

Il consorzio stabile: tratti evolutivi e profili critici alla luce del d.lgs. n. 36/2023

di Donato Caterino

Data di pubblicazione: 12-3-2024

Introduzione – 1. La disciplina del consorzio stabile; 1.1. Inquadramento del consorzio stabile; **1.2.** Natura giuridica; **1.3.** L'Adunanza Plenaria 5/2021 – **2. Questioni applicative e profili critici nell'ambito della disciplina del consorzio stabile; 2.1.** La partecipazione a più di un consorzio stabile; **2.2.** La questione (ir)risolta della qualificazione del consorzio stabile: il cd. cumulo alla rinfusa; **2.2.1.** La tesi restrittiva; **2.2.2.** La tesi ampliativa; **2.2.3.** L'interpretazione autentica fornita dal d.lgs. 36/2023; **2.2.4.** La qualificazione dei consorzi stabili nel d.lgs. 36/2023; **2.3.** La questione dei requisiti che possono essere oggetto del contratto di avvalimento stipulato dal consorzio stabile in qualità di ausiliario: l'interpretazione dell'art. 67, comma 7, del Codice; **2.3.1.** La tesi restrittiva: oggetto del contratto di avvalimento possono essere solo i requisiti maturati in proprio dal consorzio; **2.3.2.** Profili critici nella ricostruzione dell'ANAC; **2.3.3.** La tesi ampliativa: oggetto del contratto di avvalimento possono essere tutti i requisiti maturati dal consorzio – **3. Osservazioni conclusive.**

Introduzione

Con la presente trattazione si intendono ripercorrere – senza pretesa di esaustività – le principali fasi dell'evoluzione legislativa della figura del consorzio stabile per poi evidenziarne – anche alla luce degli approdi dell'elaborazione pretoria – la natura giuridica e le caratteristiche.

Si procederà, dunque, ad analizzare alcune delle principali questioni che interessano tale istituto e che (allo stato) potrebbero suscitare dubbi interpretativi e conseguenti incertezze applicative.

Pertanto, la risoluzione è rimessa all'attività ermeneutica degli interpreti che, a volte, pervengono a soluzioni contrastanti, con potenziale sacrificio – a discapito degli operatori del settore – dell'uniformità e della certezza del diritto.

1. La disciplina del consorzio stabile

1. Inquadramento del consorzio stabile

Il consorzio stabile di imprese, oggetto della presente trattazione, è una figura soggettiva peculiare della contrattualistica pubblica.

Tale modulo organizzativo ha trovato, per la prima volta, ingresso nell'ordinamento italiano per mezzo dell'art. 12^[1] della l. 109/1994 allo scopo di perseguire *“l'importante obiettivo dell'aggregazione tra imprese, assecondando la concentrazione e la fusione delle stesse di dimensione idonea alla competizione europea”*^[2].

Esso costituisce una forma peculiare di *“associazionismo tra imprenditori”*^[3].

Come messo in luce – a più riprese – dalla giurisprudenza amministrativa, il consorzio stabile rappresenta una figura connaturata da una logica pro-concorrenziale^[4] finalizzata, quindi, a consentire un ampliamento della platea dei soggetti in grado di partecipare alle procedure evidenziali.

Ed è proprio la natura pro-concorrenziale^[5] del consorzio stabile a costituire un elemento di continuità rinvenibile nell'ambito dell'intera evoluzione legislativa che ha interessato tale istituto.

Esso differisce dal consorzio ordinario poiché ha una durata e una composizione consortile minima prefissata ed è caratterizzato dalla presenza di una comune impresa effettivamente costituita che svolge una serie di attività permanenti nel tempo e non legate al singolo appalto^[6].

Tale istituto è, oggi, disciplinato nell'ambito del d.lgs. 36/2023 (di seguito anche il “Codice”).

Segnatamente, l'art. 65, comma 2, lett. d) del Codice prescrive che rientrano nella definizione di operatori economici *“i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro; i consorzi stabili sono formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa”*.

La sopra menzionata disposizione cristallizza, dunque, i requisiti necessari per la configurazione di un consorzio stabile:

- (i) il consorzio deve essere formato da almeno tre consorziati (requisito numerico);
- (ii) i tre consorziati devono aver stabilito di operare congiuntamente nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un tempo minimo di cinque anni (requisito teleologico e temporale);
- (iii) deve essere istituita una comune struttura di impresa (requisito strutturale-teleologico).

Per ciò che concerne i requisiti di capacità tecnica e finanziaria necessari per l'ammissione alle procedure di affidamento, l'art. 67 del Codice rinvia la relativa disciplina ad un emanando regolamento ex art. 100, comma 4, del Codice (allo stato non ancora adottato).

Nelle more dell'adozione del suddetto regolamento, il comma 2 dell'art. 67 del Codice, nello stabilire che ai fini della qualificazione degli operatori economici trova applicazione la disciplina contenuta nell'allegato II.12 al d.lgs. 36/2023, precisa che per i consorzi stabili:

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

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

Con riferimento, invece, ai requisiti di ordine generale (ex artt. 94, 95 e 98 del Codice), essi sono posseduti (oltre che dal Consorzio Stabile) sia dalle consorziate esecutrici che dalle consorziate che prestano i requisiti.

Ai sensi dell'art. 67, comma 4 del Codice, i consorzi stabili eseguono le prestazioni (i) o con la propria struttura o (ii) tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante. A tal fine, i consorzi stabili devono indicare in sede di gara per quali consorziati concorrono.

Infine, l'art. 67, comma 8 del Codice stabilisce che ai fini del rilascio o del rinnovo dell'attestazione SOA dei Consorzi Stabili, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria sono posseduti e comprovati dai consorzi sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate.

Da ultimo, la disciplina dello scioglimento del consorzio stabile (o meglio della sorte dei requisiti posseduti dal consorzio) è contenuta nell'art. 32, comma 4, dell'allegato II.12 del d.lgs. 36/2023. In questo senso, si prevede che, in caso di scioglimento del consorzio *“ai consorziati sono attribuiti pro-quota i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi maturati a favore del consorzio in quanto da questi non assegnati in esecuzione ai consorziati. Le quote di assegnazione sono proporzionali all'apporto reso dai singoli consorziati nell'esecuzione dei lavori nel quinquennio antecedente”*.

1. Natura giuridica

Il consorzio stabile è un soggetto giuridico autonomo, costituito in forma collettiva e con causa mutualistica, che opera in base ad uno stabile rapporto organico con le singole imprese consorziate^[7] rispetto alle quali costituisce un soggetto distinto. Il consorzio stabile è, dunque, l'unico interlocutore con la stazione appaltante^[8], di guisa che il contratto di appalto intercorre unicamente tra il consorzio stabile e la stazione appaltante.

Ed è proprio la costituzione di un soggetto giuridico autonomo che costituisce il tratto distintivo tra tale figura e i raggruppamenti temporanei di imprese^[9].

In questi termini, è stato affermato che definire esattamente la natura giuridica di un consorzio

è una questione di interpretazione degli atti negoziali, dell'atto istitutivo e del regolamento che ne disciplina il funzionamento ^[10].

L'elemento qualificante dei consorzi stabili è la comune struttura di impresa da intendersi quale azienda consortile utile ad eseguire in proprio, ossia senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate, le prestazioni affidate a mezzo del contratto.

Si tratta, quindi, del cd. elemento teleologico, inteso come astratta idoneità del consorzio, consacrata nello statuto, di operare con un'autonoma struttura di impresa capace di eseguire anche in proprio le prestazioni contrattuali ^[11].

L'azienda consortile può essere costituita alternativamente ^[12]:

- i. attraverso la creazione *ex novo* di una struttura aziendale con l'assunzione in capo al consorzio di proprio personale unitamente all'acquisizione di propri macchinari, attrezzature e strumenti con i quali dotarsi di capacità tecnico-professionali idonee ad eseguire commesse pubbliche; ovvero
- ii. attraverso l'acquisizione della sola disponibilità giuridica ^[13] di personale e mezzi che, al momento opportuno, il *management* consortile possa organizzare per procedere all'esecuzione diretta del contratto.

In quest'ultimo caso (profilo ii) la giurisprudenza amministrativa ha statuito che *“ciò che connota l'impresa non è la disponibilità materiale dei mezzi e delle attrezzature necessarie allo svolgimento dell'attività produttiva, quanto piuttosto la disponibilità giuridica degli stessi, intesa come un complesso di rapporti giuridici che consentono all'imprenditore di disporre dei mezzi necessari all'esercizio dell'impresa, nonché la capacità dell'imprenditore medesimo di organizzarli in modo da asservirli ad una nuova funzione produttiva, diversa da quella delle imprese da cui quei mezzi siano eventualmente “prestati”: capacità che viene meno (...) quando il consorzio operi avvalendosi della struttura imprenditoriale tout court delle imprese consorziate, replicandone la funzione produttiva, ma non quando esso attinga al patrimonio di queste ultime ai fini della costituzione di un nuovo assetto produttivo, di cui esso abbia la diretta responsabilità organizzativa”* ^[14].

In tal caso, il consorzio potrà attingere dalle singole consorziate il personale, i mezzi e le attrezzature, ma anche, eventualmente, le risorse finanziarie, che, se organizzate in maniera originale, consentiranno l'esecuzione diretta del contratto ^[15].

1. L'Adunanza Plenaria 5/2021

La pronuncia della giurisprudenza amministrativa, nella sua più autorevole composizione, cristallizza definitivamente alcune questioni sorte nell'ambito della natura e della disciplina del consorzio stabile.

Il Supremo Consesso amministrativo è stato, invero, chiamato a valutare se nel caso di consorzio stabile, la consorziata non designata per l'esecuzione (ma dalla quale il consorzio ritraeva i requisiti di qualificazione) dovesse essere considerata estranea rispetto alla

compagine consortile.

Ciò in quanto, opinando in tal senso, vi sarebbe stata una equiparazione tra la figura del consorziato non esecutore (i cui requisiti erano sfruttati dal consorzio stabile) e l'ausiliario, con la conseguenza che, laddove il consorziato non designato per l'esecuzione avesse perduto (in corso di gara) i requisiti, avrebbe dovuto, analogicamente^[16], trovare applicazione la facoltà di sostituzione dell'ausiliario ex art. 89, comma 3 del d.lgs. 50/2016^[17].

Il Consiglio di Stato, nella pronuncia citata, muove dal presupposto che solo i consorziati designati per l'esecuzione partecipano alla gara, concordano l'offerta e assumono una responsabilità solidale con il consorzio.

All'opposto, le altre consorziate non designate per l'esecuzione si limitano a "trasmettere" i propri requisiti al consorzio senza, tuttavia, partecipare alla gara o assumere alcun vincolo di sorta.

Ciò posto, il Supremo Consesso ha ritenuto, quindi, che il rapporto che si instaura tra il consorzio stabile e la consorziata non esecutrice presenti similitudini rispetto a quello alla base dell'avvalimento per quanto riguarda il "prestito" dei requisiti, ma al contempo sia meno intenso in ragione del fatto che il consorziato non esecutore non assume la responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante.

Sulla base di tale considerazione (o meglio similitudine) l'Adunanza Plenaria ha affermato che *"se è possibile, in via eccezionale, sostituire il soggetto legato da un rapporto di avvalimento, a fortiori dev'essere possibile sostituire il consorziato nei confronti del quale sussiste un vincolo che rispetto all'avvalimento è meno intenso"*.

La definizione della soprarichiamata questione è stata l'occasione, per l'Adunanza Plenaria, di mettere in luce la reale natura del consorzio stabile.

Invero, con tale pronuncia, si è evidenziato che il consorzio stabile si configura come: (i) una stabile struttura di impresa collettiva (ii) dotata di una propria soggettività giuridica ed autonomia patrimoniale (iii) strutturata per eseguire anche in proprio (*i.e.* senza l'ausilio delle strutture imprenditoriali delle consorziate) le prestazioni affidate a mezzo del contratto.

Tra l'altro, come osservato dall'Adunanza Plenaria, è proprio la possibilità riconosciuta in capo al consorzio stabile di poter eseguire "in proprio", vale a dire attraverso la propria struttura, le prestazioni oggetto del contratto di appalto che ha portato la giurisprudenza comunitaria (*rectius*: euro-unitaria) ad ammettere la contemporanea partecipazione alla medesima gara del consorzio stabile e della consorziata non designata per l'esecuzione del contratto^[18].

2. Questioni applicative e profili critici nell'ambito della disciplina del consorzio stabile

2. La partecipazione a più di un consorzio stabile

Con l'entrata in vigore del d.lgs. 36/2023 e, dunque, l'abrogazione della normativa previgente, si è posto il dubbio sulla perdurante vigenza (nell'attuale Codice) del divieto delle imprese di partecipare a più di un consorzio stabile.

Tale dibattito trova origine nel fatto che la disposizione che impediva alla medesima impresa di partecipare a più di un consorzio stabile, contenuta nell'art. 36, comma 5, del d.lgs. 163/2006^[19], non è stata espressamente riprodotta all'interno del d.lgs. 36/2023.

L'ANAC, attraverso un comunicato del Presidente, è intervenuta sulla questione ritenendo, sulla base di una pluralità di argomentazioni, tutt'ora vigente il suddetto divieto^[20].

Secondo l'Autorità tale conclusione troverebbe – anzitutto – appiglio sul piano normativo.

Infatti, tale divieto risulterebbe ancora vigente in ragione dell'art. 67, comma 8 del d.lgs. 36/2023 il quale stabilisce che nelle more dell'emanazione del regolamento sulla qualificazione degli operatori economici (art. 100, comma 4, del d.lgs. 36/2023) gli atti adottati dall'ANAC rimangono efficaci.

Ebbene, tra tali atti a cui è attribuita ultra-vigenza vi sarebbero due comunicati del Presidente che, tra le altre, ribadiscono il divieto di partecipazione a più consorzi stabili^[21].

Inoltre, tale conclusione – secondo la visione dell'Autorità – sarebbe necessitata anche perché aprendo la possibilità alla partecipazione delle imprese a più consorzi stabili risulterebbe problematico ipotizzare che il vincolo che si instaura tra il consorzio stabile e le consorziate, caratterizzato da stabilità, continuità e coinvolgimento totale delle risorse umane e materiali dell'impresa, possa essere instaurato a vantaggio di più entità senza comprometterne l'effettività.

Sicché, una tale apertura *“avrebbe l'effetto di svilire proprio l'elemento della stabilità che contraddistingue questa tipologia di consorzi, finendo per assimilare gli stessi ad altre tipologie di aggregazioni caratterizzate, invece, dalla temporaneità del vincolo”*.

Ulteriore argomento logico-razionale utilizzato dall'Autorità al fine di ritenere vigente il divieto in parola è che opinando diversamente si determinerebbe una estrema estensione della spendita dei requisiti.

Difatti, deve considerarsi che per un verso il consorzio stabile può spendere i requisiti posseduti dalle singole consorziate e, per altro verso, le singole consorziate possono a loro volta partecipare singolarmente alle gare spendendo i propri requisiti, così dando origine ad una contemporanea spendita dei medesimi requisiti.

In tale contesto, consentire, altresì, che le singole consorziate possano – ulteriormente – partecipare a più consorzi stabili (i quali potranno qualificarsi per effetto dei requisiti delle consorziate) significherebbe aumentare le occasioni *“di contemporanea spendita dei medesimi requisiti di partecipazione e di qualificazione da parte di più soggetti, con grave pregiudizio per l'effettiva capacità esecutiva”*.

In ragione di ciò, e anche al precipuo fine di evitare gli effetti distorsivi che si determinerebbero allorché si ritenesse cessato tale divieto, l'Autorità considera ancora vigente il divieto di contemporanea partecipazione a più di un consorzio stabile.

2. La questione (ir)risolta della qualificazione del consorzio stabile: il cd. cumulo alla rinfusa

Con l'espressione "cumulo alla rinfusa" si intende fare riferimento alla possibilità per i consorzi stabili di qualificarsi nelle gare di affidamento di appalti pubblici utilizzando (oltre che i requisiti posseduti "in proprio") i requisiti delle proprie consorziate ^[22].

La materia della qualificazione dei consorzi stabili è stata oggetto di un'evoluzione travagliata.

Con il d.lgs. 163/2006 la qualificazione trovava la propria disciplina (i) nell'ambito dell'art. 35, il quale prescriveva che i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dovessero essere posseduti e comprovati dal consorzio, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate; nonché (ii) nell'art. 36, comma 7 ^[23], a tenore del quale il consorzio stabile si qualificava sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate.

Proprio quest'ultima disposizione è stata valorizzata al fine di consentire di superare le ambiguità originate dalla formulazione dell'art. 35, la quale, *prima facie*, sembrava riservare la possibilità per il consorzio stabile di qualificarsi cumulando solo alcuni dei requisiti delle proprie consorziate ^[24].

Risultava, quindi, pacifico che il conferimento dei requisiti al consorzio stabile da parte delle consorziate avvenisse in virtù del patto consortile e non del meccanismo dell'avvalimento.

Con l'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016 e, soprattutto, con le modifiche legislative che si sono susseguite ^[25] si è originato un marcato contrasto interpretativo e un contrapposto orientamento giurisprudenziale vertente sui limiti di ammissibilità del cumulo alla rinfusa.

Invero, ripercorrendo sinteticamente le principali vicende che hanno riguardato l'art. 47 del d.lgs. 50/2016, può rilevarsi che nella sua prima formulazione il legislatore aveva, al primo comma, riconosciuto la possibilità di cumulo in favore del consorzio stabile per i requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera nonché all'organico medio annuo venivano computati cumulativamente in capo al consorzio anche se posseduti dalle singole imprese consorziate (*cf.* art. 47, comma 1, del d.lgs. 50/2016); mentre per i "restanti requisiti" ^[26] l'esperibilità del cumulo era circoscritta alle sole imprese esecutrici (*cf.* art. 47, comma 2, del d.lgs. 50/2016).

Successivamente, con il primo correttivo (d.l. 56/2017) il legislatore, nel modificare l'art. 47, comma 2, del d.lgs. 50/2016, ha previsto per i consorzi stabili la possibilità di utilizzare alternativamente: (i) i requisiti maturati in proprio; (ii) quelli posseduti dalle singole imprese

consorziate designate per l'esecuzione; (iii) i requisiti delle singole imprese consorziate non designate per l'esecuzione mediante avvalimento.

Infine, con l'ultima novella legislativa (d.l. 32/2019), è stato ulteriormente modificato il comma 2 prevedendo la possibilità per il consorzio stabile di eseguire la prestazione (i) o con la propria struttura; oppure (ii) tramite i consorziati indicati in sede di gara. La medesima disposizione, ai fini della qualificazione dei consorzi stabili per gli affidamenti di lavori, rinviava ad un regolamento unico^[27] non ancora adottato, stabilendo che nelle more dell'adozione (che, a questo punto, non si verificherà mai) avrebbe trovato applicazione la disciplina attuativa dell'art. 36, comma 7 del d.lgs. 163/2006 (*i.e.* artt. 81^[28] e 94^[29] del d.P.R. 207/2010).

Ciò significava, dunque, che nelle more dell'adozione del regolamento unico il regime di partecipazione dei consorzi stabili sarebbe stato quello disciplinato dagli artt. 81 e 94 del d.P.R. 207/2010 che rinviava, *tout court*, all'art. 36, comma 7, del d.lgs. 163/2006.

Ebbene, così riassunto il complesso quadro normativo (tutt'altro che lineare) deve osservarsi che in materia si sono contrapposti due principali indirizzi in relazione al cumulo alla rinfusa dei requisiti: (i) il primo che lo riteneva ammissibile solo entro gli stringenti limiti dell'art. 47, comma 1, del d.lgs. 50/2016 (tesi restrittiva); (ii) il secondo che lo riteneva ammissibile anche oltre i limiti dell'art. 47, comma 1, del d.lgs. 50/2016 (tesi ampliativa).

0. La tesi restrittiva

Secondo il primo orientamento (cd. tesi restrittiva) il soggetto che eseguiva la prestazione, consorzio stabile ovvero consorzata esecutrice, doveva essere autonomamente in possesso del requisito di esecuzione^[30].

I fautori di questa tesi rinvenivano il fondamento della limitazione del cumulo alla rinfusa in un duplice argomento.

Anzitutto, la loro interpretazione muoveva dall'art. 47, comma 1, del d.lgs. 50/2016, il quale avrebbe consentito il cumulo solo con riferimento a determinati requisiti (*i.e.* attrezzature, mezzi e organico medio annuo), con la conseguenza che per gli ulteriori requisiti non sarebbe stato consentito il cumulo.^[31]

In secondo luogo, tale tesi teneva conto dell'espunzione – nell'ultima formulazione dell'art. 47, comma 2, del d.lgs. 50/2016 – della disposizione riproduttiva del previgente art. 36, comma 7, del d.lgs. 163/2006 sulla base della quale si era legittimato il cumulo alla rinfusa (*i.e.* senza limiti)^[32].

0. La tesi ampliativa

Di converso, i sostenitori della tesi ampliativa^[33], al fine di superare l'argomento letterale dell'art. 47, comma 1, del d.lgs. 50/2016 ritenevano che quest'ultima disposizione "suona[va], nella sua formulazione letterale, identica a quella già trasfusa nel previgente art. 35 d.lgs. n. 163/2006"^[34].

Tuttavia, al riguardo si replicava che all'epoca del d.lgs. 163/2006 era assolutamente pacifico il cumulo alla rinfusa ^[35].

Secondo tale orientamento, infatti, doveva essere valorizzato, fino all'adozione del regolamento unico, il comma 2 dell'art. 47, il quale, per la qualificazione dei consorzi stabili agli affidamenti dei lavori faceva riferimento – dopo una serie interminabile di rinvii – all'art. 36, comma 7, del d.lgs. 163/2006 ^[36].

0. L'interpretazione autentica fornita dal d.lgs. 36/2023

Con l'entrata in vigore del d.lgs. 36/2023, il legislatore, tentando di porre fine al contrasto in materia, ha interpretato retroattivamente le disposizioni del d.lgs. 50/2016. In tal senso, deve essere letta la disposizione dell'art. 225, comma 13 del d.lgs. 36/2023, ^[37] che è stata ritenuta "norma di interpretazione autentica", ^[38] la quale ha definitivamente ritenuto applicabile il cumulo alla rinfusa alla qualificazione del consorzio stabile nell'ambito della vigenza del d.lgs. 50/2016.

In altri termini, la norma fornisce una chiave interpretativa delle disposizioni del d.lgs. 50/2016 le quali devono, dunque, essere lette nel senso di ammettere – indistintamente – l'operatività del cumulo alla rinfusa senza porre distinzione in ordine ai requisiti. ^[39]

Senonché, nonostante il disposto normativo sia ormai chiaro (e l'orientamento pretorio sembra attestarsi su tale conclusione) non mancano – comunque – isolate posizioni contrastanti tese a limitare (*rectius*: negare) l'applicabilità del cumulo alla rinfusa ^[40].

0. La qualificazione dei consorzi stabili nel d.lgs. 36/2023

Infine, con riferimento al d.lgs. 36/2023 la questione è stata definitivamente risolta dal legislatore che, mediante una formulazione chiara delle disposizioni, ha sancito la possibilità per i consorzi stabili di qualificarsi attraverso i requisiti posseduti dalle proprie consorziate. ^[41]

Invero, l'art. 67, comma 2, del Codice, ^[42] per un verso rinvia all'Allegato II.12 al d.lgs. 36/2023 ^[43] e, per altro verso, chiarisce che per gli appalti di lavori, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento sono posseduti e comprovati dagli stessi sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate (lett. b); mentre per gli appalti di servizi e forniture i requisiti di capacità tecnica e finanziaria sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate (lett. a).

Completa la disciplina in tema di qualificazione del consorzio stabile per gli appalti di lavori, il comma 8 dell'art. 67 che ribadisce che *"ai fini del rilascio e 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"*.

Simmetricamente, l'art. 32, comma 2 dell'Allegato II.12 prescrive che i consorzi stabili conseguono la qualificazione a seguito della positiva verifica dell'effettiva sussistenza in capo alle singole consorziate dei corrispondenti requisiti.

Dunque, come riconosciuto *expressis verbis* dalla relazione illustrativa del Consiglio di Stato, risulta confermato il regime di qualificazione dei consorzi stabili che si fonda sul cd. cumulo alla rinfusa.

Quanto, infine, agli aspetti procedurali, deve porsi in rilievo che il consorzio stabile acquisisce il possesso dei requisiti (maturati in proprio ovvero dalle proprie consorziate come si dirà al §2.3), all'atto del rilascio dell'attestazione SOA previo svolgimento delle verifiche.

In altri termini, può dirsi che i requisiti maturati dalle consorziate divengono, a tutti gli effetti, propri del consorzio stabile all'esito delle verifiche sui requisiti di ordine speciale, effettuate dalle Società Organismo di Attestazione, che confluiscono nel rilascio dell'attestazione, che rappresenta il momento di "maturazione" del requisito in capo al consorzio stabile.

Deve, altresì, osservarsi che la qualificazione conseguita dal consorzio stabile (cumulando i requisiti posseduti dalle singole consorziate) non preclude ai singoli consorziati di ottenere una propria qualificazione, a condizione che l'attestazione ad essi rilasciata contenga l'annotazione che essi partecipano ad un consorzio stabile.^[44]

2. La questione dei requisiti che possono essere oggetto del contratto di avalimento stipulato dal consorzio stabile in qualità di ausiliario: l'interpretazione dell'art. 67, comma 7, del Codice

L'art. 67, comma 7 del Codice disciplina l'istituto dell'avalimento con riferimento al consorzio stabile prescrivendo che "*possono essere oggetto di avalimento solo i requisiti maturati dallo stesso consorzio*".

La formulazione della norma sopra richiamata ha da subito dato origine ad un vivace dibattito in ordine alla sua corretta interpretazione.

Invero, sul punto vengono in rilievo due contrapposte tesi: (i) in base alla tesi restrittiva i requisiti che il consorzio stabile può "prestare" sono solo quelli maturati in proprio dal Consorzio mentre (ii) secondo l'interpretazione estensiva, i requisiti che possono essere oggetto del contratto di avalimento sono sia quelli posseduti dal consorzio stabile in quanto derivanti da attività svolta in proprio sia quelli delle consorziate conferenti una volta che sia stata rilasciata l'attestazione SOA in capo al consorzio.

Di seguito vengono, dunque, sinteticamente illustrate le due opposte ricostruzioni formatesi in *subiecta materia*.

0. La tesi restrittiva: oggetto del contratto di avalimento possono essere solo i requisiti maturati in proprio dal consorzio

L'ANAC, chiamata a pronunciarsi nell'ambito di un procedimento di precontenzioso^[45] in cui veniva richiesta l'esatta interpretazione dell'art. 67, comma 7, del d.lgs. 36/2023, ha aderito alla tesi restrittiva ritenendo che dalla suddetta disposizione ne deriva che *“qualora un consorzio stabile partecipi ad una procedura di gara in veste di impresa ausiliaria, i requisiti oggetto del contratto di avvalimento possono essere solo quelli maturati dal consorzio per effetto dell'esecuzione in proprio di precedenti contratti di appalto”*^[46].

L'Autorità ha fondato tale decisione facendo leva su due ordini di argomentazioni: (i) criterio di interpretazione letterale; (ii) criterio di interpretazione logico-sistematico.

Anzitutto, secondo l'ANAC, ai fini della ricerca del reale significato della disposizione di cui all'art. 67, comma 7, del d.lgs. 36/2023, sarebbe decisivo il criterio di interpretazione letterale.^[47]

Si tratta, dunque, dell'interpretazione letterale (*c.d. vox iuris*), volta ad attribuire alla norma il significato che si evince immediatamente dalle parole utilizzate.

Sulla base di tale criterio interpretativo l'Autorità ritiene che dalla disposizione in esame se ne ricaverebbe che i requisiti oggetto del contratto di avvalimento “prestati” dal consorzio sarebbero limitati a quelli maturati in proprio dal consorzio, ossia quelli conseguiti dal consorzio a seguito dello svolgimento, con la sua struttura di impresa, di precedenti contratti di appalto.

Ciò in quanto l'utilizzo all'interno della disposizione in parola del verbo “*maturare*” - che nella contrattualistica pubblica implicherebbe un “*facere*” - anziché “*possedere*” con riferimento ai requisiti oggetto di avvalimento del consorzio, impedirebbe di estendere la portata della disposizione facendo riferimento anche a quei requisiti non maturati in proprio dal consorzio, ma semplicemente posseduti in applicazione del cd. cumulo alla rinfusa.^[48]

Così interpretata la norma – come riconosciuto dall'ANAC – postulerebbe una deroga al “cumulo alla rinfusa” (*cf.* art. 67, commi 2 e 8 del Codice).

Sotto altro profilo, l'Autorità ritiene che l'impossibilità per il consorzio di “prestare” requisiti non maturati in proprio, ma acquisiti attraverso il cumulo dei requisiti posseduti dalle consorziate (*i.e.* cumulo alla rinfusa) discenderebbe anche da un'interpretazione logico-sistematica^[49] della disposizione.

In quest'ottica l'ANAC ritiene che tale conclusione sarebbe avvalorata dai rigorosi principi statuiti dalla giurisprudenza in tema di avvalimento operativo.

In tal senso, viene richiamata l'elaborazione pretoria secondo cui è consentito l'avvalimento operativo^[50] a condizione che la messa a disposizione del requisito mancante sia effettiva e che non si risolva, quindi, in un prestito puramente cartolare e astratto^[51] essendo, di converso, necessario che vengano effettivamente messi a disposizione dell'impresa ausiliata le risorse e l'apparato organizzativo che hanno consentito la maturazione del requisito.

Di conseguenza, secondo la ricostruzione dell'ANAC, se è necessario che l'avvalimento sia

effettivo (e non puramente cartolare) allora “*il consorzio stabile non può che prestare requisiti (risorse, apparato organizzativo, oltre al know how) maturati in proprio*”^[52].

Sulla base di tali ordini di argomentazioni (*i.e.* criterio di interpretazione letterale e logico-sistematico), pertanto, l’ANAC ha ritenuto che la disposizione di cui all’art. 67, comma 7, del d.lgs. 36/2023 deve essere interpretata nel senso di ritenere che “*quando il consorzio stabile partecipi ad una procedura di gara in veste di ausiliaria, le risorse oggetto del contratto di avvalimento possono essere esclusivamente quelle maturate in proprio dal Consorzio*”.

0. Profili critici nella ricostruzione dell’ANAC

Come osservato da attenta dottrina,^[53] l’interpretazione dell’art. 67, comma 7, del Codice fornita dall’ANAC, non convince sotto più profili.

In primo luogo, occorre rilevare che se per un verso l’Autorità, nella propria attività ermeneutica ai fini dell’adozione della citata delibera, ha dichiarato di avvalersi del criterio di esegesi letterale; per altro verso ha finito per fare un uso “distorto” di tale criterio.

Invero, l’interpretazione fornita dall’ANAC, contrariamente a quanto sostenuto, non è affatto fondata su un’interpretazione letterale. Infatti, essa subordina i requisiti passibili di avvalimento a quelli maturati “*in proprio*” dal consorzio stabile.

Senonché, della locuzione “*in proprio*” – sulla quale poggia integralmente l’interpretazione dell’Autorità – non è rinvenibile alcuna traccia nella disposizione di cui all’art. 67, comma 7, del Codice.

In questa prospettiva, è stato rilevato che “*se si segue il criterio letterale, il reperto normativo su cui si accentra l’attenzione deve essere autosufficiente per spiegare la portata della norma e non può essere manipolato, arricchendolo di un frammento*”^[54] ulteriore.^[55]

In altri termini, l’utilizzo del criterio dell’interpretazione letterale non si presta ad una ricerca ulteriore della *voluntas legis* né, vieppiù, ad un intervento additivo che arricchisca la norma di ulteriori parole.

Parimenti, neppure l’ulteriore argomento utilizzato dall’ANAC fondato sull’interpretazione logico-sistematica va esente da critiche.

Difatti, anzitutto deve evidenziarsi che la valutazione dell’effettiva disponibilità dei requisiti postula una valutazione caso per caso (*rectius*: in concreto e non in astratto); ma anche a prescindere da ciò, non può essere sottaciuto che un ruolo centrale è assunto dalla causa mutualistica del consorzio stabile nonché dal peculiare meccanismo di cumulo dei requisiti in capo al consorzio posseduti dalle singole consorziate.

A riprova dell’erroneità della tesi sostenuta dall’ANAC deve richiamarsi l’orientamento

pretorio formatosi sotto la vigenza del d.lgs. 50/2016 – le cui conclusioni possono traslarsi anche con riferimento al d.lgs. 36/2023 – che, nel riconoscere per i consorzi stabili la possibilità che questi prestino (anche) i requisiti delle proprie consorziate non ha mai ritenuto ostativi i (rigorosi) parametri della giurisprudenza in tema di avvalimento operativo.^[56]

Di conseguenza, gli assunti su cui poggia la delibera n. 558/2023 dell'ANAC si rivelano non del tutto persuasivi.

0. La tesi ampliativa: oggetto del contratto di avvalimento possono essere tutti i requisiti maturati dal consorzio

A conclusioni diametralmente opposte perviene la tesi ampliativa.

In base a tale tesi i consorzi stabili possono prestare, in veste di ausiliari, sia i requisiti derivanti da attività propria (*i.e.* maturati attraverso lo svolgimento di precedenti commesse) sia quelli posseduti dalle consorziate conferenti che sono computati cumulativamente in capo al consorzio.

Tale ricostruzione si fonda su una pluralità di argomentazioni.

In primo luogo, viene osservato che a seguito delle verifiche effettuate dalle Società Organismo di Attestazione (SOA)^[57] i requisiti conferiti dalle imprese consorziate devono ritenersi trasmessi al consorzio stabile.

In tal caso *“per effetto della causa mutualistica e del processo di osmosi tra consorzio e consorziate voluto dal legislatore i requisiti utilmente conferiti sono da ritenere maturati dal consorzio stabile che può pienamente utilizzarli sia in veste di concorrente che di ausiliario”*^[58].

In secondo luogo, secondo tale tesi, rivestirebbe portata significativa il fatto che la relazione illustrativa al Consiglio di Stato che accompagna la disposizione in commento (*i.e.* art. 67, comma 7, del Codice)^[59] non evidenzia alcuna portata innovativa.

In questo senso, sarebbe – quantomeno – singolare dover ritenere che il legislatore che avesse inteso sovvertire un sistema consolidato possa aver completamente omesso di porre enfasi su tale innovazione, tanto più considerando che nella relazione illustrativa sono contenute ed analiticamente esposte tutte le principali novità apportate dal nuovo Codice rispetto all'impianto normativo previgente.

Infine, viene osservato che l'art. 104 del d.lgs. 36/2023, che si occupa di delineare la disciplina dell'avvalimento, non pone alcuna differenziazione tra il consorzio stabile e gli altri operatori economici.

Sulla scorta dei suesposti argomenti, allo stato, - ad opinione di chi scrive - sembra più persuasiva la tesi ampliativa che ritiene che i requisiti oggetto di avvalimento del consorzio sono: (i) quelli conferiti da parte delle consorziate una volta che è stata rilasciata l'attestazione SOA in favore del consorzio; (ii) quelli posseduti dal consorzio derivanti dall'esecuzione in

proprio di precedenti contratti di appalto.

Aderendo a quest'ultima ricostruzione può, dunque, concludersi nel senso di ritenere che i requisiti non maturati sarebbero solamente quelli posseduti dalle consorziate che non sono (ancora) stati oggetto di conferimento al consorzio stabile ^[60].

3. Osservazioni conclusive

Al termine del presente elaborato possono trarsi alcune conclusioni (*rectius*: osservazioni) sui principali profili critici trattati.

Se la *vexata quaestio* del cumulo alla rinfusa, anche grazie all'intervento (risolutivo) del legislatore, sembra (finalmente) essere giunta ad una definitiva risoluzione, lo stesso non può dirsi per il tema dei requisiti oggetto di avvalimento del consorzio stabile ausiliario, ex art. 67, comma 7, del d.lgs. 36/2023, la cui formulazione lascia spazio (lo si deve ammettere) a diverse interpretazioni.

In questo caso, in attesa di comprendere come si muoverà la giurisprudenza amministrativa ^[61] e, sebbene ad opinione di chi scrive sembri maggiormente preferibile la tesi ampliativa, sarebbe certamente auspicabile un intervento legislativo.

Invero, gli effetti che discendono dall'accoglimento dell'una (tesi restrittiva) o dell'altra (tesi ampliativa) assumono una portata dirimente in relazione ai contratti di avvalimento che, nelle more, verranno stipulati.

Il che non può che costituire una inevitabile fonte di incertezza per gli operatori del settore che saranno chiamati ad interpretare tale norma. Ciò condurrà inesorabilmente ad un'applicazione diversificata della stessa, in contrasto con i principi di uniformità e certezza del diritto.

^[1] In base alla predetta disposizione “*Si intendono per consorzi stabili quelli, in possesso, a norma dell'articolo 11, dei requisiti previsti dagli articoli 8 e 9 formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei lavori pubblici, per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa*”.

^[2] A. Cianflone, G. Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, Tomo I, Milano, edizione 12, 2012, 447 ss.

[3] S. Mento, *I consorzi Stabili e il cumulo alla rinfusa negli appalti*, Giornale di diritto amministrativo, 6/2022.

[4] In questo senso: Cons. Stato sez. V, 29 marzo 2021, n. 2588; Cons. Stato, sez. V, 2 febbraio 2021, n. 964; Cons. Stato, sez. V, 11 dicembre 2020, n. 7943.

[5] C. Contessa, P. Del Vecchio, *Codice dei contratti pubblici*, I, Napoli, 2023, 465.

[6] In questi termini: Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 2023, n. 6777.

[7] Cons. Stato, sez. V, 2 febbraio 2021; Cons. Stato, sez. V, 11 dicembre 2020, n. 7943.

[8] P. Santoro, E. Santoro, *Nuovo manuale dei contratti pubblici*, Santarcangelo di Romagna, edizione 8, 2011, 802 ss.

[9] P. Santoro, E. Santoro, *op. cit.*

[10] Cons. Stato, sez. V, 14 dicembre 2021, n. 8331.

[11] Ex *multis*, Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 18 marzo 2021, n. 5; Cons. Stato, sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165.

[12] Cons. Stato, sez. V, 14 dicembre 2021, n. 8331

[13] In tal senso, per la disponibilità giuridica si intende “*un complesso di rapporti giuridici che consentono all'imprenditore di disporre dei mezzi necessari all'esercizio dell'impresa, nonché la capacità dell'imprenditore medesimo di organizzarli in modo da asservirli ad una nuova funzione produttiva, diversa da quella delle imprese da cui quei mezzi siano eventualmente prestat*” (cfr. Cons. Stato, sez. III, 16 aprile 2019, n. 2493).

[14] Cons. Stato, sez. V, 14 dicembre 2021, n. 8331.

[15] Cons. Stato, sez. V, 14 dicembre 2021, n. 8331.

[16] M. Giustiniani, *Articolo 67 – Consorzi non necessari*, in *Nuovo Codice dei Contratti Pubblici* (diretto da F. Caringella), Milano, 2023.

[17] Secondo l'Adunanza Plenaria *“A mente della disposizione citata, infatti la stazione appaltante (in luogo di disporre l'esclusione in cui inesorabilmente incorrerebbe un concorrente nell'ambito di un raggruppamento o di un consorzio ordinario o stabile) impone all'operatore economico di “sostituire” i soggetti di cui si avvale “che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione”.*

[18] CGUE, 23 dicembre 2009, C-376/08.

[19] Transitoriamente vigente fino al 30 giugno 2023.

[20] Comunicato del Presidente del 31 gennaio 2024 recante *“Indicazioni interpretative in materia di dimostrazione dei requisiti di partecipazione e di qualificazione all'esito dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 36/2023. Consorzi stabili e requisiti del direttore tecnico”.*

[21] Comunicato del Presidente dell'8/06/2016 recante *“Questioni interpretative relative all'applicazione delle disposizioni del d.lgs. n. 50/2016 nel periodo transitorio”* e del 31/05/2016 recante *“Criticità rappresentate dalle SOA in conseguenza dell'entrata in vigore del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50”.*

[22] Tale criterio si sostanzia nella possibilità di scelta per il consorzio di provare il possesso dei requisiti o con attribuzioni proprie e dirette o attraverso quelle delle sue consorziate esecutrici e non esecutrici. *cfr. TAR Campania (Napoli), sez. I, 28 giugno 2017, n. 3507.*

[23] In base alla predetta disposizione “*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 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 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*”.

In questa prospettiva depone anche l'art. 79 comma 13 del d.P.R. 207/2010 in base al quale “*I consorzi di cooperative, i consorzi tra imprese artigiane ed i consorzi stabili possono dimostrare il requisito relativo alle attrezzature tecniche mediante l'attrezzatura in dotazione stabile ai propri consorziati; gli stessi soggetti possono dimostrare il requisito relativo all'organico medio annuo attraverso il costo del personale dipendente proprio e dei soggetti consorziati*”.

[24] M. Giustiniani, *op cit.* In tal caso, si è sostenuto che tale disposizione dovesse essere interpretata estensivamente nel senso di ammettere il cd. cumulo alla rinfusa anche per gli ulteriori requisiti di partecipazione.

[25] Dapprima con l'art. 31, comma 1, d.lgs. 56/2017 e, in seguito, con l'art. 1, comma 20, del d.l. 32/2019.

[26] S. Esposito, *Sull'ammissibilità del cumulo alla rinfusa: tra interpretazione giudiziale e autentica nel nuovo codice dei contratti pubblici*, Urbanistica e Appalti, 5/2023.

[27] Di cui all'articolo 216, comma 27-*octies* del d.lgs. 50/2016. Tuttavia, tale regolamento non è mai stato adottato.

[28] A tenore del quale *“I requisiti per la qualificazione dei consorzi stabili sono quelli previsti dall’articolo 36, comma 7, del codice”*.

[29] Ai sensi dell’art. 94 del dPR 207/2010 *“1. I consorzi stabili di cui agli articoli 34, comma 1, lettera c), e 36 del codice, eseguono i lavori o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante.*

2. I consorzi stabili conseguono la qualificazione a seguito di verifica dell’effettiva sussistenza in capo alle singole consorziate dei corrispondenti requisiti.

3. Il conseguimento della qualificazione da parte del consorzio stabile non pregiudica la contemporanea qualificazione dei singoli consorziati, ma il documento di qualificazione di questi ultimi deve riportare la segnalazione di partecipazione ad un consorzio stabile.

4. In caso di scioglimento del consorzio stabile ai consorziati sono attribuiti pro-quota i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi maturati a favore del consorzio in quanto da questi non assegnati in esecuzione ai consorziati. Le quote di assegnazione sono proporzionali all’apporto reso dai singoli consorziati nell’esecuzione dei lavori nel quinquennio antecedente.”

[30] Cons. Stato, sez. V, 22 agosto 2022, n. 7360; TAR Lazio (Roma), sez. III, 3 marzo 2022, n. 2571.

[31] S. Esposito, *op. cit.*

[32] S. Esposito, *op. cit.*

[33] Tra le molte, v. TAR Campania (Napoli), sez. I, 19 aprile 2023, n. 2390; Cons. Stato, sez. V, 2 febbraio 2021, n. 964; Cons. Stato, sez. V, 29 marzo 2021, n. 2588.

[34] In questi termini, Cons. Stato, sez. V, 22 agosto 2022, n. 7360.

[35] TAR Campania (Napoli), sez. I, 19 aprile 2023, n. 2390.

[36] Per il vero, il sistema di rinvii era molto più complesso ed articolato: il comma 2 dell'art. 47 del d.lgs. 50/2016 rinviava all'art. 216, comma 27-*octies* che rinviava all'art. 81 del dPR 207/2010 il quale – a sua volta – rinviava all'art. 36, comma 7, del d.lgs. 163/2006.

[37] Tale disposizione prevede che *“Gli articoli 47, comma 1, 83, comma 2, e 216, comma 14, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, si interpretano nel senso che, in via transitoria, relativamente ai consorzi di cui all'articolo 45, comma 1, lettera c), del medesimo codice, ai fini della partecipazione alle gare e dell'esecuzione si applica il regime di qualificazione previsto dall'articolo 36, comma 7, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture di cui al decreto legislativo 18 aprile 2006 n. 163 e dagli articoli 81 e 94 del regolamento di esecuzione ed attuazione di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207. L'articolo 47, comma 2-bis, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, si interpreta*

nel senso che, negli appalti di servizi e forniture, la sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara per l'affidamento di servizi e forniture è valutata a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati, anche se diversi da quelli designati in gara”.

[38] In tal senso, tra le molte, v. Cons. Stato, Sez. III, 9 ottobre 2023, n. 8767.

[39] M. Giustiniani, *op cit.*

[40] Cfr. delibera ANAC, 18 ottobre 2023, n. 470 con la quale è stato ritenuto che “*La designazione, da parte di un Consorzio stabile, di una consorziata per l’esecuzione di lavori del tutto carente di qualificazione, comporta l’esclusione del Consorzio dalla gara, anche se la qualificazione è posseduta in proprio dal Consorzio*”. Ciò in adesione all’indirizzo (ormai minoritario) della giurisprudenza amministrativa (tra tutte v. Cons. Stato, sez. V, 22 agosto 2022, 7360) che limitava l’applicabilità del cumulo alla rinfusa ai requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature e mezzi d’opera e all’organico medio annuo (cfr. art. 47, comma 1 del d.lgs. 50/2016).

D’altronde non depone in senso contrario neppure il Comunicato del Presidente dell’ANAC del 31 gennaio 2024 in cui viene espresso l’indirizzo dell’Autorità che solo “*con riferimento alle procedure regolate dal nuovo codice, si uniformerà agli orientamenti del Consiglio di Stato*” in tema di ammissione del cumulo alla rinfusa.

[41] P. Falcicchio, *Appalti pubblici, cumulo alla rinfusa: il nuovo codice è punto di svolta?*, in legal-team.it, 15 maggio 2023, ha affermato che non vengono posti limiti al cumulo “*ma semplici oneri dichiarativi e di verifica anche nei confronti delle consorziate diverse da quelle concorrenti alla gara*”.

[42] Al riguardo, attenta dottrina (v. C. Contessa, P. Del Vecchio, *op. cit.*) ha sottolineato che *“la tecnica redazionale adottata continua a non essere sufficientemente chiara ed organica, non comprendendosi il motivo di differenziare, terminologicamente, le previsioni rivolte ai lavori – in cui ci si riferisce al possesso e alla comprova delle qualificazioni – da quelle afferenti i servizi e forniture – in cui si parla esplicitamente di computo cumulativo di requisiti – laddove il concorrente qualificato nell’ambito di una gara non è altro che il soggetto in possesso dei requisiti speciali richiesti ai fini dell’ammissione”*.

[43] Applicabile nelle more dell’adozione del regolamento ex art. 100, comma 4 del Codice.

[44] In questi termini, già P. Santoro, E. Santoro, *op. cit.*

[45] Ai sensi dell’articolo 220, comma 1, del d.lgs. 36/2023.

[46] delibera ANAC, 29 novembre 2023, n. 558.

[47] Tale criterio trova espressa codificazione nell’art. 12 delle preleggi al codice civile a mente del quale *“Nell’applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore”*.

[48] In questi termini si esprime l’ANAC nella citata delibera *“seguendo il criterio di*

interpretazione letterale, l'art. 67, comma 7, del d.lgs. 36/2023, laddove stabilisce che "Possono essere oggetto di avvalimento solo i requisiti maturati dallo stesso Consorzio", non può che essere interpretato nel senso che qualora il Consorzio stabile assuma il ruolo di impresa ausiliaria, i requisiti oggetto del contratto di avvalimento possono essere solo quelli maturati in proprio dal Consorzio, ovvero quelli conseguiti dal Consorzio a seguito dell'effettivo svolgimento, con la propria struttura d'impresa, di precedenti contratti di appalto. Si comprende che, così interpretata, la norma introduce una deroga al "cumulo alla rinfusa", principio generale valevole tanto per il rilascio o il rinnovo dell'attestazione SOA (art. 67, comma 8, del Codice) quanto per la qualificazione dei Consorzi stabili nella specifica procedura di gara (art. 67, comma 2, lett. d) per gli appalti di lavori). Tuttavia, l'utilizzo del verbo "maturare" – che, nel settore dei contratti pubblici, costituisce un concetto in movimento e legato ad un fare -, in luogo del "possedere", posto accanto alla locuzione "dallo stesso Consorzio", impedisce di ritenere valido tanto il contratto di avvalimento avente ad oggetto requisiti di qualificazione posseduti da una delle imprese consorziate quanto quello in cui oggetto di avvalimento siano requisiti posseduti dal Consorzio ma dallo stesso acquisiti attraverso il cumulo delle qualificazioni delle imprese consorziate (come nel caso dell'Attestazione SOA)".

[49] Anche tale criterio di interpretazione è cristallizzato nell'art. 12 delle preleggi, in ragione del quale viene previsto che *"Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe"*.

[50] L'avvalimento di garanzia è ravvisabile nel caso in cui l'ausiliaria mette a disposizione dell'ausiliata la sua solidità economica e finanziaria, assicurando la stazione appaltante delle sue capacità di affrontare gli impegni economici conseguenti al contratto d'appalto, anche nell'ipotesi d'inadempimento.

Ciò in contrapposizione rispetto all'avvalimento cd. operativo che si ha allorché l'ausiliaria si impegna a mettere a disposizione dell'ausiliata le risorse tecnico - organizzative indispensabili per l'esecuzione del contratto di appalto, differenziandosi dal primo per avere ad oggetto i requisiti di capacità tecnica e professionale. In questi termini: Cons. Stato, sez. V, 14 gennaio 2022, n. 257.

[51] Cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2022, n. 169; Cons. Stato, sez. V, 21

dicembre 2021, n. 8486; Cons. Stato, sez. V, 12 marzo 2018, n. 1543.

[52] ANAC, delibera del 29 novembre 2023, n. 558.

[53] G. Fischione, P. Clarizia, *I requisiti che possono essere prestati mediante avvalimento dal consorzio stabile ai sensi del comma 7 dell'art. 67 D. Lgs. n. 36/23*, in *Giustamm Rivista di diritto pubblico*, 2/2024.

[54] G. Fischione, P. Clarizia, *op. cit.*

[55] In questi termini, il Supremo Consesso amministrativo, chiamato a dirimere una controversia che aveva ad oggetto la corretta interpretazione normativa, ha avuto modo di affermare che *“Ove l'interpretazione letterale sia sufficiente ad individuare, in modo chiaro ed univoco, il significato e la portata precettiva di una norma di legge o regolamentare, l'interprete non deve ricorrere al criterio ermeneutico sussidiario della mens legis, il quale solo nel caso in cui, nonostante l'impiego del criterio letterale e del criterio teleologico singolarmente considerati, la lettera della norma rimanga ambigua, acquista un ruolo paritetico e comprimario rispetto al criterio letterale, mentre può assumere rilievo prevalente nell'ipotesi, eccezionale, in cui l'effetto giuridico risultante dalla formulazione della disposizione sia incompatibile con il sistema normativo, non essendo, invece, consentito all'interprete correggere la norma nel significato tecnico proprio delle espressioni che la compongono nell'ipotesi in cui ritenga che tale effetto sia solo inadatto rispetto alla finalità pratica della norma stessa”* (ex multis, Cons. Stato, sez. II, 3 luglio 2023, n. 6454).

[56] ex multis, Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 2021, n. 6212; TAR Campania (Napoli), sez. I, 28 luglio 2023, n. 4585.

[57] G. Fischione, P. Clarizia, *op. cit.* In tal senso, è stato (condivisibilmente) affermato che *“per effetto dell’osmosi che determina la peculiare conformazione della causa mutualistica prevista dal legislatore nel caso di consorzi stabili, i requisiti di ordine speciale della consorziata conferente si trasmettono al consorzio stabile in modo pieno, ossia nella loro forma e nella loro sostanza; il trasferimento in questione si perfeziona quando la SOA, verificato l’effettivo possesso dei requisiti speciali in capo alla consorziata conferente, rilascia l’attestazione SOA al consorzio stabile”* Da ciò deriva che *“il consorzio stabile, quale autonomo operatore economico, può prestare in avvalimento i requisiti speciali oggetto di conferimento perché, appunto, con il procedimento che si chiude con il rilascio in favore del consorzio stabile dell’attestazione SOA conseguente all’utile conferimento dei requisiti da parte delle consorziate, il consorzio stabile consegue la titolarità/possesso dei ridetti requisiti in modo pieno e sostanziale”*.

[58] G. Fischione, P. Clarizia, *op. cit.*

[59] Sul punto, si rammenta che la medesima relazione illustrativa redatta dal Consiglio di Stato stabilisce che *“le novità sono molteplici, tutte analiticamente illustrate nella relazione di accompagnamento, un “materiale della legge” (Gesetzmaterial)”*.

[60] G. Fischione, P. Clarizia, *op. cit.*

[61] In questo senso una prima indicazione può trarsi dalla recente pronuncia del TAR Campania (Salerno) del 28 febbraio 2024, n. 541 che, aderendo alla tesi ampliativa, ha statuito che *“se già sotto la vigenza dell’articolo 47 del d.lgs. 50/2016 la giurisprudenza riteneva errato sostenere che, in virtù della natura giuridica di Consorzio stabile, le risorse dallo stesso messe a disposizione di un altro operatore economico avrebbero dovuto provenire esclusivamente*

dalla propria struttura e organizzazione di impresa, tale conclusione si impone ancor di più alla luce del chiaro tenore letterale dell'articolo 67, comma 2, lett. d) del d.lgs. n. 36 del 2023, il quale ha espressamente previsto che «per gli appalti di lavori, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento sono posseduti e comprovati dagli stessi sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate», sicché del successivo comma 7 che ha prescritto che «Possono essere oggetto di avvalimento solo i requisiti maturati dallo stesso consorzio», non si potrebbe dare una lettura non coerente con i commi precedenti. In altri termini, una volta chiarito, al comma 2, che il meccanismo "ordinario" e generale di qualificazione dei consorzi stabili è quello del "cumulo alla rinfusa", senza alcuna limitazione, deve ritenersi che la locuzione "requisiti maturati dallo stesso consorzio", utilizzata dal successivo comma 7, per stabilire l'oggetto di avvalimento, va interpretata nel senso di ricomprendere senz'altro anche i requisiti maturati per il tramite delle consorziate, pena, altrimenti, l'introduzione di limiti all'avvalimento difficilmente compatibili con la disciplina eurounitaria e oggi ancor di più con i principi del libero accesso al mercato e della massima partecipazione alle gare, sanciti quali principi generali della disciplina dei contratti pubblici agli articoli 3 e 10 del d.lgs. n. 36/2023".