

Ammissibilità del cd “cumulo alla rinfusa” per i consorzi stabili

di Michela Pignatelli

Data di pubblicazione: 8-5-2023

1. Il Collegio, nell'accogliere il ricorso, intende pertanto confermare il principio secondo cui, nella partecipazione alle gare d'appalto e nell'esecuzione, è il consorzio stabile (e non già ciascuna delle singole imprese sue consorziate) ad assumere la qualifica di concorrente e contraente e, per l'effetto, a dover dimostrare il possesso dei relativi requisiti partecipativi (attestazione SOA per categorie e classifiche analoghe a quelle indicate dal bando).

2. In definitiva:

a) i requisiti speciali di qualificazione SOA devono essere posseduti e dimostrati unicamente dal consorzio stabile, mediante la sola qualificazione e l'attestato SOA del consorzio medesimo (in ciò sostanziandosi la ratio e la finalità di tale figura soggettiva);

b) detti consorzi partecipano alla procedura di gara utilizzando requisiti di partecipazione “loro propri”, ossia la propria attestazione SOA;

c) alle consorziate designate per l'esecuzione dell'appalto spetta unicamente dimostrare il possesso dei requisiti di ordine generale, ciò al fine di impedire che possano giovare della copertura dell'ente collettivo, eludendo i controlli demandati alle stazioni appaltanti.

3. In effetti, il consorzio stabile rappresenta “un nuovo e peculiare soggetto giuridico, promanante da un contratto a dimensione associativa tra imprese, caratterizzato oggettivamente come struttura imprenditoriale e da un rapporto tra le stesse imprese di tipo organico, al fine di operare in modo congiunto nel settore dei lavori pubblici, sicché unico interlocutore con l'amministrazione appaltante è il medesimo consorzio.

Guida alla lettura

Con la sentenza in rassegna, la Sezione ha ritenuto ammissibile il cumulo alla rinfusa in caso di partecipazione alle gare d'appalto dei consorzi stabili, chiarendo che tale interpretazione è conforme sia in ragione della *ratio* pro concorrenziale dell'istituto, sia in ragione del possesso di un'autonoma soggettività giuridica in capo al consorzio, rispetto alle consorziate, ritenendo, pertanto, illegittima l'esclusione dalla gara del Consorzio per assenza dell'attestazione SOA in capo alla impresa esecutrice.

Per comprendere l'*iter* argomentativo seguito nella pronuncia in commento, è opportuno esaminare la disciplina di riferimento che ha dato vita al dibattito circa l'ammissibilità del cumulo alla rinfusa.

I consorzi stabili, secondo la definizione contenuta nell'art. 45, comma 2 lett. c) del dlgs 50/2016 sono un'aggregazione di non meno di tre consorziati, che operano in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa.

In particolare, la disciplina codicistica per la qualificazione alle gare d'appalto dei consorzi stabili è contenuta nell'art. 47 del dlgs 56/2016, come da ultimo riformulato dal d.l. 32/2019, conv. in l. 55/2019, cd "Sblocca cantieri", con cui viene disciplinato il criterio del cumulo alla rinfusa.

La riscrittura del richiamato art. 47 ha innescato il dibattito relativamente all'ammissibilità del cumulo alla rinfusa anche con riferimento a requisiti diversi rispetto a quelli concernenti la disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo.

Prima dell'entrata in vigore del d.l. 32/2019, infatti, la giurisprudenza amministrativa era compatta nel ritenere che l'art. 36, comma 7 del dlgs n. 163/2006 legittimasse un intendimento comprensivo, lato e generalizzato del cumulo, con la conseguenza che i requisiti per la partecipazione non dovessero essere posseduti da tutte le imprese consorziate, essendo sufficiente il possesso dei medesimi da parte di una delle imprese. Da tale impostazione derivava, quale logico corollario, la possibilità di aggiudicazione anche nel caso in cui la consorziata esecutrice non avesse l'attestazione SOA.

L'introduzione dell'art. 47 del dlgs 50/2016 ha comportato la necessità di una rilettura in senso restrittivo della impostazione sopra descritta. Più precisamente, l'art. 47 comma 1 dispone che: *I requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi con le modalità previste dal presente codice, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate.*

La formulazione letterale della disposizione ha fatto emergere un orientamento più restrittivo in punto a cumulabilità dei requisiti. Più precisamente, è stato delimitato il campo di operatività del criterio del cumulo alla rinfusa per i consorzi stabili, precisando che il cumulo debba essere limitato ai soli requisiti relativi alle attrezzature e mezzi d'opera e all'organico medio annuo. Con la conseguenza che i consorzi stabili possono partecipare alle gare utilizzando il cumulo dei requisiti posseduti dalle imprese consorziate solo con riferimento a quelli sopra indicati.

Pertanto, se ha operato la qualificazione nei termini richiamati, il consorzio stabile può eseguire le prestazioni tramite le imprese consorziate, ancorché le stesse non siano state preventivamente indicate in sede di gara. Se, invece, in sede di gara il consorzio ha designato l'impresa o le imprese esecutrici, queste ultime devono essere dotate in proprio dei necessari

requisiti di qualificazione. Emerge, infatti, dal tenore letterale della disposizione un punto di rottura nella disciplina del cumulo alla rinfusa. Ne consegue, quindi, la definitiva abrogazione dell'art 36, comma 7, del dlgs 163/06 e della possibilità di sommare le attestazioni delle consorziate al fine di qualificare SOA il consorzio.

Per il Consiglio di Stato (Sez V, n. 7360/2022), l'art. 47 del codice appalti non prevede la facoltà, in gara, di cumulo alla rinfusa di tutti i requisiti delle imprese non esecutrici. Pertanto, ai fini della partecipazione alla gara, le imprese dovranno dimostrare il possesso, in proprio, dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria, o ricorrere al generale strumento dell'avvalimento per integrare i requisiti mancanti.

A diverse conclusioni è, viceversa, pervenuto il Tar Campania con la sentenza in rassegna, ritenendo ammissibile il cumulo alla rinfusa relativamente ai requisiti di idoneità tecnica e finanziaria, anche a seguito del d.l. Sblocca cantieri.

Il Collegio ha rilevato che sul piano normativo l'art. 47, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016 non chiarisce espressamente le modalità di qualificazione dei consorziati designati per l'esecuzione, il che avallerebbe l'interpretazione restrittiva, che ammette il cumulo alla rinfusa soltanto con riferimento ad attrezzature, mezzi e organico medio annuo.

E tuttavia, ad avviso del Collegio partenopeo, la disposizione da ultimo citata suonerebbe, nella sua formulazione letterale, identica a quella del previgente art. 35 d.lgs. n. 163 del 2006, nella vigenza del quale non si è mai dubitato della possibilità di applicare il cumulo alla rinfusa ai Consorzi stabili, anche per i requisiti tecnico-finanziari documentati nell'attestato SOA e non posseduti in proprio dall'esecutrice dei lavori individuata dal Consorzio.

A tale approdo è possibile pervenire, in ragione del fatto che l'art. 47 comma 1 del d.lgs. n. 50 del 2016 prescrive che i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all'art. 45, co. 2, lett. b) e c), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi con le modalità previste dal presente codice, sostanzialmente rinviando all'art. 83 del medesimo codice dei contratti pubblici, che concerne i requisiti di idoneità professionale, economica e finanziaria. L'art. 83, comma 2, a sua volta rinvia al regolamento di cui all'art. 216, comma 27-*octies* la disciplina dei requisiti e delle capacità che devono essere posseduti dal concorrente, anche in riferimento ai consorzi di cui all'articolo 45, lettere b) e c).

Inoltre, ai sensi dell'art. 216, comma 27-*octies*, nelle more dell'adozione del regolamento rimangono in vigore o restano efficaci le linee guida e i decreti adottati in attuazione della previgente disposizione di cui all'art. 36, comma 7, d.lgs. n. 163 del 2006.

Il Collegio ritiene, altresì, che l'art 36, comma 7 del dlgs 163/2006, non possa essere ritenuto espunto dall'ordinamento in virtù del rinvio espresso alla disposizione in oggetto effettuato dall'art. 81 del d.P.R. n. 207 del 2010, secondo cui: *"i requisiti per la qualificazione dei consorzi stabili sono quelli previsti dall'articolo 36, comma 7, del codice"*.

L'insieme delle disposizioni richiamate consentirebbe il cumulo alla rinfusa anche per i

requisiti tecnici e finanziari.

La Sezione ha poi valorizzato l'argomento teleologico teso a implementare la concorrenza sul mercato, consentendo alle piccole e medie imprese di aggiudicarsi gli appalti. Da tale angolo visuale, l'interpretazione favorevole al cumulo alla rinfusa appare conforme alla *ratio* pro-concorrenziale sottesa alla disciplina dei consorzi stabili, che consente la partecipazione alle gare pubbliche ad imprese singolarmente prive dei requisiti di qualificazione richiesti dal bando, le quali possono cumulare i requisiti di cui dispongono con quelli di altre imprese fino a soddisfare il livello di qualificazione richiesto.

Infine, il Collegio ha ritenuto ammissibile il cumulo alla rinfusa anche in considerazione del nuovo codice dei contratti entrato in vigore l'1 aprile 2023. Al avviso del Tar Campania, infatti, il nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 36/2023 sembra ammettere il cumulo alla rinfusa all'art. 67 (cfr. art. 100, comma 8, lett. c), il cui comma 4 riproduce il contenuto dell'art. 47 comma 2 d.lgs. n. 50 del 2016 – a conferma del fatto che quest'ultima disposizione non legittima una interpretazione limitativa del cumulo alla rinfusa – ed il cui comma 8 risulta sostanzialmente sovrapponibile al previgente art. 36 comma 7 d.lgs. n. 163 del 2006, a dimostrazione della *voluntas legis* di consentire ai “consorzi stabili di attestare, per i lavori, i requisiti di qualificazione attraverso l'attestazione SOA del consorzio, nella quale si sommano i requisiti posseduti dalle singole consorziate”.

Alla luce delle argomentazioni svolte, quindi, il Collegio ritiene preferibile la tesi dell'ammissibilità del cumulo alla rinfusa anche per ragioni logiche, di coerenza ordinamentale, di certezza del diritto: *opinare diversamente significherebbe che la possibilità di cumulo dell'attestazione SOA, ammessa dalla giurisprudenza assolutamente prevalente fino alla citata sentenza del Consiglio di Stato n. 7360 del 25 agosto 2022 ed ammissibile per gli appalti rientranti nell'ambito di operatività del d.lgs. n. 36 del 2023, abbia avuto una breve parentesi di (incerta) sospensione giurisprudenziale relativamente a quelle controversie giudicate alla luce del suesposto orientamento restrittivo.*

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4901 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da Consorzio Stabile Infratech S.C. A R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Arturo Cancrini, Francesco Migliarotti, con domicilio eletto in Napoli alla Via dei Mille n.16.

contro

Comune di Bacoli, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Valeria Capolino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Comune di Procida, CUC Bacoli – Procida, non costituiti in giudizio.

nei confronti

S.A.CO.S.E.M. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Federico Liccardo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia.

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Ucsi – Unione dei Consorzi Stabili Italiani, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Mollica, Francesco Zaccone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia.

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti presentati da Consorzio Stabile Infratech S.C. A R.L. il 26/1/2023:

a) della determinazione dirigenziale n.1327 del 10 ottobre 2022 con la quale il Responsabile Unico del procedimento del Comune di Procida non ha approvato i verbali di gara ed ha disposto l'esclusione del Consorzio ricorrente dalla gara per l'Esecuzione dell'intervento di consolidamento località Pizzaco Chiaia, tratto discesa Graziella – Ex Eldorado; b) del provvedimento di aggiudicazione della gara in favore della S.A.CO.S.E.M. s.r.l.; c) per la declaratoria di inefficacia del contratto medio tempore stipulato e per il subentro della ricorrente nella sua esecuzione; d) di ogni altro atto presupposto e/o connesso ancorché non conosciuto.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Bacoli e della S.A.CO.S.E.M. S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 febbraio 2023 il dott. Maurizio Santise e uditi per

le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Consorzio Stabile Infratech partecipava alla gara bandita dalla CUC fra il Comune di Bacoli ed il Comune di Procida relativa agli interventi di consolidamento in località Pizzaco Chiaia, classificandosi al primo posto della graduatoria.

Il bando di gara prevedeva che i concorrenti dovessero essere in possesso di attestazione SOA per la categoria OS12-B classifica III-bis o superiore. Il Consorzio ricorrente, in possesso della IV classifica nella categoria OS12-B, partecipava alla gara indicando quale impresa esecutrice la consorziata Eurosaf s.r.l., non in possesso della categoria OS12-B.

Pertanto, su sollecitazione della società S.A.CO.S.E.M. s.r.l. (seconda classificata), il Responsabile del procedimento del Comune di Procida disponeva l'esclusione del suddetto Consorzio per assenza del requisito di qualificazione OS12-B classifica III-bis in capo alla consorziata esecutrice Eurosaf s.r.l., indicata dal consorzio in fase di gara; ciò "in base a quanto previsto dalla giurisprudenza amministrativa" e, in particolare, dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 7360 del 25/08/2022, (determina n. 1327 del 10/10/2022).

Tale provvedimento dirigenziale di esclusione veniva, quindi, impugnato dal Consorzio Stabile Infratech, che ne chiedeva l'annullamento, previa sospensione degli effetti, adducendo la violazione del d.lgs. n. 50/2016, la violazione del d.l. n. 32/2019, nonché il difetto di istruttoria e di motivazione. In via meramente gradata, il ricorrente eccepiva l'illegittimità del provvedimento di esclusione per violazione del principio del contraddittorio ovvero delle norme che regolano la modifica soggettiva del concorrente.

Con ordinanza cautelare n. 1982 del 11/11/2022, successivamente corretta con ordinanza collegiale n. 7267/2022, questo Tribunale accoglieva la domanda cautelare proposta dal Consorzio avverso il provvedimento di esclusione del Consorzio, evidenziando che "il consorzio stabile si qualifica con i requisiti posseduti in proprio anche se sia priva la consorziata indicata quale esecutrice" e che "a fronte della titolarità del requisito in capo al consorzio non può pretendersi il possesso del medesimo requisito anche in capo alla consorziata esecutrice e ciò in un'ottica pro-concorrenziale".

A seguito di appello cautelare della controinteressata S.A.CO.S.E.M. s.r.l., il Consiglio di Stato riformava l'ordinanza cautelare, quindi respingeva l'istanza cautelare proposta in primo grado, "al fine di pervenire *re adhuc integra* alla fase della decisione di merito dinanzi al giudice di primo grado", "tenuto conto della recente evoluzione giurisprudenziale sul tema del c.d. cumulo alla rinfusa" (ordinanza n. 5871 del 16/12/2022).

Con determina n. 52 dell'11 gennaio 2023, il Comune di Procida disponeva l'aggiudicazione

definitiva della gara in favore della S.A.CO.S.E.M. s.r.l., procedendo altresì alla consegna dei lavori (verbale del 20/01/2023).

2. Con ricorso per motivi aggiunti, il Consorzio Stabile Infratech impugnava la citata determina n. 52, chiedendone l'annullamento per illegittimità derivata dal provvedimento di esclusione, nonché per violazione e/o elusione del giudicato cautelare di cui all'ordinanza n. 5871/2022 del Consiglio di Stato, ritenendo che il Comune intimato non avrebbe potuto adottare l'aggiudicazione dell'appalto nelle more della decisione di merito del ricorso, proprio "al fine di pervenire re adhuc integra alla fase della decisione di merito dinanzi al giudice di primo grado".

È intervenuta *ad adiuvandum* l'Unione dei consorzi stabili italiani (UCSI), che ha presentato una memoria a sostegno delle deduzioni di parte ricorrente.

Il Comune di Procida, il Comune di Bacoli e la controinteressata S.A.CO.S.E.M. s.r.l., si sono costituiti regolarmente in giudizio e hanno presentato memorie di controdeduzioni.

All'udienza del 22 febbraio 2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

3. Tanto premesso in punto di fatto, il presente giudizio ruota intorno alla questione dell'ammissibilità del cumulo alla rinfusa.

In via preliminare, ai fini della decisione dell'odierno ricorso, giova ripercorrere l'evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia di cumulo alla rinfusa.

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

L'art. 36, comma 7, d.lgs. n. 163/2006 affermava che "il consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate". Per i lavori la qualificazione è acquisita con riferimento ad una determinata categoria di opere generali o specialistiche per la classifica corrispondente alla somma di quelle possedute dalle imprese consorziate. Per la qualificazione della classifica di importo illimitato, è in ogni caso necessario che almeno una tra le imprese consorziate già possieda tale qualificazione ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno una con qualificazione per la classifica VII e almeno due con classifica V o superiore, ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno tre con qualificazione per classifica VI. Per la qualificazione per prestazioni di progettazione e costruzione, nonché per la fruizione dei meccanismi premiali di cui all'articolo 40, comma 7, è in ogni caso sufficiente che i corrispondenti requisiti siano posseduti da almeno una delle imprese consorziate. Qualora la somma delle classifiche delle imprese consorziate non coincida con una delle classifiche di cui al regolamento, la qualificazione è acquisita nella classifica immediatamente inferiore o in quella immediatamente superiore alla somma delle

classifiche possedute dalle imprese consorziate, a seconda che tale somma si collochi rispettivamente al di sotto, ovvero al di sopra o alla pari della metà dell'intervallo tra le due classifiche".

Nel periodo di vigenza del "vecchio" codice degli appalti non si è mai dubitato della possibilità di applicare il cumulo alla rinfusa ai Consorzi stabili, anche per i requisiti tecnico-finanziari documentati nell'attestato SOA e non posseduti in proprio dall'esecutrice dei lavori individuata dal Consorzio.

L'Adunanza Plenaria n. 8 del 2012 ha chiarito che "il possesso dei requisiti generali e morali ex art. 38 codice appalti deve essere verificato non solo in capo al consorzio ma anche alle consorziate, dovendosi ritenere cumulabili in capo al consorzio i soli requisiti di idoneità tecnica e finanziaria ai sensi dell'art. 35 codice appalti".

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

L'art. 47, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, nella sua originaria formulazione, prevedeva che "per i primi cinque anni dalla costituzione, ai fini della partecipazione dei consorzi di cui all'art. 45, comma 2, lettera c), alle gare, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi previsti dalla normativa vigente posseduti dalle singole imprese consorziate esecutrici, vengono sommati in capo al consorzio".

L'art. 31 del decreto correttivo del codice (d.lgs. n. 56/2017) ha modificato il comma 2, stabilendo che "i consorzi di cui agli articoli 45, comma 2, lettera c), e 46, comma 1, lettera f), al fine della qualificazione, possono utilizzare sia i requisiti di qualificazione maturati in proprio, sia quelli posseduti dalle singole imprese consorziate designate per l'esecuzione delle prestazioni, sia, mediante avvalimento, quelli delle singole imprese consorziate non designate per l'esecuzione del contratto. Con le linee guida dell'ANAC di cui all'articolo 84, comma 2, sono stabiliti, ai fini della qualificazione, i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni". Per poter spendere i requisiti dei consorziati indicati per l'esecuzione era, quindi, sufficiente la semplice designazione in fase di gara; per poter usufruire di quelli dei consorziati non designati occorreva, invece, ricorrere all'istituto dell'avvalimento.

In seguito, il d.l. n. 32 del 2019 (c.d. Sblocca cantieri) ha sostituito il comma 2 ed ha aggiunto il comma 2-bis all'interno dell'art. 47, in virtù dei quali:

- "I consorzi stabili di cui agli articoli 45, comma 2 e 46, comma 1, lettera f), eseguono le prestazioni o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale degli stessi nei confronti della

stazione appaltante. Per i lavori, ai fini della qualificazione di cui all'articolo 84, con il regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, sono stabiliti i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni. L'affidamento delle prestazioni da parte dei soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettera b), ai propri consorziati non costituisce subappalto (art. 47 comma 2);

- "La sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara per l'affidamento di servizi e forniture è valutata, a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati. In caso di scioglimento del consorzio stabile per servizi e forniture, ai consorziati sono attribuiti pro quota i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi maturati a favore del consorzio e non assegnati in esecuzione ai consorziati. Le quote di assegnazione sono proporzionali all'apporto reso dai singoli consorziati nell'esecuzione delle prestazioni nel quinquennio antecedente" (art. 47 comma 2-bis).

L'intervento legislativo del 2019 è stato, poi, invocato a sostegno di una ricostruzione contraria alla generalizzata ammissibilità del cumulo alla rinfusa.

L'Adunanza Plenaria n. 5/2021, interrogatasi sulla perdita dei requisiti di una impresa consorziata non designata ai fini della esecuzione dei lavori (quindi su una questione del tutto diversa), ha incidentalmente affermato che il d.l. n. 32 del 2019 ha ripristinato l'originaria e limitata perimetrazione del cumulo alla rinfusa ai soli aspetti relativi disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo.

2. Da qui l'emersione di un contrasto giurisprudenziale in ordine ai limiti entro i quali è legittimo il cumulo alla rinfusa.

2.1 Un primo orientamento sostiene che qualora il consorzio individui una consorziata come esecutrice, quest'ultima dovrà essere autonomamente in possesso del requisito di qualificazione, così come, in caso di esecuzione in proprio ad opera del consorzio, quest'ultimo dovrà possedere autonomamente il requisito; l'utilizzo della "maggiore" qualificazione del consorzio stabile non potrebbe, cioè, legittimare l'esecuzione di prestazioni da parte di piccole e medie imprese del tutto prive della qualificazione (Tar Lazio, sez. III, 3 marzo 2022, n. 2571; Cons. Stato, 22 agosto 2022, n. 7360, le cui argomentazioni sono state riprese dalla recente giurisprudenza, tra cui: Tar Ancona, Sez. I, 25 febbraio 2023, n. 119; Tar Milano, Sez. I, nn. 397, 597 e 744 del 2023; Tar Napoli, sez. III, 22 febbraio 2023, n. 1152).

In primo luogo, sul piano letterale, l'art. 47 comma 1 d.lgs. n. 50/2016 consentirebbe il cumulo solo con riferimento a determinati requisiti, vale a dire attrezzature, mezzi e organico medio anno; al di fuori di questi limiti, dovrebbe applicarsi la regola generale che impone a ciascun concorrente la dimostrazione del possesso dei requisiti e delle capacità di qualificazione (artt. 83 e 84 d.lgs. n. 50/2016). Dalla lettera della legge sarebbe, pertanto, lecito distillare una direttiva di interpretazione limitativa del cumulo alla rinfusa, stante l'attitudine derogatoria e, come tale, eccezionale della prefigurata facoltà di dimostrazione "cumulativa" dei requisiti di partecipazione.

In secondo luogo, la tesi in esame valorizza il nuovo contesto normativo, dal quale risulta

espunta la previsione di cui al previgente art. 36, comma 7 d.lgs. n. 163/2006, la quale aveva legittimato un intendimento comprensivo, lato e generalizzato del cumulo (c.d. alla rinfusa). La soppressione della disposizione richiamata – oltre al tenore letterale dell'art. 47 d.lgs. n. 50/2016 – condurrebbe, dunque, a superare l'orientamento ampliativo ed a restringere la praticabilità del cumulo ai soli aspetti relativi alla disponibilità delle attrezzature, dei mezzi d'opera e dell'organico medio annuo.

Nella prospettiva in esame, siffatta interpretazione restrittiva sarebbe confermata dal comma 2 dell'art. 47 d.lgs. n. 50/2016, come riformulato dal d.l. n. 32/2019. L'attuale versione dell'art. 47, comma 2, infatti, non menziona più la facoltà del consorzio di ricorrere all'avvalimento, ai fini della utilizzazione dei requisiti di qualificazione delle consorziate non designate come esecutrici e si limita a prevedere l'alternativa facoltà di eseguire il contratto "con la propria struttura" ovvero "tramite i consorziati" all'uopo "indicati in sede di gara.

Sul piano funzionale, l'argomento della finalità pro-concorrenziale non risulterebbe dirimente: la tutela della concorrenza risiederebbe, infatti, nella stessa possibilità di utilizzare la forma del consorzio stabile, a prescindere dall'operatività o meno del cumulo alla rinfusa.

In definitiva, secondo questa ricostruzione, qualora il consorzio designi per l'esecuzione del contratto una o più delle imprese consorziate è necessario che queste ultime possiedano e comprovino (con la ribadita salvezza dei limitati e specifici casi di qualificazione cumulativa) i requisiti, tecnici e professionali, di partecipazione. Fermo restando che l'impresa consorziata non qualificata potrebbe valorizzare i requisiti posseduti, in proprio, dal consorzio stabile ovvero dalle consorziate non esecutrici ricorrendo all'ordinario strumento dell'avvalimento ex art. 89 d.lgs. n. 50/2016 (cfr. Tar Napoli, sez. III, 22 febbraio 2023, n. 1152).

2.2 Pur consapevole del contrasto ermeneutico in materia, il Collegio ritiene preferibile dare continuità all'orientamento che reputa ammissibile il cumulo alla rinfusa (Tar L'Aquila, Sez. I, 16 marzo 2023; Tar Palermo, sez. I, 2 marzo 2023, n. 657; Cons. Stato, Sez. V, n. 964 del 2 febbraio 2021; Cons. Stato, sez. V., 29 marzo 2021, n. 2588), in linea con i precedenti giurisprudenziali di questa Sezione (cfr., per tutte, Tar Napoli, sez. I, 25 febbraio 2022, n. 1320).

Sul versante normativo, dall'art. 47 d.lgs. n. 50/2016 non può desumersi che il singolo consorziato, indicato in gara come esecutore dell'appalto, debba essere a sua volta in possesso dei requisiti di partecipazione.

Rilevato che - come affermato nella stessa sentenza n. 7360/2022, posta a fondamento del provvedimento di esclusione impugnato dall'odierno ricorrente - l'art. 47, comma 2, non chiarisce espressamente (il che dà ragione al contrasto esegetico) le modalità di qualificazione dei consorziati designati per l'esecuzione, nel caso in cui i consorzi stabili intendano eseguire le prestazioni tramite le imprese consorziate, l'interpretazione restrittiva sembra potersi fondare unicamente sul disposto di cui all'art. 47 comma 1 d.lgs. n. 50/2016.

Senonché, la disposizione da ultimo citata "suona, nella sua formulazione letterale, identica a quella già trasfusa nel previgente art. 35 d.lgs. n. 163/2006" (cfr. Cons. Stato, sez. V., 22

agosto 2022, n. 7360) e si è detto che all'epoca del "vecchio" codice degli appalti era assolutamente pacifico il cumulo alla rinfusa.

L'art. 47 co. 1 d.lgs. n. 50/2016 prescrive che i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all'art. 45, co. 2, lett. b) e c), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi con le modalità previste dal presente codice, sostanzialmente rinviando all'art. 83 del medesimo codice dei contratti pubblici, che per l'appunto concerne i requisiti di idoneità professionale, economica e finanziaria.

L'art. 83, comma 2, a sua volta rinvia al regolamento di cui all'art. 216, comma 27-octies la disciplina dei requisiti e delle capacità che devono essere posseduti dal concorrente, anche in riferimento ai consorzi di cui all'articolo 45, lettere b) e c).

Ai sensi dell'art. 216, comma 27-octies, nelle more dell'adozione del regolamento (al momento inesistente) rimangono in vigore o restano efficaci le linee guida e i decreti adottati in attuazione della previgente disposizione di cui all'art. 36, comma 7, d.lgs. n. 163/2006. Tra l'altro, l'art. 216, comma 14, prevede che "fino all'adozione del regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, continuano ad applicarsi, in quanto compatibili, le disposizioni di cui alla Parte II, Titolo III (articoli da 60 a 96: sistema di qualificazione delle imprese), nonché gli allegati e le parti di allegati ivi richiamate, del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207".

In attuazione del citato art. 36 comma 7, l'art. 81 del d.P.R. n. 207/2010 stabilisce che "i requisiti per la qualificazione dei consorzi stabili sono quelli previsti dall'articolo 36, comma 7, del codice". Ne consegue, come sostenuto dal ricorrente, una reviviscenza di quest'ultima disposizione, che non può dirsi espunta dall'ordinamento.

Allo stato attuale, non essendo stato adottato il Regolamento di cui all'art. 216, comma 27-octies, il sistema di qualificazione e la dimostrazione dei requisiti di capacità che devono essere posseduti dai consorzi stabili per concorrere alle gare pubbliche sono regolati dall'art. 36 del d.lgs. n. 163/2006 e dagli artt. 81 e 94 del d.P.R. n. 207/2010 (cfr. Tar Palermo, sez. I., 2 marzo 2023, n. 657). L'insieme di queste disposizioni delinea il regime di qualificazione dei consorzi stabili secondo il criterio del "pieno" cumulo alla rinfusa, salvo eccezioni.

In definitiva, non è condivisibile l'affermazione per cui l'art. 47, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 – la cui formulazione letterale è sostanzialmente identica a quella già trasfusa nel previgente art. 35 d.lgs. n. 163/2006 – avrebbe ridotto l'ambito di operatività del cumulo alla rinfusa, circoscrivendolo ai soli mezzi ed all'organico medio annuo.

2.3 Ciò posto, rilevato che nell'interpretare la legge occorre considerare anche l'*intentio legis* (art. 12 delle preleggi), occorre evidenziare che, nel corso del tempo, l'intenzione del legislatore è sempre stata quella di valorizzare l'istituto in questione, quale importante strumento pro-concorrenziale.

Nella relazione di accompagnamento al d.l. n. 32 del 2019 (c.d. Sblocca Cantieri) si legge, infatti, che la modifica del comma 2 dell'art. 47 d.lgs. n. 50/2016 "è tesa a chiarire la disciplina

dei consorzi stabili onde consentire l'operatività e sopravvivenza di tale strumento pro-concorrenziale, mentre l'introduzione del comma 2-bis detta disposizioni concernenti i consorzi stabili di servizi e forniture, in continuità con il passato, di fatto colmando, a regime, un vuoto normativo per tali settori”.

Del resto, sotto il profilo teleologico, l'interpretazione ampliativa appare conforme alla *ratio* pro-concorrenziale sottesa alla disciplina dei consorzi stabili, che consente la partecipazione alle gare pubbliche ad imprese singolarmente prive dei requisiti di qualificazione richiesti dal bando, le quali possono cumulare i requisiti di cui dispongono con quelli di altre imprese fino a soddisfare il livello di qualificazione richiesto (cfr. Tar Palermo, sez. I., n. 657 del 02/03/2023).

2.4 In chiave ermeneutica e retrospettiva, giova inoltre sottolineare che il nuovo Codice dei contratti pubblici (in vigore dal 1 aprile 2023) sembra ammettere il cumulo alla rinfusa all'art. 67 (cfr. art. 100, comma 8, lett. c), il cui comma 4 riproduce il contenuto dell'art. 47 comma 2 d.lgs. n. 50/2016 – a conferma del fatto che quest'ultima disposizione non legittima una interpretazione limitativa del cumulo alla rinfusa – ed il cui comma 8 risulta sostanzialmente sovrapponibile al previgente art. 36 comma 7 d.lgs. n. 163/2006, a dimostrazione della *voluntas legis* di consentire ai “consorzi stabili di attestare, per i lavori, i requisiti di qualificazione attraverso l'attestazione SOA del consorzio, nella quale si sommano i requisiti posseduti dalle singole consorziate” (cfr. Relazione allegata allo schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'art. 1 legge n. 78/2022).

Nello specifico, l'art. 67, comma 8, statuisce che “ai fini del rilascio o del rinnovo dell'attestazione di qualificazione SOA, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria sono posseduti e comprovati dai consorzi sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate. La qualificazione è acquisita con riferimento a una determinata categoria di opere generali o specialistiche per la classifica corrispondente alla somma di quelle possedute dalle imprese consorziate. Per la qualificazione alla classifica di importo illimitato è in ogni caso necessario che almeno una tra le imprese consorziate già possieda tale qualificazione ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno una con qualificazione per classifica VII e almeno due con classifica V o superiore, ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno tre con qualificazione per classifica VI. Per la qualificazione per prestazioni di progettazione e costruzione, nonché per la fruizione dei meccanismi premiali di cui all'articolo 106, comma 8, è in ogni caso sufficiente che i corrispondenti requisiti siano posseduti da almeno una delle imprese consorziate. Qualora la somma delle classifiche delle imprese consorziate non coincida con una delle classifiche di cui all'allegato II.12, la qualificazione è acquisita nella classifica immediatamente inferiore o in quella immediatamente superiore alla somma delle classifiche possedute dalle imprese consorziate, a seconda che tale somma si collochi rispettivamente al di sotto, ovvero al di sopra o alla pari della metà dell'intervallo tra le due classifiche. Gli atti adottati dall'ANAC restano efficaci fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al comma 2” (cfr. art. 36, comma 7, d.lgs. n. 163/2006).

La Relazione di accompagnamento al nuovo Codice del 2023 precisa, inoltre, che “il sistema sin qui in atto si basava su una disposizione transitoria del decreto legislativo n. 50 del 2016,

(l'art. 216, comma 27-octies), che rinviava all'art. 36, comma 7 del decreto legislativo n. 163 del 2006 (e fonti delegate), consentendo che i consorzi stabili attestino, per i lavori, i requisiti di qualificazione attraverso l'attestazione SOA del consorzio, nella quale si sommano i requisiti posseduti dalle singole consorziate" (relazione illustrativa, p. 105).

2.5 In quest'ottica, la tesi dell'ammissibilità del cumulo alla rinfusa si ritiene preferibile anche per ragioni logiche, di coerenza ordinamentale, di certezza del diritto: opinare diversamente significherebbe che la possibilità di cumulo dell'attestazione SOA, ammessa dalla giurisprudenza assolutamente prevalente fino alla citata sentenza del Consiglio di Stato n. 7360 del 25 agosto 2022 ed ammissibile per gli appalti rientranti nell'ambito di operatività del d.lgs. n. 36/2023, abbia avuto una breve parentesi di (incerta) sospensione giurisprudenziale relativamente a quelle controversie giudicate alla luce del suesposto orientamento restrittivo.

3. Il Collegio, nell'accogliere il ricorso, intende pertanto confermare il principio secondo cui, nella partecipazione alle gare d'appalto e nell'esecuzione, è il consorzio stabile (e non già ciascuna delle singole imprese sue consorziate) ad assumere la qualifica di concorrente e contraente e, per l'effetto, a dover dimostrare il possesso dei relativi requisiti partecipativi (attestazione SOA per categorie e classifiche analoghe a quelle indicate dal bando).

In definitiva:

a) i requisiti speciali di qualificazione SOA devono essere posseduti e dimostrati unicamente dal consorzio stabile, mediante la sola qualificazione e l'attestato SOA del consorzio medesimo (in ciò sostanziandosi la ratio e la finalità di tale figura soggettiva);

b) detti consorzi partecipano alla procedura di gara utilizzando requisiti di qualificazione "loro propri", ossia la propria attestazione SOA;

c) alle consorziate designate per l'esecuzione dell'appalto spetta unicamente dimostrare il possesso dei requisiti di ordine generale, ciò al fine di impedire che possano giovare della copertura dell'ente collettivo, eludendo i controlli demandati alle stazioni appaltanti (Cons. St., A.P., 4 maggio 2012, n. 8; sez. V, 17 maggio 2012, n. 2582; sez. VI, 13 ottobre 2015, n. 4703; Tar Lazio 30 aprile 2018, n. 16 4723), fatte salve ovviamente le eccezioni di cui all'art. 48, commi 7-bis, 17, 18, 19, 19-bis e 19-ter (così Consiglio di Stato, Sez. V, 14 aprile 2020, n. 2387).

In effetti, il consorzio stabile rappresenta "un nuovo e peculiare soggetto giuridico, promanante da un contratto a dimensione associativa tra imprese, caratterizzato oggettivamente come struttura imprenditoriale e da un rapporto tra le stesse imprese di tipo organico, al fine di operare in modo congiunto nel settore dei lavori pubblici, sicché unico interlocutore con l'amministrazione appaltante è il medesimo consorzio" (cfr. Cons. Stato, 24 gennaio 2023, n. 779).

D'altronde, l'Adunanza Plenaria n. 6 del 2019 ha affermato che il sistema dei requisiti di qualificazione non può che riferirsi ad ogni singola impresa, ancorché associata in un raggruppamento, altrimenti si finirebbe con il conferire una sorta di "soggettività" al

raggruppamento, al di là di quella delle singole imprese partecipanti; “una sorta di interscambiabilità dei requisiti, quale quella ipotizzata, di partecipazione risulta più agevolmente ipotizzabile laddove si riconoscesse (ma così non è) una personalità giuridica propria al r.t.i.”.

Da tale angolo visuale, va rimarcato che i consorzi si distinguono dai raggruppamenti temporanei di impresa proprio in quanto forniti di autonoma soggettività giuridica, oltre che per la rilevanza esterna dell'organizzazione consortile.

Ne consegue che, nel caso di specie, non sussiste alcun difetto di qualificazione del Consorzio ricorrente, in possesso di tutte le iscrizioni SOA necessarie alla esecuzione dell'appalto. Il provvedimento di esclusione è, pertanto, illegittimo e va annullato; conseguentemente va annullato per illegittimità derivata anche il provvedimento di aggiudicazione.

Il ricorso va, pertanto, accolto con annullamento del provvedimento impugnato.

La complessità del presente giudizio e il contrasto giurisprudenziale sopra illustrato consentono la compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso introduttivo e sul ricorso per motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati.

Compensa le spese di lite tra le parti.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 22 febbraio 2023.