione di azienda o di ramo di azienda a titolo particolare, consistente nel passaggio all'avente causa dell'intero complesso dei rapporti attivi e passivi nei quali l'azienda stessa o il suo ramo si sostanzia. Il cessionario, così come si avvale dei requisiti del cedente sul piano della partecipazione a gare pubbliche, così risente delle conseguenze sullo stesso pia-

⁵⁷ Secondo cui, «qualora i candidati o i concorrenti, singoli, associati o consorziati, cedano, affittino l'azienda o un ramo d'azienda, ovvero procedano alla trasformazione, fusione o scissione della società, il cessionario, l'affittuario, ovvero il soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione, sono ammessi alla gara, all'aggiudicazione, alla stipulazione, previo accertamento sia dei requisiti di ordine generale, sia di ordine speciale, nonché dei requisiti necessari in base agli eventuali criteri selettivi utilizzati dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 62, anche in ragione della cessione, della locazione, della fusione, della scissione e della trasformazione previsti dal codice».

no delle eventuali responsabilità del cedente. Pertanto, senza alcun dubbio, la regola del possesso ininterrotto dei requisiti di partecipazione per tutta la durata della procedura di gara trova applicazione anche nell'ipotesi in cui, successivamente alla presentazione dell'offerta, sia intervenuto il contratto di affitto»⁵⁸.

In un caso concernente un'irregolarità fiscale riscontrata nella cedente di un ramo d'azienda, recente giurisprudenza ha evidenziato che «[c]iò che non può essere ammesso è la scomparsa dal fuoco del controllo dei requisiti del soggetto cedente o locatore dell'azienda, altrimenti mediante la trasmissione dell'azienda si porrebbe a disposizione degli operatori economici un comodo strumento per eludere il principio di continuità del possesso dei requisiti di partecipazione alle selezioni pubbliche. In altre parole, la irregolarità fiscale riscontrata nei confronti della [...] cedente del ramo di azienda [...] refluisce inevitabilmente sulla posizione della cessionaria [...] – subentrata in corso di procedura giovandosi dei requisiti della cedente – determinandone così l'esclusione dalla medesima procedura [...], poiché la regola del possesso ininterrotto dei requisiti di partecipazione per tutta la durata della procedura di gara trova applicazione anche nell'ipotesi in cui, successivamente alla presentazione dell'offerta, sia intervenuto il contratto di affitto (cfr. Cons. Stato, sent. n. 5517/2021). L'esigenza sottesa ad una simile interpretazione, secondo la condivisibile giurisprudenza, è ancora più evidente nel caso in cui si tratti di affitto (come nella fattispecie) e non di cessione dell'azienda, “dal momento che l'influenza dell'impresa locatrice è destinata a restare intatta per tutto lo svolgimento del rapporto e ben potrebbe costituire un agevole mezzo per aggirare gli obblighi sanciti dal codice degli appalti...”. A tale specifico riguardo (contratto di affitto di azienda) è stato affermato proprio che: “non soltanto l'affittuario è in condizione di utilizzare mezzi d'opera e personale facenti capo all'azienda affittata ma, soprat-

⁵⁸ Sez. III, 22 luglio 2021, n. 5517, in www.giustizia-amministrativa.it. Nel senso che i principi affermati con specifico riferimento alla cessione di azienda sono estensibili anche al caso dell'affitto di azienda, ravvisandosi, in entrambe le fattispecie, una modifica soggettiva dell'azienda, anche Sez. V, 18 agosto 2021, n. 5916, *ibidem*.

tutto, si mette in condizione di avvantaggiarsi anche dei requisiti di ordine tecnico organizzativo ed economico finanziario facenti capo a tale azienda, per quanto ciò avvenga per un periodo di tempo determinato e malgrado la reversibilità degli effetti una volta giunto a scadenza il contratto di affitto d'azienda, con l'obbligo di restituzione del complesso aziendale” (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 12 dicembre 2018, n. 7022, cit.; Cons. Stato, sez. V, 5 novembre 2014, n. 5470, cit.)»⁵⁹.

Solo tre mesi fa, tale orientamento è stato ribadito dal Consiglio di Stato, assai chiaro nell'affermare che «in caso di affitto di azienda (anche dopo la verifica del possesso dei requisiti in capo all'affittante e all'affittuaria con subentro di quest'ultima alla prima) devono permanere i requisiti di partecipazione in capo all'impresa affittante. [...] In base al principio generale *ubi commoda ibi incommoda*, [...] il cessionario, come si avvale dei requisiti del cedente sul piano della partecipazione a gare pubbliche, così risente delle conseguenze, sullo stesso piano, delle eventuali responsabilità del cedente (in tal senso: Cons. Stato, sez. III, 22 maggio 2019, n. 3331; Cons. Stato, Sez. III, 12 dicembre 2018, n. 7022; Cons. Stato, Sez. V, 5 novembre 2014, n. 5470; Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 10). Quindi, in definitiva, risulta necessaria la verifica del possesso dei requisiti [...] sia in capo all'affittante che all'affittuario di un'azienda, onde evitare che il ricorso a tale strumento negoziale possa costituire strumento per eludere il principio del possesso necessariamente continuativo dei requisiti di partecipazione (Cons. Stato, 6706/2021; 8081/2021)»⁶⁰.

Ovviamente, la continuità dei requisiti non poteva non essere richiesta relativamente ad **attestazioni SOA e certificazioni di qualità**, che, per costante giurisprudenza, devono essere mantenute «per l'intero periodo corrente dalla

59 T.A.R. Campania-Napoli, Sez. I, 5 luglio 2023, n. 4011, in *Foro amm.*, 2023, II, 1124 e in *Contr. Stato e enti pubbl.*, 2023, 107, con nota di E. RIZZI, *L'esclusione dalla gara per mancata continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione in capo all'affittante l'azienda*; nello stesso senso, Sez. VIII, 3 luglio 2023, n. 3968, in *Foro amm.*, 2023, II, 1141.

60 Sez. III, 4 marzo 2024, n. 2089, in www.giustizia-amministrativa.it.

data di scadenza della domanda di partecipazione alla gara fino alla conclusione dei lavori o alla completa esecuzione del contratto»⁶¹.

Già nella vigenza del d.p.r. n. 207 del 2010, tuttavia, per non penalizzare con l'esclusione dalla gara il concorrente che si fosse tempestivamente attivato in presenza di un'attestazione SOA prossima alla scadenza, si riteneva sufficiente ai fini della continuità del requisito che l'impresa avesse presentato istanza di rinnovo dell'attestazione entro novanta precedenti alla scadenza della stessa, «atteso che il rilascio di una nuova certifica non solo la sussistenza dei requisiti di capacità da una data ad un'altra, ma anche che l'impresa non ha mai perso requisiti in passato già valutati e certificati positivamente, mantenendoli anche nel periodo intercorrente tra la domanda di rinnovo e quella di rilascio della nuova certificazione, senza alcuna soluzione di continuità»⁶².

Diversamente, «[l]a presentazione della domanda di rinnovo oltre i predetti 90 giorni non precluderà di per sé il rilascio dell'attestazione, che dovrà però considerarsi nuova ed autonoma rispetto a quella ormai scaduta, e comunque decorrente, quanto ad efficacia, dalla data del suo effettivo rilascio (anziché retroagire al momento di scadenza della prima)»⁶³.

La situazione non è cambiata con l'avvento del nuovo codice.

Meno di un mese fa, infatti, è stata dichiarata illegittima l'aggiudicazione di un appalto di lavori disposta in favore di un operatore economico che aveva partecipato alla gara in virtù di una SOA per la categoria prevalente scaduta in pendenza della procedura di gara, non aveva chiesto tempestivamente all'organismo di attestazione (stipulando all'uopo il relativo contratto d'incarico) di procedere alla verifica della sua posizione e di provvedere al conseguente "aggiornamento" (o "rinnovamento") dell'attestato ed aveva ottenuto il rilascio di

⁶¹ In tal senso, *ex plurimis*, T.A.R. Sicilia-Palermo, Sez. III, 21 maggio 2020, n. 1029, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Giust. Amm. Reg. sic., 24 marzo 2017, n. 132, *ibidem*.

⁶² Cons. Stato, Sez. V, 18 novembre 2020, n. 7178 e 3 aprile 2018, n. 2051, in www.giustizia-amministrativa.it; nello stesso senso, T.A.R. Campania-Salerno, Sez. I, 25 febbraio 2020, n. 286, *ibidem*; T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. I, 3 luglio 2018, n. 1404, *ibidem*; T.A.R. Lombardia-Milano, Sez. I, 20 aprile 2018, n. 1060, *ibidem*.

⁶³ Cons. Stato, Sez. V, 6 luglio 2018, n. 4148, in www.giustizia-amministrativa.it.

un nuovo certificato SOA – ancorché recante una classifica superiore rispetto a quella precedentemente posseduta e presentata per la partecipazione alla gara – ben oltre il termine di novanta giorni antecedenti la data di scadenza dell'attestazione, previsto dall'art. 16, comma 5, All. II.12 al vigente codice dei contratti pubblici⁶⁴. In tal caso, è stato rilevato che il contratto di rinnovo dell'attestazione SOA non poteva consentire l'ultrattività della “vecchia” SOA: in altri termini, la nuova SOA non poteva che avere un'efficacia *ex nunc*, così determinandosi una soluzione di continuità nel possesso dei requisiti specifici di partecipazione.

Già prima, il Consiglio di Stato aveva inequivocabilmente affermato che la perdita dell'attestazione SOA non può essere recuperata attraverso dichiarazioni postume della società di attestazione, ai sensi delle quali l'impresa sarebbe rimasta in possesso, senza soluzione di continuità, dei requisiti d'ordine speciale⁶⁵.

Sempre in applicazione del principio di continuità nel possesso dei requisiti, è stata ritenuta legittima l'esclusione dalla gara di un operatore economico disposta a causa della temporanea perdita, durante lo svolgimento della procedura, del requisito di partecipazione relativo all'**iscrizione all'Albo dei Gestori Ambientali**, richiesto dalla *lex specialis*.

Tale iscrizione è «un requisito di natura soggettiva relativo alla idoneità professionale degli operatori [...] e costituisce titolo autorizzatorio per l'esercizio dell'attività di raccolta e trasporti dei rifiuti pericolosi e non, sì che “il relativo possesso determina quindi l'abilitazione soggettiva all'esercizio della professione e costituisce pertanto, un requisito che si pone a monte dell'attività di gestione dei rifiuti, pacificamente rientrando nell'ambito dei requisiti di partecipazione e non di esecuzione” (Consiglio di Stato, Sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6032), risultando poi la presenza soggettiva di siffatto requisito per poter con-

64 T.A.R. Calabria-Reggio Calabria, 10 maggio 2024, n. 325, in www.lexitalia.it.

65 Sez. V, 12 gennaio 2023, n. 434, in www.giustizia-amministrativa.it.

correre a gare aventi ad oggetto dette attività “conforme all’immanente principio di ragionevolezza e di proporzionalità - in specie, quanto a necessità e adeguatezza (Cons. Stato, V, 19 aprile 2017, n. 1825)»⁶⁶.

Anche la giurisprudenza penale ha affermato che «[l]a sospensione dell’iscrizione comporta il venir meno, per tutto il periodo della durata, dell’efficacia del titolo necessario per poter esercitare le attività per le quali l’impresa è stata iscritta. Sicché lo svolgimento *medio tempore* dell’attività (in questo caso) di trasporto di rifiuti deve ritenersi effettuato in mancanza di autorizzazione, dovendosi aver riguardo, a tal fine, non alla mancanza fisica dell’iscrizione, bensì agli effetti autorizzatori connessi all’iscrizione, sospesi (e dunque mancanti) per tutta la durata del relativo provvedimento»⁶⁷.

In applicazione del principio di continuità, è stato, dunque, ritenuto che la sospensione dell’iscrizione all’Albo dei Gestori Ambientali, richiesta dalla *lex specialis*, seppur temporanea, determini uno iato nel possesso dello specifico requisito di idoneità professionale e giustifichi, conseguentemente, l’esclusione dalla gara⁶⁸.

Il problema della continuità dei requisiti si pone anche nel caso di ***impresa attinta da informazione interdittiva antimafia***.

Secondo la giurisprudenza formatasi nella vigenza del codice dei contratti pubblici del 2006, l’interdittiva antimafia non era un requisito di ordine generale, ovvero una caratterizzazione soggettiva dell’impresa, ma produceva gli effetti di una misura di prevenzione finalizzata a negare l’accesso alle commesse pubbliche alle imprese sospettabili di connessione con la criminalità organizzata. Ove gli effetti di un tale sospetto, formalizzati nel provvedimento interdittivo, fossero venuti meno, sarebbe cessata la ragione stessa dell’inabilitazione e la sua (temporalmente) circoscritta previgenza non avrebbe precluso la stipula del

66 Cons. Stato, Sez. V, 3 giugno 2019, n. 3727, in www.giustizia-amministrativa.it.

67 Cass. pen., Sez. III, 9 aprile 2015, n. 14273, in *CED Cassazione penale*, 2015.

68 T.A.R. Puglia-Lecce, Sez. II, 18 gennaio 2022, n. 72, in www.giustizia-amministrativa.it.

contratto né, a maggior ragione, imposto l'esclusione o la revoca dell'aggiudicazione. Del resto, il non essere stato destinatario di un'interdittiva antimafia non era condizione che la legge elevasse a requisito generale di qualificazione alle procedure di evidenza pubblica. Conseguentemente, si riteneva che non vi fosse spazio per invocare il principio di continuità dei requisiti generali e speciali⁶⁹.

Tale orientamento giurisprudenziale, tuttavia, era stato superato da un altro, secondo il quale «l'emissione dell'informazione antimafia, ai sensi dell'art. 84, comma 4, del d.lgs. n. 159 del 2011, rientra tra le cause di esclusione dalla gara e comporta ineluttabilmente l'impossibilità di stipulare i contratti con la pubblica amministrazione [...], in quanto, secondo la previsione dell'art. 116, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 159 del 2011, i richiami alle disposizioni della l. n. 1423 del 1956 e alla l. n. 575 del 1965 si devono intendere riferiti al d.lgs. n. 159 del 2011 e, in particolare, agli artt. 67 e 84 del codice antimafia, che contemplano le due misure di prevenzione amministrative della comunicazione antimafia e dell'informazione antimafia, entrambe ad effetto interdittivo ai sensi dell'art. 67 del d.lgs. n. 159 del 2011, senza che possa distinguersi sul punto»⁷⁰.

Successivamente, l'art. 80, comma 2, del codice dei contratti pubblici del 2016 ha previsto espressamente tra le ipotesi di esclusione dell'operatore economico dalla gara la comunicazione di misure interdittive antimafia, per cui la giurisprudenza successiva è stata chiamata piuttosto a stabilire che effetti abbia sul provvedimento di esclusione da una gara disposto nei confronti di un'impresa attinta da un'informazione antimafia interdittiva la sopraggiunta ammissione della stessa al controllo giudiziario *ex art. 34-bis* del decreto legislativo n. 159 del 2011.

Ebbene, la giurisprudenza ha univocamente affermato che, in virtù del principio generale dell'efficacia solo per l'avvenire, l'ammissione al controllo giudiziario non incide sul pregresso provvedimento di esclusione e consente,

69 Così Cons. Stato, Sez. V, 10 aprile 2017, n. 1677, in www.giustizia-amministrativa.it.

70 Così Cons. Stato, Sez. III, 19 dicembre 2017, n. 5963, in www.giustizia-amministrativa.it, seguita da id., 24 ottobre 2018, n. 6052, *ibidem*.

quindi, all'impresa soltanto di partecipare in situazione di controllo a future procedure di gara⁷¹, ma non anche di essere reintegrata nell'esecuzione dei lavori affidatili nel periodo in cui era operante nei suoi confronti l'interdittiva⁷².

Tale orientamento è stato condiviso da recente dottrina, ad avviso della quale, «[a]mmettendo la soluzione della retroattività, verrebbe ad essere violato altresì il principio *tempus regit actum*, in quanto la misura interdittiva accerta in un dato momento il pericolo d'infiltrazioni mafiose, cristallizzandone in un dato momento gli effetti che non possono essere vanificati *ex tunc* mediante l'ammissione al controllo giudiziario»⁷³.

Inoltre, se si generalizzasse l'effetto retroattivo dell'ammissione al controllo giudiziario, molte imprese sarebbero indotte a partecipare “al buio” alle procedure di gara, confidando sul fatto che, sia pure colpite da interdittiva antimafia, un'eventuale ammissione al controllo giudiziario farebbe loro riacquistare la capacità di contrattare con la pubblica amministrazione, di cui non erano in possesso al momento dell'affidamento dell'appalto⁷⁴, con evidente elusione degli obiettivi di prevenzione antimafia⁷⁵.

Last but not least, se retroagisse, la misura del controllo giudiziario finirebbe per avere un effetto caducante, e non semplicemente inibitorio, sull'interdittiva antimafia, il che sarebbe in netto contrasto con l'art. 113, comma 3, della Costituzione, secondo cui il legislatore determina quali organi di giurisdizione possano annullare gli atti della pubblica amministrazione e con quali effetti⁷⁶: il

71 Cons. Stato, Sez. V, 14 aprile 2022, n. 2847, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Lombardia-Milano, Sez IV, 1 agosto 2022, n. 1831, *ibidem*.

72 Cons. Stato, Sez V, 6 ottobre 2022, n. 8558, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. IV, 1 maggio 2022, n. 1219, *ibidem*.

73 G. IUDICA, *Brevi osservazioni sui rapporti tra controllo giudiziario ex art. 34 bis, comma 7, d.lgs. n. 259 del 2011 ed effetti della sospensione dell'interdittiva antimafia*, in *Riv. trim. app.*, 2023, 452.

74 Sull'incapacità *ex lege* dell'impresa attinta da interdittiva antimafia anche in relazione all'art. 67, comma 1, d.lgs. n. 159/2011, Cons. Stato, Ad. Plen., 6 aprile 2018, n. 3, in www.giustizia-amministrativa.it.

75 In tal senso, T.A.R. Campania-Napoli, Sez I, 28 ottobre 2021, n. 6793, in www.giustizia-amministrativa.it.

76 G. IUDICA, *op. cit.*, 453.

tribunale della prevenzione, infatti, non può sindacare l'interdittiva, pena l'indebita invasione della sfera riservata all'amministrazione⁷⁷.

Sul punto, è recentemente intervenuta l'Adunanza Plenaria, affermando chiaramente che l'istituto del controllo giudiziario «non ha effetto caducante sulla interdittiva antimafia – la cui esistenza, al contrario, necessariamente presuppone – ma determina solo la sospensione delle conseguenze inibitorie per tutto il periodo di durata della misura»⁷⁸.

La giurisprudenza successiva ha ribadito il principio «secondo cui il controllo giudiziario [...] può solamente sospendere in modo temporaneo gli effetti della misura interdittiva, ma non già eliminare quelli nel frattempo prodotti dall'interdittiva stessa nei rapporti in corso. [...] La tesi contraria ammetterebbe una interpretazione non conforme alla *ratio legis* della disposizione invocata, atteso che in riferimento ai provvedimenti di esclusione [...], gli effetti del tentativo di infiltrazione mafiosa non si esauriscono solo nell'ambito della procedura di gara, ma riguardano anche la fase di esecuzione del contratto. Diversamente opinando verrebbe meno la finalità dell'interdittiva antimafia, ossia tutelare il rapporto con l'amministrazione da eventuali e probabili forme di infiltrazioni mafiose che inquinano l'economia legale, alterano il funzionamento della concorrenza e costituiscono una minaccia per l'ordine e la sicurezza pubblica: il controllo giudiziario [...] può quindi sospendere gli effetti dell'interdittiva, ma non già eliminare quelli già prodotti dall'interdittiva stessa, da cui è stata attinta l'impresa in ragione del riscontrato pericolo di infiltrazione mafiosa nel peculiare periodo temporale in corso. [...] L'ammissione (o anche solo la richiesta in tal senso) al controllo giudiziario [...] non ha dunque alcuna conseguenza sui provvedimenti di esclusione [...], i cui effetti contestualmente si producono e si esauriscono in maniera definitiva nell'ambito della procedura di gara intera-

⁷⁷ P. MAGLIONE, *Prevenzione patrimoniale al crocevia tra giudice penale e prefettura: lo "strano caso" del controllo giudiziario volontario*, in www.federalismi.it, n. 6/2021, 112.

⁷⁸ Dec. 13 febbraio 2023, n. 8, in www.lexitalia.it.

mente considerata, di modo che non vi è possibilità di un ritorno indietro per via della predetta ammissione»⁷⁹.

In sostanza, per quanto qui d'interesse, può concludersi che, «in assenza di una disposizione che esplicitamente riconosca alla sospensione degli effetti interdittivi dell'antimafia conseguente all'ammissione al controllo giudiziario efficacia derogatoria nei confronti del principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione, la perdita in corso di gara del requisito dell'assenza di tentativi di infiltrazione mafiosa non può considerarsi sanata, ai fini della partecipazione, dall'ammissione alla misura di prevenzione di cui all'art. 34-*bis* del D.lgs. n. 159/2011»⁸⁰.

Adesso, va, però, considerato che l'art. 94, comma 2, del vigente codice dei contratti pubblici sancisce l'irrelevanza della causa di esclusione discendente dall'emissione di una misura interdittiva antimafia ove l'impresa sia stata ammessa al controllo giudiziario entro la data dell'aggiudicazione.

Il legislatore ha, in tal modo, «inteso ampliare la portata del controllo giudiziario come strumento di “bonifica”, riconoscendo così all'operatore economico più ampie possibilità di riconduzione ad economie sane», e contribuendo a fare chiarezza in ordine al controverso rapporto tra interdittiva antimafia e controllo giudiziario⁸¹.

La continuità nel possesso dei requisiti entra in gioco anche con riguardo agli ***obblighi di assunzione di soggetti disabili***.

79 Cons. Stato, Sez. V, 22 settembre 2023, n. 8481, in www.giustizia-amministrativa.it.

80 A.N.AC., delib. 26 gennaio 2022, n. 29, in www.anticorruzione.it; nel senso, in presenza di un'ammissione al controllo giudiziario disposta quando la procedura di gara è già ultimata, «la pur ammessa efficacia paralizzante del controllo giudiziario non sani il difetto del requisito di partecipazione, condizione che si produce ed esaurisce in maniera definitiva nell'ambito della procedura di gara [...], interamente considerata», T.A.R. Campania-Napoli, Sez. I, 29 novembre 2023, n. 6559, in www.giustizia-amministrativa.it.

81 R. ROLLI – M. MAGGIOLINI, *Cause di esclusione non più escludenti: continuità del possesso dei requisiti, informazione interdittiva antimafia e controllo giudiziario (nota a sentenza Consiglio di Stato, V sez. n. 8481 del 2023)*, in www.giustiziainsieme.it, 21 febbraio 2024, § 3.

Un paio di mesi fa, il Consiglio di Stato ha affermato che, in presenza di un'impresa che aveva autodichiarato la propria condizione di regolarità in una data in cui certamente il termine di cui all'art. 9, comma 1, della legge n. 68 del 1999 era già scaduto⁸², e, nel contempo, non aveva ancora né formulato richiesta di assunzione nominativa né sottoscritto la convenzione di cui all'art. 11, la condizione di inottemperanza a tale momento deve considerarsi conclamata, a nulla rilevando che in tale momento l'impresa fosse ancora nei termini per l'invio del prospetto informativo e che questo sia stato poi regolarmente trasmesso, dal momento che tale invio afferisce solo a una possibile modalità di inoltro della richiesta di assunzione e non esclude affatto che l'impresa, già in un momento anteriore, fosse obbligata all'assunzione di un soggetto disabile (*ex art. 3*) e fosse anche già inottemperante a tale obbligo (*ex art. 9, comma 1*)⁸³. Tale condizione di inosservanza, riscontrata alla data della presentazione dell'offerta, è stata ritenuta «di per sé sufficiente a legittimare la doverosa esclusione dalla procedura selettiva, rendendo ultronee le ulteriori considerazioni svolte [...] – in ossequio al principio della continuità del possesso dei requisiti – con riferimento anche al successivo periodo di svolgimento della gara».

Per completezza, non posso esimermi dall'affrontare, ovviamente in modo rapido e con esclusivo riguardo al principio di continuità nel possesso dei requisiti, anche l'ipotesi dell'*illecito professionale grave*, che pur forma oggetto di un'apposita relazione.

Ed infatti, «[i]n coerenza con l'obbligo di mantenere i requisiti per tutta la durata della gara pubblica e successivamente alla sua conclusione, il Consiglio di Stato indica un momento preciso della procedura in cui l'operatore è tenuto ad aggiornare la propria dichiarazione e comunicare tutte le vicende, anche so-

⁸² Secondo il succitato art. 9, comma 1, la regolarità dell'impresa ai fini dell'applicazione delle sanzioni previste dalla l. n. 68/1999 permane per i primi sessanta giorni dal momento dell'insorgere dell'obbligo di assunzione; tale regolarità deve sussistere ed essere dichiarata al momento della partecipazione alla gara d'appalto.

⁸³ Sez. III, 5 aprile 2024, n. 3167, in www.giustizia-amministrativa.it.

pravvenute, relative alla propria attività professionale, al fine di consentire alla stazione appaltante di compiere un'adeguata valutazione di affidabilità [...]. Il dovere comunicativo si ritiene violato laddove, a seguito dell'evento rilevante, si tengano sedute pubbliche di gara e in tale occasione l'operatore manchi di aggiornare la dichiarazione resa precedentemente»⁸⁴.

In sostanza, dev'essere l'amministrazione – com'è noto – a valutare, in concreto, se e per quali motivi gli elementi raccolti depongono per un illecito professionale così grave da incidere sull'affidabilità morale o professionale dell'operatore e ciò deve avvenire alla luce del principio di continuità nel possesso dei requisiti⁸⁵. Da qui la sussistenza, in capo ai partecipanti alle procedure d'appalto della pubblica amministrazione, dell'obbligo di comunicare a quest'ultima, nel corso della gara, tutte le vicende, *anche sopravvenute*, attinenti allo svolgimento della propria attività professionale, al fine di consentirle di valutare l'eventuale incidenza di tali precedenti sulla loro reale affidabilità, morale e professionale⁸⁶.

E', dunque, in virtù del principio di continuità nel possesso dei requisiti che la giurisprudenza afferma, ad es., che «non è rilevante, agli effetti dell'obbligo di effettuare la dichiarazione, la circostanza per cui la sentenza di condanna sia intervenuta nel corso del procedimento di gara, e successivamente alla dichiarazione resa a corredo della domanda di partecipazione»⁸⁷.

84 Cons. Stato, Sez. III, 20 agosto 2021, n. 5967, in *Urb. e app.*, 2022, 337, con commento di L. BATTARINO, *Sull'obbligo dichiarativo dei fatti sopravvenuti in corso di gara pubblica*; nello stesso senso, id., 26 ottobre 2020, n. 6530 e 13 giugno 2018, n. 362, in www.giustizia-amministrativa.it; Sez. V, 6 aprile 2020, n. 2260, *ibidem*.

85 T.A.R. Emilia Romagna-Parma, Sez. I, 6 giugno 2023, n. 197, in www.giustizia-amministrativa.it.

86 T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, Sez. I, 13 giugno 2023, n. 205, in www.giustizia-amministrativa.it (il corsivo nel testo è nostro); in termini, A.N.AC., delib. 12 luglio 2023, n. 327, in www.anticorruzione.it.

87 T.A.R. Campania-Salerno, Sez. II, 22 marzo 2021, n. 731, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, Sez. V, 15 dicembre 2020, n. 8021, *ibidem*; Sez. III, 1 luglio 2015, n. 3274, *ibidem*.

Per analoghe esigenze di completezza, occorre dar conto dell'applicazione del principio di continuità nel possesso dei requisiti a **raggruppamenti temporanei di imprese e consorzi**, anch'essi oggetto di una relazione *ad hoc*.

Già l'art. 89, comma 3, del codice dei contratti pubblici del 2016 consentiva la sostituzione dell'impresa ausiliaria che avesse perso uno o più requisiti di partecipazione. Come evidenziato dalla giurisprudenza, si tratta di un «istituto patentemente derogatorio al principio dell'immodificabilità soggettiva del concorrente nel corso della procedura (nonché di coloro di cui intende avvalersi: e, per questa via, della stessa offerta), rispondendo all'esigenza, stimata superiore, di evitare l'esclusione dell'operatore per ragioni a lui non direttamente riconducibili e, in questo modo, sia pure indirettamente, stimolare il ricorso all'avvalimento: il concorrente, infatti, può far conto sul fatto che, nel caso in cui l'ausiliaria non presenti i requisiti richiesti, potrà procedere alla sua sostituzione e non sarà, per solo questo fatto, escluso»⁸⁸. In considerazione di ciò, esso è stato inizialmente ritenuto di stretta interpretazione e non applicabile, quindi, alla diversa ipotesi della perdita del requisito da parte della capogruppo mandataria di un costituendo raggruppamento⁸⁹.

Tre anni fa, tuttavia, l'Adunanza Plenaria ha affermato che anche «[l]a consorziata di un consorzio stabile, non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori, è equiparabile, ai fini dell'applicazione [...] dell'art. 89 co. 3 del d.lgs. n. 50/2016, all'impresa ausiliaria nell'avvalimento, sicché la perdita da parte della stessa del requisito impone alla stazione appaltante di ordinarne la sostituzione»⁹⁰.

⁸⁸ Cons. Stato, Sez. V, 26 aprile 2018, n. 2527, in www.giustizia-amministrativa.it; in termini, T.A.R. Campania-Salerno, Sez. I, 27 dicembre 2019, n. 2272, *ibidem*.

⁸⁹ T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. I, 5 maggio 2020, n. 951, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹⁰ Dec. 18 marzo 2021, n. 5, in *Urb. e app.*, 2021, 525, con commento di A. GIACALONE – A. PELOSO, *I requisiti dei consorzi stabili e l'avvalimento "di riserva" di matrice pretoria*, ad avviso dei quali la lettura "evolutiva" dell'istituto dell'avvalimento e della connessa possibilità di sostituire l'impresa ausiliaria proposta dalla Plenaria era «suscettibile di trovare applicazione estensiva anche in altre ipotesi di aggregazione tra operatori economici» (*ivi*, 534).

Alcuni mesi dopo, della possibilità di sostituzioni soggettive nei raggruppamenti temporanei di imprese è stata chiamata ad occuparsi la Corte di Giustizia dell'Unione europea⁹¹, che è parsa non considerare in alcun modo la diversità del ruolo assunto in gara da un'ausiliaria rispetto ad un'impresa riunita ed ha richiamato la propria precedente giurisprudenza secondo la quale le amministrazioni aggiudicatrici devono sempre disporre della facoltà di imporre la sostituzione del soggetto che risulti carente dei requisiti, financo nell'ipotesi in cui questi abbia reso una falsa dichiarazione⁹².

Un mese dopo, la Sez. V del Consiglio di Stato ha nuovamente rimesso all'Adunanza Plenaria la questione, già *incidenter tantum* affrontata con le sentenze nn. 9 e 10 del 2021, relativa alla possibilità di modificare i raggruppamenti temporanei di imprese in corso di gara (e non solo in fase di esecuzione) in caso di sopravvenuta perdita dei requisiti di partecipazione⁹³.

L'organo della nomofilachia ha ritenuto che, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione da parte del mandatario o di una delle mandanti, la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese sia consentita non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara, e che in siffatta ipotesi la stazione appaltante, in ossequio al principio di partecipazione procedimentale, debba interpellare il raggruppamento e, laddove questo intenda riorganizzare il proprio assetto per poter riprendere la partecipazione alla gara, assegnargli un congruo termine per provvedere all'incombenza⁹⁴.

La Plenaria – che ha interpretato i commi 17, 18 e 19-*ter* dell'art. 48 del codice dei contratti pubblici del 2016 «nel senso di consentire, ricorrendone i presupposti, esclusivamente la modificazione “in diminuzione” del raggruppa-

91 Grande Sez., 7 settembre 2021, in causa C-927/2019, *Klaipėdos regiono atlieku tvarkymo centras c. UAB Ecoservice Klaipėda e altri*, in <https://eur-lex.europa.eu>.

92 Così D. BRACCI, *I raggruppamenti temporanei tra esclusioni e sostituzioni alla luce della sentenza della Corte di giustizia europea 7 settembre 2021, n. C-927/19*, in *Riv. trim. app.*, 2022, 131-132, cui si rinvia per gli ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

93 Ord. 18 ottobre 2021, n. 6959, in www.giustizia-amministrativa.it.

94 Dec. 25 gennaio 2022, n. 2, in *Giur. it.*, 2022, 1934, con nota di M. FAVIERE, *Le modifiche soggettive di un R.T.I. in corso di gara*.

mento temporaneo di imprese, e non anche quella cd. “per addizione”, che si verificherebbe con l’introduzione nella compagine di un soggetto ad essa esterno»⁹⁵ – ha osservato «come una interpretazione che escluda la sopravvenienza della perdita dei requisiti *ex art. 80* in fase di gara, per un verso introdurrebbe una disparità di trattamento tra varie ipotesi di sopravvenienze non ragionevolmente supportata; per altro verso, perverrebbe ad un risultato irragionevole nella comparazione in concreto tra le diverse ipotesi, poiché sarebbe consentita la modificazione del raggruppamento in casi che ben possono essere considerate più gravi – secondo criteri di disvalore ancorati a valori costituzionali che l’ordinamento deve tutelare, come certamente quello inerente a casi previsti dalla normativa antimafia - rispetto a quelli relativi alla perdita di requisiti di cui all’art. 80. Inoltre, si verificherebbe un caso di concreta incapacità a contrattare con la pubblica amministrazione da parte di imprese in sé “incolpevoli”, riguardando il fatto impeditivo sopravvenuto una sola di esse, così finendo per costituire una fattispecie di “responsabilità oggettiva”, ovvero una inedita, discutibile (e sicuramente non voluta) speciale fattispecie di *culpa in eligendo*. In sostanza, «una interpretazione restrittiva della sopravvenuta perdita dei requisiti *ex art. 80*, a maggior ragione perché non sorretta da alcuna giustificazione non solo ragionevole, ma nemmeno percepibile, finisce per porsi in contrasto sia con il principio di eguaglianza, sia con il principio di libertà economica e di *par condi-*

⁹⁵ In tal senso, appena due settimane dopo, anche Cons. Stato, Sez. V, 8 febbraio 2022, n. 899, in *Giur. it.*, 2022, 2476, con nota di I. PAGANI, *La modifica del R.T.I. in fase di gara o di esecuzione del contratto pubblico*, il quale, tuttavia, si chiede «fino a che punto il rigore con cui si è preclusa la modifica “in addizione” in concreto tuteli ogni profilo meritevole di protezione. La modifica del R.T.I. solo “per sottrazione” potrebbe infatti ledere altri interessi, tanto della committenza quanto degli altri operatori che si interfacciano con l’affidatario nell’esecuzione del rapporto: per la riduzione dei corresponsabili per la corretta esecuzione; per la necessità (stante il divieto di eterointegrazioni del R.T.I.) di proseguire nell’affidamento, con derivata necessità di una nuova gara che dilata i tempi d’esecuzione e fors’anche i costi. Tutto ciò, a fronte di un’attività – la verifica dei requisiti oggettivi, soggettivi e antimafia – che potrebbe comunque essere fatta (in fase di gara o d’esecuzione) nel momento in cui si verifica l’addizione: non molto diversamente da quanto dispone per i subappaltatori l’art. 105, 12° comma, del Codice. Il tutto, certo escludendo – per rispetto della *par condicio* e a presidio della concorrenza – il subentro di soggetti già offerenti e non rimasti aggiudicatari, perché mai si potrebbe consentire ad un operatore di concorrere due volte per la medesima commessa» (*ivi*, 2480).

cio delle imprese nei confronti delle pubbliche amministrazioni (come concretamente declinati anche dall'art. 1 della l. n. 241/1990 e dall'art. 4 del codice dei contratti pubblici). Ed infatti, come condivisibilmente affermato dall'ordinanza di rimessione, «nessuna delle ragioni che sorreggono il principio di immutabilità della composizione del raggruppamento varrebbero a spiegare in maniera convincente il divieto di modifica per la perdita dei requisiti di partecipazione *ex art.* 80 in sede di gara: non la necessità che la stazione appaltante si trovi ad aggiudicare la gara e a stipulare il contratto con un soggetto del quale non abbia potuto verificare i requisiti, in quanto, una volta esclusa dall'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 10 del 2021 la c.d. sostituzione per addizione, tale evenienza non potrà giammai verificarsi quale che sia la vicenda sopravvenuta per la quale sia venuto meno uno dei componenti del raggruppamento; né la tutela della *par condicio* dei partecipanti alla procedura di gara, che è violata solo se all'uno è consentito quel che all'altro è negato».

Come evidenziato in dottrina, l'apertura operata dalla Plenaria, pur ritenuta condivisibile, richiede dei «contro-limiti individuati soprattutto nella necessità che il soggetto subentrante possieda i requisiti di carattere generale e speciale richiesti dalla stazione appaltante per la partecipazione alla gara. In altri termini le vicende modificative che possano in qualche modo interessare soggetti partecipanti ad una gara e che si verifichino nel corso del procedimento non si traducono in automatiche cause di esclusione, a ciò ostando il principio – di derivazione comunitaria – di massima libertà di organizzazione delle imprese. Le stazioni appaltanti però possono ammettere o mantenere all'interno dei procedimenti di selezione dei propri contraenti solo chi, a seguito delle richiamate vicende modificative, si trovi comunque in possesso delle necessarie condizioni soggettive generali e speciali di partecipazione. Tale sistema di contro-limiti risulta peraltro coerente con il [...] principio della continuità del mantenimento dei requisiti generali e speciali di gara»⁹⁶.

⁹⁶ M. FAVIERE, *op. cit.*, 1341.

Sotto altro profilo, è stato, altresì, rilevato che «[n]on è da escludere che, a seguito della sentenza della Plenaria, la giurisprudenza sia chiamata ad interrogarsi proprio sul momento in cui un requisito di partecipazione può dirsi "perduto"» e, in attesa «di un futuro intervento chiarificatore da parte del giudice amministrativo ovvero dello stesso legislatore», si è aggiunto che «*prima facie* sembrerebbe ragionevole riscontrare una mancanza originaria dei requisiti ed il conseguente divieto di modificazione soggettiva qualora già prima della presentazione dell'offerta sussistano delle cause obbligatorie di esclusione di uno degli operatori. Viceversa, si dovrebbe parlare di una mancanza sopravvenuta che giustifica la sostituzione interna ovvero il recesso dell'operatore in presenza sia di cause obbligatorie di esclusione intervenute in corso di gara, sia dell'applicazione di cause facoltative di esclusione a prescindere dal fatto che l'esclusione si fondi su condotte assunte prima o dopo la presentazione dell'offerta»⁹⁷.

Il principio affermato dalla Plenaria è stato comunque ritenuto «applicabile anche ai consorzi stabili; pertanto, in caso di successiva perdita del requisito da parte di una consorziata designata, il consorzio può manifestare alla stazione appaltante che lo interPELLI la volontà di proseguire la fase di gara ovvero quella esecutiva con le altre consorziate»⁹⁸.

La stessa giurisprudenza ha, però, affermato che «[d]iverso discorso va fatto con riguardo al possesso dei requisiti di partecipazione all'atto di presentazione dell'offerta. In tal caso non è consentita la successiva modifica soggettiva dell'operatore economico in fase di gara ovvero in fase di esecuzione, poiché ciò rappresenterebbe una sorta di sanatoria *ex post* della carenza originaria di un requisito e si porrebbe in contrasto con la *ratio* antielusiva degli obblighi dichiarativi di cui all'art. 80 del D.Lgs. 50/2016. La modifica in riduzione della compagine soggettiva di un operatore partecipante alla procedura in forma pluri-

97 C. CATALDI – L. GOLISANO, *La perdita in corso di gara dei requisiti di partecipazione e le modifiche soggettive dei raggruppamenti*, in *Riv. trim. app.*, 2022, 514-516.

98 T.A.R. Lazio-Roma, Sez. III-ter, 13 ottobre 2023, n. 15185, in www.giustizia-amministrativa.it; già prima, Cons. Stato, Sez. V, 7 aprile 2023, n. 3615, *ibidem*; da ultimo, T.A.R. Toscana, Sez. I, 16 aprile 2024, n. 449, *ibidem*.

soggettiva presuppone pur sempre il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di gara alla data di presentazione della domanda (Consiglio di Stato, sez. V, n. 3615/2023; n. 2397 del 2020). La concorde giurisprudenza della Cassazione e del Consiglio di Stato ha chiarito le differenze tra consorzi ordinari e consorzi stabili, precisando che questi ultimi hanno natura di soggetti collettivi autonomi rispetto alle consorziate (Cassazione civ., sez. I, sent. n. 1192/2018; Consiglio di Stato, sez. V, sent. n. 9762/2022). La dimostrazione del possesso dei requisiti di ordine generale da parte della consorziata designata per l'esecuzione dell'appalto è finalizzata ad impedire che essa possa giovare della copertura del consorzio quale ente distinto, eludendo le verifiche di competenza della stazione appaltante (Consiglio di Stato, sez. V, sent. n. 6777/2023)».

La surriportata pronuncia ha, infine, precisato che «[l]a stazione appaltante deve accertare che l'estromissione della consorziata dalla procedura risponda ad esigenze organizzative derivanti dalla perdita sopravvenuta dei requisiti e non sia invece finalizzata ad eludere l'esclusione dalla procedura per carenza originaria degli stessi. La modifica in sostituzione, inoltre, non inficia la natura del consorzio, trattandosi, come si è detto, di una realtà imprenditoriale distinta rispetto a quella dei singoli consorziati, naturalmente se il consorzio stabile rimane nella sua totalità in possesso dei requisiti richiesti dalla *lex specialis*. Ciò in quanto la modifica in riduzione della compagine soggettiva di un operatore partecipante alla procedura in forma plurisoggettiva presuppone, pur sempre, il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di gara alla data di presentazione della domanda (Consiglio di Stato, sez. V, n. 779/2023)».

In definitiva, la pronuncia della Plenaria «estende alla fase di gara la possibilità di modificare il raggruppamento temporaneo di imprese in caso di perdita sopravvenuta dei requisiti di partecipazione, senza tuttavia includere la diversa ipotesi della carenza *ab origine* degli stessi. [...] Una diversa soluzione, volta a sanare *ex post* una situazione originaria di preclusione alla partecipazione alla

gara, determinerebbe infatti una evidente violazione della *par condicio* tra i concorrenti».

Il principio dell'immodificabilità soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese è stato, infine, superato dal legislatore: l'art. 97 del vigente codice dei contratti pubblici stabilisce, infatti, regole profondamente innovative per gli operatori economici che partecipano alla gara in raggruppamento temporaneo (e in consorzio ordinario o stabile)⁹⁹.

In particolare, il comma 2 di tale articolo prevede che se un partecipante del raggruppamento sia colpito da una causa di esclusione (sia automatica che non), il raggruppamento stesso può non soltanto estrometterlo e provvedere ad una riorganizzazione interna, ma anche sostituirlo con un soggetto esterno munito dei necessari requisiti, purchè tale ricambio avvenga facendo «salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata», così da assicurare la parità di trattamento dei concorrenti.

Il nuovo codice ha anche risolto un annoso contrasto giurisprudenziale circa la perdita dei requisiti di partecipazione, «prevedendo in modo esplicito che il *deficit* sanabile con l'estromissione/sostituzione può riguardare anche qualsiasi requisito di ordine speciale. [...] Quindi, si può far fronte alla perdita di uno o più requisiti speciali (compreso il peculiare requisito costituito dall'attestazione SOA [...]) in capo alla raggruppata esclusa attraverso un accrescimento dell'apporto dei requisiti speciali da parte delle imprese superstiti o (nel caso di ATI additiva) attraverso i requisiti speciali che porta l'impresa che entra a far parte della compagine associativa»¹⁰⁰. Inoltre, «[l]a modificazione è ammessa sia per le cause espulsive che insorgono dopo la presentazione dell'offerta e prima dell'aggiudicazione, sia per quelle già occorse in precedenza se, in sede di formulazione dell'offerta, il RTI comunica la situazione escludente e dimostra

⁹⁹ L. FELLETTI, *Requisiti di partecipazione alle gare e novità in materia di esclusione*, in *Riv. trim. app.*, 2023, 866.

¹⁰⁰ G. FISCHIONE, *Self cleaning, estromissione, sostituzione e recesso nel contesto dell'ATI: le nuove frontiere del codice di cui al d.lgs. n. 36 del 2023*, in *Riv. trim. app.*, 2023, 1346 e 1351.

l'impossibilità di farvi fronte antecedentemente. In proposito, la Relazione illustrativa evidenzia che si è scelto di "sacrificare" colui che, pur potendolo fare, non ha rimediato tempestivamente all'evento patologico, per *par condicio* rispetto agli altri partecipanti»¹⁰¹.

Resta ferma l'impossibilità di avvalersi del meccanismo rimediabile di cui all'art. 97 per far fronte alla carenza già *ab origine* dei requisiti di ordine speciale del raggruppamento¹⁰².

Per concludere la carrellata, un cenno all'ipotesi dell'**avvalimento**, della quale ci eravamo occupati incidentalmente trattando dei raggruppamenti e dei consorzi.

Notoriamente, l'impresa ausiliaria riveste un ruolo qualificato nell'affidamento dell'appalto poiché è grazie ai suoi requisiti speciali di cui il concorrente si avvale per partecipare alla gara che questi può aspirare a divenire contraente con l'amministrazione. La giurisprudenza, da sempre orientata nel senso che i requisiti generali di partecipazione sono inderogabili, indisponibili e devono essere posseduti dal momento della partecipazione alla gara fino all'esecuzione del contratto, è, pertanto, assai chiara nell'affermare che i requisiti stessi «devono essere posseduti non solo in via diretta dai concorrenti, ma anche in via diretta dalle imprese ausiliarie di cui il concorrente si avvale e devono essere mantenuti, da entrambi, durante il predetto arco temporale»¹⁰³.

Nella vigenza del codice dei contratti pubblici del 2006, la conseguenza dell'accertamento del mancato possesso dei requisiti generali, anche in capo all'ausiliaria, era l'esclusione del concorrente: si trattava di conseguenza senza alternativa, in quanto non era previsto che il concorrente, per evitare di incorrere nell'esclusione, potesse sostituire l'ausiliaria rimasta priva dei requisiti.

101 L. FELLETTI, *op. cit.*, 868.

102 Sul punto, da ultimo, T.A.R. Molise, Sez. I, 9 maggio 2024, n. 144, in www.giustizia-amministrativa.it.

103 T.A.R. Lazio-Roma, Sez. II, 14 marzo 2023, n. 4524, in www.giustizia-amministrativa.it.

Il meccanismo della sostituzione è stato, infatti, introdotto soltanto dal codice del 2016, che all'art. 89 ha recepito sul punto l'art. 63 della direttiva 2014/14/UE: è soltanto per le gare disciplinate dal suddetto codice, quindi, che «non v'è più motivo per discorrere, in relazione a tale peculiare fattispecie, di necessaria continuità del possesso dei requisiti del concorrente che si avvale dell'appalto claudicante di terzi, a pena di esclusione»¹⁰⁴.

Tale possibilità è poi stata confermata dall'art. 104, comma 6, del codice vigente, il quale prescrive che la stazione appaltante consenta all'operatore economico di sostituire le ausiliarie che non siano onorabili o tecnicamente affidabili¹⁰⁵.

Come per i raggruppamenti e i consorzi stabili, se ciò non fosse consentito, si ammetterebbe un'ipotesi di responsabilità oggettiva dell'operatore economico per un fatto dell'ausiliaria cui non ha concorso¹⁰⁶; tuttavia, qualora dai documenti prodotti in gara e/o dall'istruttoria processuale emergesse che il concorrente aveva fatto ricorso all'avvalimento pur essendo a conoscenza dell'assenza dei requisiti in capo all'ausiliaria, il meccanismo sostitutivo non potrebbe operare¹⁰⁷.

5. L'ambito applicativo del principio di continuità e le relative deroghe in ossequio al canone di proporzionalità

Il rigore della giurisprudenza nell'applicare il principio di continuità trova conferma in una pronuncia del Consiglio di Stato nella quale si afferma che anche quando la procedura di affidamento dell'appalto è strutturata in due fasi (come nel caso della procedura ristretta), di cui la prima consiste nell'individuazione dei soggetti da invitare (c.d. «fase di prequalifica») e la seconda nella valutazione delle offerte presentate dagli operatori selezionati, il possesso dei requisiti di partecipazione e dei requisiti speciali eventualmente richiesti deve sussistere

104 Cons. Stato, Ad. Plen., n. 5/2021, cit.

105 A. BONAITI, *Art. 104*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *op. cit.*, 758.

106 Cons. Stato, Sez. V, 20 gennaio 2022, n. 368, in www.giustizia-amministrativa.it.

107 T.A.R. Puglia-Bari, Sez. I, 7 giugno 2022, n. 831, in www.giustizia-amministrativa.it.

stere fin dalla fase iniziale della procedura, ossia, appunto, fin dalla c.d. «prequalifica»¹⁰⁸. Nella specie, il requisito consisteva nella produzione del contratto di avvalimento, che era avvenuta nell'ambito della procedura ristretta, cioè al momento dell'invio dell'offerta, quindi nella seconda fase della procedura. I giudici di primo grado avevano considerato tale produzione rituale, mentre il Consiglio di Stato ha ritenuto che «il principio di continuità nel possesso dei requisiti [...] postuli in via necessaria che i requisiti di partecipazione – ivi compreso il necessario possesso delle richieste qualificazioni – siano posseduti senza tendenziale soluzione di continuità sia nelle fasi preliminari, che per tutto il seguito della procedura. [...] Il T.A.R. ha rilevato che una deroga sostanziale al richiamato principio potrebbe essere affermata nelle ipotesi in cui (come nel caso in esame) il tempo particolarmente lungo trascorso fra la fase di prequalifica e l'avvio della procedura ristretta abbia modificato – e in modo comprensibile – gli originari assetti di fatto, inducendo la capogruppo a stipulare nuovi contratti di avvalimento con nuove e diverse imprese ausiliarie. Il Collegio osserva tuttavia che neppure nelle circostanze rappresentate può risultare giustificata l'originaria carenza di validi contratti di avvalimento (e, in via mediata, dell'effettivo possesso dei necessari requisiti di partecipazione). E' infatti evidente che il decorso del tempo (e la necessità, a talune condizioni, di sostituire le imprese ausiliarie) non possa rappresentare una circostanza idonea a giustificare *ex post* l'originaria validità del contratto di avvalimento (e, con essa, il possesso di requisiti di carattere indefettibile)».

Come evidenziato dai primi commentatori, «[l]a *ratio iuris* del “principio di continuità nel possesso dei requisiti”, applicato al contratto di avvalimento, risiede nel fatto che, se tale contratto non venisse prodotto già nella c.d. “fase di prequalifica”, la stazione appaltante non acquisirebbe mai la certezza in ordine alla concreta possibilità del partecipante di eseguire, mediante appunto l'avvalimento di un'impresa ausiliaria, le prestazioni oggetto del contratto (nel

108 Sez. V, 12 marzo 2018, n. 1543, in www.giustizia-amministrativa.it.

caso in cui egli divenisse aggiudicatario). Potrebbe, infatti, accadere che, nella fase di prequalifica, il partecipante produca non già il contratto di avvalimento bensì la sola dichiarazione di impegno dell'impresa ausiliaria (oppure depositi un contratto di avvalimento il quale però non specifica nel dettaglio i requisiti prestati), garantendo comunque che produrrà lo stesso contratto in sede di invio dell'offerta (nel caso in cui dovesse essere a tal fine selezionato), e poi la stazione appaltante sopra, al momento in cui lo stesso partecipante viene invitato a formulare l'offerta, che egli in realtà non può più fare ricorso all'avvalimento (p. es. perché nel frattempo l'ausiliaria si è resa indisponibile oppure non ha specificato analiticamente i requisiti messi a disposizione). In casi simili verrebbe vanificata tutta quanta la procedura, in quanto la stazione appaltante ha invitato un soggetto che poi si scopre – causa sopravvenuta impossibilità di ricorrere all'avvalimento – non essere in grado di eseguire la prestazione. Sostanzialmente, quindi, l'affermata necessità che il partecipante ad una procedura ristretta depositi, già fin dalla fase iniziale (“prequalifica”), il contratto di avvalimento, è funzionale a garantire il rispetto del principio di economicità del procedimento, ed anche di efficacia del medesimo intesa come necessità di avere certezza circa l'effettiva idoneità ad eseguire il contratto»¹⁰⁹.

La stessa dottrina ha, tuttavia, manifestato talune perplessità nei riguardi di tale pronuncia, notando che «[l]a violazione del principio di economicità del procedimento deve essere valutata anche alla stregua di un criterio di proporzionalità, e quindi va esaminata tenendo conto dello stato a cui si trova il procedimento stesso. Una lesione sostanziale, considerevole, del suddetto principio si verifica senza dubbio quando la stazione appaltante dapprima adotta il provvedimento di aggiudicazione, e, dopo l'aggiudicazione, scopre che l'aggiudicatario non era in possesso dei requisiti previsti [...]. Diverso però è il discorso per la procedura ristretta: anche nel caso in cui il partecipante non abbia prodotto il contratto di avvalimento né nella fase iniziale (“prequalifica”) né nella fase fina-

109 S. TADDEUCCI, *La continuità del possesso dei requisiti nella procedura ristretta*, in www.italiappalti.it, 29 marzo 2018.

le (invio dell'offerta), comunque l'accertamento dell'assenza del requisito avviene prima ancora della determina di aggiudicazione, ossia dell'atto terminativo del procedimento. In tale ipotesi, quindi, una lesione del principio di economicità del procedimento potrà tutt'al più consistere nel fatto che è stato invitato a formulare l'offerta un soggetto che già in fase di "prequalifica" non aveva il suddetto requisito».

Si consideri, inoltre, che, «nella procedura ristretta, può accadere che un requisito – che il partecipante, nella fase di "prequalifica", ancora non possiede o possiede in modo non conforme a quanto richiesto (vedi contratto di avvalimento) – potrebbe comunque essere posseduto pienamente nella fase dell'invio dell'offerta, ovvero nella seconda fase. Pertanto, escludere dalla procedura un soggetto soltanto perché questi, nella fase di "prequalifica", non aveva un requisito, significa precludergli la possibilità di entrare in possesso del requisito stesso al momento in cui verrà invitato a formulare l'offerta (l'impresa ausiliaria potrebbe, nella fase di "prequalifica", rilasciare una dichiarazione di impegno generica od incompleta, e poi, nella fase dell'invito ad offrire, stipulare con il partecipante un contratto di avvalimento dettagliato e quindi pienamente rispondente alle esigenze dell'appalto). Una simile esclusione, quindi, non soltanto appare contraria al principio di proporzionalità [...], ma sembra anche lesiva del principio di concorrenza: l'essenziale, infatti, è che l'operatore economico dimostri di essere in possesso dei requisiti al momento dell'invio dell'offerta, in quanto è sostanzialmente questa, nella procedura ristretta, la fase nella quale la stazione appaltante valuta l'effettiva idoneità del soggetto a diventare affidatario; ritenere che il soggetto debba essere escluso già nella fase iniziale ("prequalifica") perché, in tale momento, non era in possesso del requisito, conduce ad una violazione dei principi di concorrenza e massima partecipazione nella loro dimensione sostanziale».

In un altro caso, sono stati, invece i giudici di Palazzo Spada a ribaltare il verdetto del t.a.r. e circoscrivere l'ambito applicativo del principio di continuità.

Mentre in prime cure era stato affermato che l'anzidetto principio «non può non applicarsi ad ogni genere di procedura selettiva (salvo le precisazioni e i limiti della materia e della *lex specialis*) in quanto è inerente all'obbligo di parità di trattamento, che a sua volta è canone essenziale anche della programmazione e delle sovvenzioni UE, pure con riguardo alle procedure in cui proponenti siano soggetti pubblici»¹¹⁰, il Consiglio di Stato ha detto che «tale principio atiene alla materia dell'appalto di lavori e non alle procedure comparative per il finanziamento. Nella specie, invece, la norma è chiara nello stabilire che la condizione prevista dal bando deve essere assolta al momento della presentazione della domanda; trattandosi di una condizione per l'accesso alla procedura di finanziamento, la stessa deve sussistere al momento della presentazione della domanda»¹¹¹.

Proprio il principio di proporzionalità, invocato dalla surriportata dottrina, giustifica poi, in combinazione con quello di ragionevolezza, alcuni temperamenti.

Il principio di continuità, infatti, «in quanto principio generale del procedimento di gara (necessariamente destinato, quindi, ad essere adattato alla specificità della fattispecie che venga di volta in volta in rilievo), deve essere inteso ed applicato in coerenza con i concorrenti principi di ragionevolezza e proporzionalità, aventi rango non subordinato ai fini della disciplina (per gli aspetti non compiutamente regolamentati in via legislativa) del procedimento selettivo. Corollario di tale rilievo è che la pur accertata discontinuità nel possesso del requisito, tanto più laddove esso non appartenga all'ambito dei presupposti soggettivi di partecipazione legislativamente tipizzati, non è suscettibile di determinare l'esclusione del partecipante alla gara, quando – vuoi per la durata dell'interruzione, vuoi per altre ragioni – essa non abbia concretamente deter-

110 T.A.R. Lazio-Roma, Sez. III-*bis*, n. 6800/2023, cit.

111 Sez. VII, 11 ottobre 2023, n. 8873, in www.giustizia-amministrativa.it.

minato alcun *vulnus* all'esigenza dell'Amministrazione di instaurare rapporti contrattuali con soggetti affidabili e qualificati»¹¹².

Applicando le suesposte coordinate interpretative alla fattispecie oggetto di giudizio, il Consiglio di Stato ha osservato che la discontinuità nel possesso del requisito di partecipazione in capo all'impresa poi risultata aggiudicataria, determinata dall'emissione nei suoi confronti di un'interdittiva antimafia, aveva avuto una durata poco più che mensile, essendo stati i relativi effetti interdittivi inibiti per effetto del provvedimento giudiziario con cui era stata disposta, per sei mesi, la misura di prevenzione dell'amministrazione giudiziaria, alla quale devono attribuirsi pieni effetti ripristinatori della legittimazione dell'impresa interessata a partecipare alla gara. Non avendo poi l'impresa, nel corso del breve periodo di efficacia della misura interdittiva, posto in essere atti giuridicamente rilevanti, la cui adozione fosse suscettibile di subire gli effetti contaminanti aventi la loro origine nel pericolo infiltrativo cui essa era soggetta, nelle more della nomina degli amministratori giudiziari, i giudici d'appello hanno ritenuto che «l'esclusione dell'impresa che si sia rivelata meritevole dell'aggiudicazione sulla scorta di una offerta presentata prima dell'adozione dell'interdittiva ed allorquando, per effetto dell'intervento giudiziario, sia venuto meno il rischio di condizionamento mafioso finirebbe per frustrare le finalità cui quegli istituti sono preordinati, senza che sia dimostrato un pregiudizio effettivo per la libertà di concorrenza ed i principi di buon andamento ed imparzialità dell'attività amministrativa».

La tesi del necessario contemperamento del principio di continuità nel possesso dei requisiti generali e speciali con i principi di ragionevolezza e proporzionalità è stata ribadita circa sei mesi fa in un caso in cui la misura interdittiva cautelare che aveva colpito l'aggiudicataria era stata in vigore per soli sei

¹¹² Cons. Stato, Sez. III, 24 giugno 2021, n. 4844, in www.giustizia-amministrativa.it; nello stesso senso, da ultimo, T.A.R. Lazio-Roma, Sez. IV-ter, 15 maggio 2024, n. 9614, in *Urb. e app.*, 2024, 666, con commento adesivo di I. PAGANI, *Il temperamento del principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione alle gare pubbliche*.

giorni e poi immediatamente sospesa, con la contestuale applicazione di misure correttive prontamente poste in essere dalla società in esecuzione del comando giudiziale. Anche in quel caso, il Consiglio di Stato ha affermato che «ritenere che tale temporalmente brevissima inibizione alla stipulazione dei contratti con la pubblica amministrazione possa comportare, in virtù della rigorosa applicazione del principio di continuità del possesso dei requisiti generali e speciali, l'esclusione [...] da tutte le procedure di gara in corso durante tale limitatissimo periodo, appare irragionevole e contrario al principio di proporzionalità, in assenza di qualsivoglia prova, dall'angolazione quivi esaminata, di una concreta compromissione dell'esigenza dell'amministrazione di instaurare rapporti contrattuali con soggetti affidabili e qualificati. Ne consegue che, in una fattispecie concreta quale quella data, i sopra ricordati principi, declinati congiuntamente e sistemicamente, inducono a ritenere che l'aggiudicataria non sia incorsa nella causa di esclusione»¹¹³.

La giurisprudenza, infine, ha affermato in più occasioni che il presupposto perché la continuità nel possesso dei requisiti «possa porsi a base di un giudizio di affidabilità [...] pregno di rilevanza ed effetto, risiede nell'esistenza di un rapporto fra impresa ed amministrazione, dapprima caratterizzato da un momento procedimentale in cui l'impresa formula l'offerta e si impegna a mantenerla ferma nei suoi requisiti oggettivi e soggettivi, per tutta la durata della gara, e poi da un momento contrattuale in cui l'impegno si traduce in concrete obbligazioni reciproche. Quando, tuttavia, la gara è aggiudicata ed il contratto stipulato, deve differenziarsi la posizione dell'aggiudicatario da quella delle imprese concorrenti collocatesi in posizione non utile. Mentre per il primo, il momento contrattuale costituisce l'appendice negoziale e realizzativa della procedura ed impone il mantenimento, giusto quanto chiarito dalla Plenaria, dei requisiti richiesti e dichiarati in sede di partecipazione, per le seconde la procedura è da considerarsi terminata: l'offerta formulata non è più vincolante nei con-

113 Sez. III, 19 dicembre 2023, n. 10994, in www.giustizia-amministrativa.it.

fronti dell'amministrazione e cessa quel rapporto che si era instaurato con la domanda di partecipazione. E' pur vero che nelle ipotesi in cui l'amministrazione decida legittimamente di scorrere la graduatoria non vi è l'indizione di una nuova selezione concorsuale, né formulazione di nuove offerte, ma ciò non vale ad elidere l'oggettiva circostanza che tra l'evento terminale della procedura di evidenza pubblica, i.e. l'aggiudicazione, e la riapertura a seguito dell'interpello per lo scorrimento, c'è una netta cesura, determinata dall'efficacia temporale delle offerte (che la legge limita nel tempo), tant'è che le stesse devono essere "confermate" in sede di interpello. In ogni caso sarebbe irragionevole pretendere (non già il possesso dei requisiti, ma) la continuità del possesso per un periodo indefinito, durante il quale non c'è alcuna competizione, alcuna attività valutativa dell'amministrazione e, per giunta, alcun impegno vincolante nei confronti dell'amministrazione»¹¹⁴.

In siffatte ipotesi, soccorre, dunque, la recente indicazione giurisprudenziale secondo cui la composizione delle tensioni deve lasciarsi guidare dal canone della proporzionalità, che, al cospetto di indicazioni normative dubbie o evasive, prescrive di operare un bilanciamento tra i principi confliggenti, suscettibile di condurre ad equilibri variabili, secondo le specificità delle transazioni in gioco¹¹⁵.

6. Continuità dei requisiti ed esecuzione del contratto

Come riferito sin dall'inizio della presente indagine, la giurisprudenza è unanime nel ritenere che, in base al principio di continuità, i requisiti generali e speciali debbano essere posseduti dai candidati non soltanto dall'inizio alla fine della procedura di affidamento, ma anche al momento della stipula del contrat-

¹¹⁴ Cons. Stato, Sez. III, 6 marzo 2017, n. 1050, in www.giustizia-amministrativa.it; nello stesso senso, Sez. VI, 25 settembre 2017, n. 4470, *ibidem*; da ultimo, T.A.R. Lazio-Roma, Sez. IV-ter, 15 maggio 2024, n. 9614, *ibidem*.

¹¹⁵ Cons. Stato, Sez. IV, 20 aprile 2023, n. 4014, in *Giorn. dir. amm.*, 2024, 96, con commento di M. CAFAGNO, *Funzioni delle gare e principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici. Dalla giustapposizione al bilanciamento*.

to e per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità¹¹⁶.

Vedremo in seguito se tale affermazione, nella sua generalissima portata, può essere condivisa¹¹⁷. Per il momento, osserviamo che la sua prima ricaduta è, *de plano*, che «il fatto che durante la procedura di gara esista un momento [...] in cui l'amministrazione deve verificare la sussistenza effettiva dei requisiti dichiarati dal concorrente, non esclude che la prima debba e possa continuare l'indagine anche in altre fasi del procedimento, visto che in qualsiasi momento dello stesso deve ritenersi richiesto il costante possesso dei detti requisiti di ammissione»¹¹⁸.

Coerentemente, a fronte di una modifica societaria comportante il subentro di un nuovo operatore economico in luogo dell'originario partecipante, è stato affermato che «la stazione appaltante è chiamata ad una rinnovata attività di verifica avente ad oggetto, oltre al possesso dei requisiti in capo al subentrante, anche il possesso dei requisiti di partecipazione del subentrato al fine di accertare che l'operazione non sia diretta ad eludere l'applicazione del Codice. Se non esercitato al momento della ricezione della comunicazione dell'atto di riorganizzazione aziendale, il potere amministrativo di controllo non si consuma e può (*rectius*, deve, trattandosi dell'esercizio di un potere doveroso) essere

116 Sulle orme di Cons. Stato, Ad Plen., n. 8/2015, cit., tra le più recenti, T.A.R. Lazio-Roma, Sez. V, 5 luglio 2023, n. 11302, in *Foro amm.*, 2023, II, 1119; T.A.R. Campania-Napoli, Sez. IV, 14 marzo 2023, n. 1669, *ibidem*, II, 488; Cons. Stato, Sez. III, 14 dicembre 2022, n. 10935, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Sicilia-Palermo, Sez. I, 5 dicembre 2022, n. 3479, *ibidem*; T.R.G.A. Trentino Alto Adige-Trento, Sez. I, 5 dicembre 2022, n. 203, in *Foro amm.*, 2022, II, 1614; Cons. Stato, Sez. IV, 24 gennaio 2022, n. 447, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Campania-Napoli, Sez. IV, 14 ottobre 2021, n. 6462, in *Foro amm.*, 2021, 1549; T.A.R. Valle d'Aosta, Sez. I, 24 febbraio 2021, n. 15, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, Sez. V, 11 gennaio 2021, n. 386, *ibidem*; T.A.R. Lazio-Roma, Sez. I, 23 ottobre 2020, n. 10822 e 3 giugno 2020, n. 5892, *ibidem*; T.A.R. Toscana, Sez. III, 28 settembre 2020, n. 1117, *ibidem*; Cons. Stato, Sez. IV, 9 luglio 2020, n. 4401, *ibidem*; T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. I, n. 951/2020, cit.; T.A.R. Lazio-Roma, Sez. II, 30 aprile 2020, n. 4529, *ibidem*; Cons. Stato, Sez. V, 17 aprile 2020, n. 2443, 14 aprile 2020, n. 2397 e 17 marzo 2020, n. 1918, in *Foro amm.*, 2020, 809 e in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Veneto, Sez. I, 20 gennaio 2020, n. 56, *ibidem*; T.A.R. Lazio-Roma, Sez. III, 16 gennaio 2020, n. 538, *ibidem*.

117 Cfr. *infra*, § 7.

118 A. GIACALONE, *Fase di esecuzione e onere di continuità del possesso dei requisiti*, in *Urb. e app.*, 2016, 98.

esercitato successivamente, anche nella fase intermedia tra l'aggiudicazione e la stipula»¹¹⁹. Si afferma, quindi, che, «[i]n assenza di una specifica disciplina del procedimento di comunicazione e di verifica dei requisiti a seguito di cessione o affitto, trova infatti applicazione il principio [...] secondo cui, per esigenze di trasparenza e di certezza del diritto, la verifica del possesso, da parte del soggetto concorrente dei requisiti di partecipazione alla gara deve ritenersi immanente all'intero procedimento di evidenza pubblica, a prescindere dalla indicazione, da parte del legislatore, di specifiche fasi espressamente dedicate alla verifica stessa, per cui può avvenire in tutti i momenti della procedura, a tutela dell'interesse costante dell'Amministrazione ad interloquire con operatori in via permanente affidabili, capaci e qualificati. Nel caso in cui le verifiche accertino l'insussistenza dei presupposti per l'autorizzazione del subentro, l'aggiudicazione rimane improduttiva di effetti (art. 32, comma 7), e l'amministrazione è tenuta ad escludere il concorrente risultato privo del possesso continuativo del requisito di partecipazione».

Non solo. La giurisprudenza va ben oltre, affermando che la stazione appaltante può verificare l'effettiva sussistenza dei requisiti dichiarati «persino durante il rapporto negoziale»¹²⁰; «[i]n questo senso, per ciò che concerne la perenne assoggettabilità alla verifica dei requisiti di partecipazione, la posizione dell'aggiudicatario e quella del contraente non si distingue da quella degli altri concorrenti poiché tutti sono sempre soggetti alla predetta verifica nel corso delle fasi che li riguardano»¹²¹.

Una così lapidaria affermazione suscita invero qualche perplessità.

Se, infatti, può convenirsi con l'Adunanza Plenaria allorquando collega l'esigenza di persistenza dei requisiti in fase di esecuzione a principi di ragione-

119 A.N.A.C., delib. 20 dicembre 2022, n. 614, in www.anticorruzione.it.

120 T.A.R. Campania-Napoli, Sez. VIII, 12 dicembre 2022, n. 7740, in *Foro amm.*, 2022, II, 1670; nel senso che «la verifica sul possesso dei requisiti da parte della stazione appaltante può avvenire in qualsiasi momento», anche T.A.R. Calabria-Catanzaro, Sez. I, 16 marzo 2020, n. 475, in www.giustizia-amministrativa.it.

121 T.A.R. Lazio-Roma, Sez. II, 9 aprile 2021, n. 4190, in *Foro amm.*, 2021, 668.

volezza e certezza del diritto, nonché ad irrinunciabili esigenze di legalità¹²², non può sottacersi che l'indagine condotta con riguardo ai codici dei contratti pubblici succedutisi nel tempo porta a constatare che «tutte le volte (a dire il vero poche) in cui il legislatore ha voluto accertarsi che un determinato requisito persistesse durante la fase di esecuzione, lo dice esplicitamente»¹²³.

Disposizioni in tal senso non sono rinvenibili nella disciplina codicistica concernente, ad es., la presenza o meno di successive condanne penali, l'apertura di procedure concorsuali o, con riguardo ai requisiti di ordine speciale, la revoca o non verifica positiva delle attestazioni SOA.

La giurisprudenza sulla continuità nel possesso dei requisiti sembra, poi, non tenere conto della differenza tra requisiti di partecipazione e requisiti di esecuzione: questi ultimi «attengono all'oggetto dell'appalto, rilevando quanto alle modalità di esecuzione del servizio ed agli obiettivi che con esso persegue la stazione appaltante»¹²⁴. In altri termini, «sono gli elementi caratterizzanti la fase esecutiva del servizio e si distinguono dai requisiti di partecipazione alla gara, che sono invece necessari per accedere alla procedura di gara, in quanto requisiti generali di moralità [...] e requisiti speciali attinenti ai criteri di selezione»¹²⁵. I requisiti di esecuzione, in altri termini, sono «condizioni soggettive ed oggettive dell'appaltatore, previsti onde assicurare il puntuale adempimento di obbligazioni inerenti al contratto pubblico per cui è stata indetta gara; in tal senso, essi sono esigibili non in capo al concorrente, e quindi fin dal momento della gara, ma solo dall'appaltatore ed al momento della stipulazione, essendo solo tale soggetto colui che deve assicurare la corretta esecuzione delle presta-

122 In tal senso, con riguardo alla dec. n. 8/2015, A. GIACALONE, *op. cit.*, 100.

123 A. GIACALONE, *ibidem*, che fa l'esempio dell'art. 6, comma 8, d.p.r. n. 207/2010 in ordine al possesso del requisito di regolarità contributiva, dove «il legislatore esprime l'esigenza di una verifica, richiedendo l'attivazione dell'amministrazione, e riconnette alla stessa effetti eventualmente risolutivi del contratto, evidenziando dunque come un requisito già richiesto in fase di partecipazione assuma valenza effettiva anche in fase di esecuzione».

124 Cons. Stato, Sez. III, 22 ottobre 2024, n. 8443, in www.lexitalia.it, n. 10/2024.

125 Cons. Stato, Sez. III, 27 giugno 2024, n. 5691 e 26 ottobre 2023, n. 9255, in www.giustamm.it, n. 6/2024; in *Foro amm.*, 2023, II, 1297 e in *Giur. it.*, 2024, 28; Sez. V, 4 ottobre 2022, n. 8481, in www.giustizia-amministrativa.it.

zioni contrattuali; [...] invero, costituirebbe un onere eccessivo imporre a chi è semplice concorrente il possesso di condizioni e requisiti che si rivelerebbero privi di concreta utilità in caso di mancata aggiudicazione; in tal senso, in giurisprudenza si è ritenuto adeguato imporre al concorrente in fase di partecipazione il mero impegno all'acquisizione di mezzi e beni necessari per l'eventuale esecuzione del contratto»¹²⁶.

Invero, la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha chiarito come l'attrazione di una specifica capacità prestazionale nell'alveo dei requisiti di partecipazione, sebbene inerente *stricto sensu* alle concrete modalità di svolgimento della futura attività contrattuale, dunque dell'offerta, ben può essere giustificata dal rafforzamento dell'esigenza per la stazione appaltante di assicurarsi, a monte, che coloro che partecipano alla gara dimostrino di poter essere nelle condizioni di svolgere determinate prestazioni richiedenti caratteristiche operative peculiari¹²⁷. Tale esigenza «è tuttavia controbilanciata dal principio secondo cui il fatto di obbligare gli offerenti a soddisfare tutte le condizioni di esecuzione dell'appalto sin dalla presentazione della loro offerta costituisce un requisito eccessivo che, di conseguenza, rischia di dissuadere tali operatori dal partecipare alle procedure di aggiudicazione degli appalti e, in tal modo, viola i principi di proporzionalità e di trasparenza»¹²⁸.

Se a ciò si aggiunge che, in alcuni casi, nella fase di esecuzione sono richiesti requisiti che si collocano solo in quella fase¹²⁹, ci si accorge di come cer-

126 T.A.R. Campania-Napoli, Sez. II, 8 marzo 2021, n. 1529, in www.giustizia-amministrativa.it.

127 Sez. I, 8 luglio 2021, in causa C-428/19, *OL e altri c. Rapidsped Fuvarozási és Szállítmányozási Zrt*, in <https://eur-lex.europa.eu>.

128 Cons. Stato, Sez. III, n. 9255/2023, cit.

129 Così è, ad es., per i criteri ambientali minimi (CAM), che «non costituiscono requisito soggettivo di partecipazione, bensì un parametro di riferimento tecnico cui i capi devono corrispondere e qualora ciò non sia comprensibile dall'offerta tecnica e dalle schede tecniche (come nel caso di specie), l'O.E. offerente ha quantomeno l'onere di dichiarare la conformità dei beni ai suddetti criteri» (Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2024, n. 334, in www.giustizia-amministrativa.it). Analogamente, «[l]e abilitazioni di cui alla l. n. 46 del 1990 sono requisiti di esecuzione e non di partecipazione ad una gara e sono, pertanto, irrilevanti ai fini della partecipazione ad una gara ed alla conseguente aggiudicazione della stessa; tali abilitazioni rilevano, peraltro, al momento della conclusione del contratto, che potrà essere concluso solo

te generalizzazioni in punto di continuità nel possesso dei requisiti siano eccessive.

La giurisprudenza amministrativa più recente ha, tuttavia, chiaramente affermato che i requisiti di esecuzione, pur essendo, di regola, condizioni per la stipulazione del contratto, possono ben «essere considerati nella *lex specialis* come elementi dell'offerta, a volte essenziali, più spesso idonei all'attribuzione di un punteggio premiale»¹³⁰.

Un ulteriore aspetto da analizzare è quello concernente le conseguenze della perdita dei requisiti di partecipazione sulla sorte del contratto in corso di esecuzione¹³¹.

Vigente il codice del 2016, il cui art. 108, comma 1, lett. c), individuava la mancanza dei requisiti generali in sede di aggiudicazione quale causa di risoluzione del contratto, la giurisprudenza aveva affermato che «[l]a mancanza originaria dei requisiti si riverbera sul rapporto contrattuale senza richiedere il preventivo ritiro dell'aggiudicazione. Il principio di continuità nella titolarità dei requisiti risente della sopra delineata scansione temporale fra fase anteriore alla stipulazione del contratto e fase successiva alla medesima. Nella fase di gara il possesso dei requisiti costituisce una condizione per la partecipazione la cui mancanza determina l'esclusione del concorrente con un provvedimento autoritativo, così eliminando uno dei concorrenti alla "vittoria". Il requisito di qualificazione costituisce, pertanto, uno dei criteri di selezione dell'aggiudicatario. La

ove l'aggiudicatario si sia procurato le suddette abilitazioni ai fini esecutivi o si sia impegnato a procurarsele prima dell'inizio dei lavori» (T.A.R. Abruzzo-Pescara, Sez. I, 27 ottobre 2008, n. 858, *ibidem*; in termini analoghi, T.A.R. Sardegna, Sez. I, 29 maggio 2008, n. 1108, *ibidem*; T.A.R. Sicilia-Palermo, Sez. III, 19 ottobre 2005, n. 3394, *ibidem*).

130 Cons. Stato, Sez. III, n. 5691/2024, cit.. In applicazione di tale principio, è stato, ad es., affermato che le abilitazioni previste dal d.m. n. 37/2008 per la realizzazione di impianti di produzione, trasformazione, trasporto, distribuzione e utilizzazione dell'energia elettrica, nonché di impianti di altro genere, possono intendersi mero requisito di esecuzione non tanto per regola generale, quanto piuttosto avuto riguardo alle peculiarità della fattispecie, quindi alla luce della legge di gara: Cons. Stato, Sez. V, 20 giugno 2024, n. 5507, in www.lexitalia.it, n. 6/2024.

131 Della perdita dei requisiti nella fase di approvazione della proposta di aggiudicazione ci occuperemo *infra*, § 7.

mancanza, infatti, va a vantaggio degli altri concorrenti, i quali hanno una pretesa qualificata al controllo di quel requisito. Dopo l'aggiudicazione, con la stipulazione del contratto è ormai individuato il soggetto tenuto all'esecuzione dell'appalto. Su questi grava, così come espressamente affermato dalle [note] Adunanze Plenarie, l'obbligo di possedere i requisiti di qualificazione con continuità. Nondimeno l'obbligo si inserisce in una fase del rapporto ormai informata alla parità delle parti (salve le ipotesi legislativamente determinate). Esso, pertanto, non può che convertirsi in un obbligo imposto autoritativamente al privato con un meccanismo di eterointegrazione del contratto. Ciò almeno allorquando il requisito trova una fonte in una disposizione normativa prevista dal codice dei contratti pubblici (combinato disposto dell'art. 83, comma 2 e dell'art. 216, comma 14), come la qualificazione SOA. Se si ritenesse diversamente il principio di continuità opererebbe in modo affatto particolare. Esso presuppone infatti, di norma, che il possesso della qualificazione, accertato in sede di gara, sia mantenuto fino al termine dell'esecuzione contrattuale. Nel caso di specie, in sede di aggiudicazione non sono stati mossi rilievi al raggruppamento in punto di qualificazione professionale. Successivamente, invece, tali rilievi sono stati contestati. Se il principio di continuità può operare anche in mancanza di quei requisiti, alla sola condizione che la situazione qualificatoria dell'affidatario sia stata accertata attraverso un'aggiudicazione efficace, ciò comporta che la mancanza dei requisiti in sede di gara, non rilevata (illegittimamente) in sede di aggiudicazione (comunque efficace), si possa trascinare fino alla fase esecutiva, consentendo l'esecuzione del contratto da parte di chi non è adeguatamente titolato. Condizionare, in fase esecutiva, la stazione appaltante a rilevare la mancanza attuale del requisito al previo esercizio del potere di autotutela sull'aggiudicazione (allorquando la qualificazione è mancante sin dall'inizio), oltre a non rispondere ai principi tipici dell'autotutela, [...] vorrebbe dire affidare la contestazione della mancanza di SOA adeguata all'esercizio di un potere altamente discrezionale, che potrebbe pertanto condurre a non ritirare

l'aggiudicazione. Ciò contrasta con la funzione dell'attestazione SOA, che non costituisce soltanto una delle modalità di selezione dell'impresa aggiudicataria, ma anche una garanzia di serietà e competenza nell'esecuzione del contratto. Non può pertanto ritenersi che il principio di continuità possa "coprire" la mancanza originaria del requisito nella successiva fase esecutiva. Piuttosto, l'inadempimento dell'obbligo di possedere la qualificazione stabilita dalla legge non si riflette sull'aggiudicazione producendo effetti nell'ambito del segmento temporale (quello esecutivo) nel quale si verifica. [...] Gli effetti della carenza della qualificazione si riflettono sul rapporto esistente fra le due parti contrattuali potendo costituire una causa di risoluzione del contratto per inadempimento o comunque di estinzione del rapporto contrattuale. Che, altrimenti, in assenza di una previsione specifica di legge, l'obbligo di possedere il requisito in fase esecutiva, sancito dall'Adunanza Plenaria, rimarrebbe privo di uno strumento di tutela»¹³².

Qualora la perdita dei requisiti di ordine generale o di ordine speciale intervenga, invece, in corso di esecuzione del contratto, si riteneva che la stazione appaltante fosse semplicemente «tenuta a valutare l'opportunità di procedere alla risoluzione del contratto d'appalto ai sensi dell'art. 108 del d.lgs. 50/2016. Si osserva[va] al riguardo che la disposizione citata, dettata in recepimento dell'art. 73 della direttiva 2014/24, ancorché non chiarisca tale profilo, sembra non rivestire carattere tassativo quanto ai casi in cui è ammesso lo scioglimento del vincolo contrattuale da parte della stazione appaltante. Ciò tenuto conto da un lato delle previsioni del comma 1 della disposizione, contemplanti la possibilità per la stazione appaltante di risolvere il contratto d'appalto ("le stazioni appaltanti possono risolvere un contratto pubblico durante il periodo di sua efficacia") nelle ipotesi ivi previste (al contrario del comma 2 contemplante invece l'obbligo di risoluzione nelle fattispecie espressamente e tassativamente indi-

¹³² Cons. Giust. Amm. Reg. sic., 26 giugno 2020, n. 483, in www.giustizia-amministrativa.it; nello stesso senso, T.A.R. Sicilia-Palermo, Sez. II, 29 gennaio 2024, n. 317, *ibidem*.

cate nella norma); la facoltatività dell'azione risolutoria da parte della stazione appaltante, sembra lasciare spazio anche ad altre ipotesi, oltre a quelle previste, per l'esercizio della stessa. Dall'altro lato, il carattere non tassativo della norma appare coerente con la necessità di assicurare sempre e comunque la rispondenza dell'azione amministrativa al perseguimento dell'interesse pubblico sotteso all'affidamento del contratto; interesse pubblico che potrebbe ritenersi compromesso dall'impossibilità di risolvere un contratto d'appalto in casi come quello in esame, nei quali l'affidabilità dell'appaltatore risulta fortemente compromessa da un procedimento penale a carico dello stesso. Il contratto d'appalto, quindi, può validamente essere mantenuto in vita solo in assenza di eventi e circostanze che lo rendano non più idoneo al perseguimento dell'interesse pubblico per il quale è stato stipulato, incluso il caso in cui l'affidabilità morale e professionale dell'appaltatore risulti – a giudizio della stazione appaltante – compromessa da fatti penalmente rilevanti, integranti una fattispecie di grave illecito professionale ai sensi dell'art. 80, comma 5 del Codice, nel senso sopra illustrato»¹³³.

Va pure considerato che i vari codici dei contratti pubblici succedutisi nel tempo non hanno puntualmente disciplinato tutte le ipotesi di perdita dei requisiti nella fase di esecuzione del contratto, tanto che a volte alcune stazioni appaltanti inseriscono nei capitolati dei contratti clausole che prevedono la loro facoltà, *ex art. 1456 c.c.*, di procedere alla risoluzione del contratto, senza che l'appaltatore possa pretendere risarcimenti o indennizzi di alcun genere, in caso di perdita dei requisiti di ordine generale e professionale¹³⁴.

Ad es., in materia di D.U.R.C. irregolare in corso di esecuzione, né l'art. 7, comma 8, del d.p.r. n. 207 del 2010¹³⁵ né l'art. 30, comma 5, del decreto legi-

¹³³ A.N.A.C., par. 11 gennaio 2023, funz. cons. 69/2022, in www.anticorruzione.it.

¹³⁴ Lo riferisce I. DEMURO, *Self cleaning e organizzazione della impresa societaria*, in *Riv. soc.*, 2021, 886, anche in nota.

¹³⁵ Su cui v. R. GRECO – F. PIGNATIELLO – A.G. PIETROSANTI – M. NUNZIATA – V. DI IORIO – G.A. GIUFFRÈ, *Requisiti generali*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2019, II, 815-816.

slativo n. 50 del 2016¹³⁶ né, infine, il vigente art. 11, comma 6, del decreto legislativo n. 36 del 2023 prevedono il potere della stazione appaltante di risolvere il contratto.

In sostanza, come ben evidenziato in dottrina, «l'accertata carenza di un requisito in sede di esecuzione del contratto non porta sempre alla risoluzione del contratto stesso, considerato che il Codice prevede l'effetto risolutivo *ope legis* solo in casi puntuali»¹³⁷.

Si tratta, per quanto qui d'interesse, dell'art. 122, comma 1, secondo cui «le stazioni appaltanti possono risolvere un contratto di appalto senza limiti di tempo, se si verificano una o più delle seguenti condizioni: [...] c) l'aggiudicatario si è trovato, al momento dell'aggiudicazione dell'appalto, in una delle situazioni di cui all'articolo 94, comma 1 [concernente la causa di esclusione di un operatore economico condannato con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile per i reati ivi menzionati: *n.d.r.*] e avrebbe dovuto pertanto essere escluso dalla procedura di gara»; del comma 2 del medesimo articolo, secondo cui «[l]e stazioni appaltanti risolvono un contratto di appalto qualora nei confronti dell'appaltatore: a) sia intervenuta la decadenza dell'attestazione di qualificazione per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci; b) sia intervenuto un provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di una o più misure di prevenzione di cui al codice delle leggi antimafia e delle relative misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, ovvero sia intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato per i reati di cui al Capo II del Titolo IV della Parte V del presente Libro».

E', peraltro, controverso se – come sembrerebbe evincersi dal tenore letterale delle surriportate disposizioni – si sia in presenza di un'ipotesi di risoluzione facoltativa (quella di cui all'art. 122, comma 1, lett. c), in cui si legge «pos-

136 Su cui v. F.A. CAPUTO, *Vademecum sugli appalti pubblici – 4*, Roma, C&C Communications, 2021, 453-455.

137 G. FISCHIONE, *op. cit.*, 1353.

sono risolvere») e di altre due ipotesi di risoluzione obbligatoria (quelle di cui all'art. 122, comma 2, lett. *a*) e *b*), in cui si legge «risolvono»¹³⁸ oppure la lettera dell'art. 122 sia ingannevole e le risoluzioni previste da tale disposizione siano tutte obbligatorie¹³⁹.

7. Rilievi critici e spunti ricostruttivi: per la rilettura (o, meglio ancora, riscrittura) di un principio oggetto di eccessive generalizzazioni

Solo tre mesi fa, è stato ribadito che l'art. 96, comma 1, del vigente codice dei contratti pubblici, «in continuità con quanto disposto dal previgente art. 80, comma 6 del d.lgs. 50/2106, attua il c.d. principio di continuità nel possesso dei requisiti e non consente di distinguere tra atti compiuti o omessi precedenti o sopravvenuti all'inizio della procedura, né, ai fini dell'emissione del provvedimento di esclusione, consente di distinguere i diversi momenti della procedura di gara, imponendo perciò l'esclusione anche dopo l'aggiudicazione e prima della stipula del contratto»¹⁴⁰.

Con riguardo alla disciplina dettata dal codice del 2016, la giurisprudenza aveva recentemente evidenziato che «il fatto che la verifica del requisito di partecipazione debba essere effettuata al momento dell'aggiudicazione non toglie che il requisito in esame debba essere posseduto fin dal momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara e fino alla stipula del contratto»¹⁴¹.

Siano consentite al riguardo alcune considerazioni.

138 Così L. FOLLIERI, *L'esecuzione dei contratti (artt. 113-126) e delle concessioni (artt. 188-190)*, in V. FANTI (a cura di), *op. cit.*, 437; A. BENEDETTI, *L'esecuzione del contratto*, in S. FANTINI – H. SIMONETTI (a cura di), *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, Piacenza, La Tribuna, 2023, 335; G. COCCO, *Art. 122*, in G.F. FERRARI – G. MORBIDELLI (a cura di), *op. cit.*, 631; G. D'ANGELO, *Art. 122*, in R. VILLATA – M. RAMAJOLI (a cura di), *op. cit.*, 631.

139 In questo senso, L.R. PERFETTI, *Art. 122*, in ID. (a cura di), *op. cit.*, 1034-1036.

140 F. FICHERA, *Le cause di esclusione automatiche e non automatiche degli operatori economici* (Relazione al Convegno su: «Il Codice dei contratti pubblici ad un anno dalla riforma» - Roma, 4-6 marzo 2024), in www.giustizia-amministrativa.it, § 5.

141 T.A.R. Lazio-Roma, Sez. II-bis, 22 gennaio 2024, n. 1210, in www.giustizia-amministrativa.it.

La prima attiene al fatto che, vigente il codice dei contratti pubblici del 2016, qualsivoglia ricostruzione muoveva «dall'esame dell'art. 32, comma 7, [...], secondo cui “[l]’aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti”. Il momento finale della procedura di gara, dopo il quale si apr[iva] la fase della stipulazione del contratto di appalto (art. 32, comma 8, cit.), si identifica[va] con la conclusione della fase di verifica dei requisiti prescritti dalla *lex specialis* e con la conseguente efficacia dell’aggiudicazione»¹⁴².

Invero, l'art. 32, comma 7, di quel codice «rimanda[va] la verifica del possesso dei requisiti alla fase successiva all'aggiudicazione, quale condizione integrativa dell'efficacia di quest'ultima»¹⁴³. In sostanza, alla verifica del possesso dei requisiti si procedeva «dopo l'approvazione della proposta di aggiudicazione ed il provvedimento di aggiudicazione»¹⁴⁴. Ne derivava che «il manifestarsi di una causa di esclusione prima della stipula del contratto determina[va] l'impossibilità di dotare di efficacia l'aggiudicazione, con conseguente impossibilità di stipulare il contratto per fatto imputabile all'operatore economico»¹⁴⁵.

Oggi, l'art. 17, comma 5, del codice vigente prevede che «[l]’organo competente a disporre l’aggiudicazione esamina la proposta, e, se la ritiene legittima e conforme all’interesse pubblico, dopo aver verificato il possesso dei requisiti in capo all’offerente, dispone l’aggiudicazione, che è immediatamente efficace». La collocazione temporale della verifica del possesso dei requisiti è, quindi, mutata: «nella nuova disciplina, sarà possibile adottare la determina di aggiudicazione soltanto a seguito del positivo espletamento della verifica dei requisiti in capo all’offerente»¹⁴⁶.

142 Cons. Stato, Sez. V, 25 agosto 2023, n. 7949, in www.giustizia-amministrativa.it.

143 T.A.R. Calabria-Reggio Calabria, Sez. I, 16 maggio 2023, n. 430, in www.giustizia-amministrativa.it; nello stesso senso, Cons. Stato, Sez. V, 14 luglio 2022, n. 6012, in *Foro amm.*, 2022, II, 945; T.A.R. Campania-Napoli, Sez. I, 11 maggio 2021, n. 3116, in www.giustizia-amministrativa.it.

144 Cons. Stato, Sez. III, 26 ottobre 2020, n. 6530, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Campania-Napoli, Sez. VIII, 5 ottobre 2020, n. 4223, *ibidem*.

145 T.A.R. Campania-Napoli, Sez. IV, 14 ottobre 2021, n. 6462, in www.giustizia-amministrativa.it.

146 A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Art. 17*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *op. cit.*, 145.

Stando così le cose, la perdita di un requisito che si verifichi dopo l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto non dovrebbe più consentire l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione stessa e la conseguente caducazione del contratto, come sostenuto da recente giurisprudenza nella vigenza del precedente codice¹⁴⁷. In siffatta ipotesi, infatti, la perdita del requisito avviene dopo che la verifica del possesso del requisito stesso è già stata espletata con esito positivo prima di disporre l'aggiudicazione, la quale risulta, quindi, del tutto legittima.

Un'ulteriore considerazione va fatta con riguardo al tenore letterale dell'art. 96, comma 1, del codice vigente.

Si è visto che, ancorché la fonte del principio di continuità nel possesso dei requisiti sia unanimemente individuata in svariate decisioni dell'Adunanza Plenaria, la stessa giurisprudenza afferma che tale *dictum* giudiziale sarebbe poi stato recepito – in conformità alle previsioni dell'art. 57, par. 5, della direttiva 2014/24/UE – nell'art. 80, comma 6, del decreto legislativo n. 50 del 2016¹⁴⁸, poi riprodotto, appunto, nell'art. 96, comma 1, del decreto legislativo n. 36 del 2023.

Orbene, quest'ultima disposizione, limitandosi a prevedere che «[l]e stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura d'appalto [...]», sembra alludere esclusivamente al procedimento ad evidenza pubblica, cioè alla gara per l'affidamento della commessa. Ne resterebbero, pertanto, estranee le successive fasi della stipula e dell'esecuzione del contratto, con riguardo alle quali, del resto, non avrebbe senso parlare di esclusione dell'operatore economico.

¹⁴⁷ Si allude a T.A.R. Calabria-Catanzaro, Sez. I, 7 marzo 2023, n. 340, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui «l'accertamento – ancorché avvenuto in un momento successivo alla stipulazione – della perdita dei requisiti già in una fase antecedente ad essa, legittima l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione, dal quale deriva, come effetto, la caducazione del contratto nel frattempo stipulato per la stretta consequenzialità funzionale tra l'aggiudicazione della gara e la stipulazione dello stesso».

¹⁴⁸ T.A.R. Basilicata, Sez. I, n. 236/2023, cit.

In altri termini, il riferimento temporale contenuto nella norma («qualunque momento *della procedura d'appalto*») va, a rigore, circoscritto alle fasi del procedimento che vede l'esame delle domande e la selezione dell'offerta migliore, culminante con l'aggiudicazione che assegna all'*iter* pubblicistico compiuto un carattere di definitività¹⁴⁹.

Del resto, sotto il profilo sistematico, l'art. 96 si colloca nel Titolo IV del decreto legislativo n. 36/2023, rubricato «Requisiti di partecipazione e la selezione dei partecipanti», e riguarda, dunque, un ben definito ambito, da cui esorbita la previsione di un potere di esclusione che vada oltre il vaglio delle offerte e consenta in qualunque momento (anche dopo l'aggiudicazione) di rivedere la posizione dei concorrenti¹⁵⁰. Inoltre, come l'art. 80 del codice del 2016 disciplinava i requisiti di ordine generale, l'art. 96 del codice vigente è collocato nel Capo II del Titolo IV, rubricato «I requisiti di ordine generale», mentre il principio di continuità è stato sancito dalla Plenaria n. 8 del 2015 con riguardo alle attestazioni SOA, che non rientrano tra i suddetti requisiti¹⁵¹.

Milita, poi, in tal senso un argomento che può trarsi da una sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea¹⁵², dalle cui statuizioni deriva che è demandata all'amministrazione aggiudicatrice la valutazione sull'esclusione, che abbia riguardo all'attività commissiva od omissiva dell'operatore economico «prima o durante la procedura di aggiudicazione di appalto» (par. 31), da effettuare «nella fase della selezione degli offerenti» (par. 34). Ciò coerentemente alla direttiva 2014/24/UE, il cui considerando 102 afferma che l'operatore economico deve poter vantare la possibilità di adottare e chiedere che siano esami-

149 «La procedura di gara si conclude [...] con l'aggiudicazione definitiva, con cui la stazione appaltante afferma quale sia la concreta scelta del contraente: la convergenza tra offerta dell'aggiudicatario e invito dell'amministrazione è destinata poi ad essere a base della stipulazione del contratto d'appalto, ma intanto già realizza alcuni effetti stabili già prima del contratto»: Cons. Stato, Sez. V, 4 gennaio 2019, n. 107, in www.giustizia-amministrativa.it.

150 In tal senso, con riguardo all'art. 80, comma 6, d.lgs. n. 50/2016, T.A.R. Campania-Napoli, Sez. III, 20 ottobre 2020, n. 4637, in www.giustizia-amministrativa.it.

151 Dobbiamo l'osservazione a E. CASALE, *Una lettura alternativa a margine della giurisprudenza sulla continuità del possesso dei requisiti di partecipazione*, in *Riv. trim. app.*, 2021, 479, nt. 26.

152 Sez. IV, 19 giugno 2019, in causa C-41/18, *Meca S.r.l. c. Comune di Napoli*, in <https://eur-lex.europa.eu>.

nate le misure opportune, «ai fini di una possibile ammissione alla procedura di aggiudicazione», con ciò sottintendendosi che l'esclusione deve precedere l'ammissione alla gara ovvero essere disposta fintantoché quest'ultima sia in corso, sino all'aggiudicazione.

Del tutto condivisibili – ed applicabili, *de plano*, all'art. 96, comma 6, del vigente codice – ci sembrano, poi, le considerazioni in ordine al tenore complessivamente equivoco dell'art. 80, comma 6, del codice del 2016: entrambi mettono in relazione il fattore tempo prima con l'atto di verifica dei requisiti («in qualunque momento della procedura») e poi con i fatti che determinano la sanzione espulsiva («a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura»), senza prevedere in modo chiaro un principio di mantenimento del requisito durante l'*iter* procedimentale: da qui la sensazione che «i lapidari rinvii a orientamenti giurisprudenziali non siano sufficienti al consolidamento del principio di continuità, da applicare indistintamente a tutti i requisiti di partecipazione»¹⁵³.

E' di tutta evidenza, infine, che la rigorosa lettura di tale principio orientata al formale rispetto del possesso dei requisiti, in modo continuativo, per tutto il “ciclo di vita del contratto” non si pone certo in linea con i principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione (art. 10 del codice), i quali, a differenza del principio di continuità dei requisiti, definito «fondamentale» solo dalla giurisprudenza che l'ha coniato¹⁵⁴ ma nemmeno contemplato dal codice, sono principi generali per esplicita scelta del legislatore.

Da qui l'opportunità di una rilettura (o, meglio ancora, riscrittura) del principio di continuità che tenga conto delle diverse caratteristiche dei singoli requisiti di partecipazione modulando di conseguenza le reazioni dell'ordinamento alla loro sopravvenuta perdita, così scongiurando automatismi giurisprudenziali sovente ingiustificati¹⁵⁵.

153 E. CASALE, *op. cit.*, 479-480.

154 Cfr., ad es., Cons. Stato, Ad. Plen., nn. 5/2016 e 6/2016, *citt.*

155 E. CASALE, *op. cit.*, 500.