

L'avvalimento nei Consorzi Stabili

di Alessia Piscopo

Data di pubblicazione: 21-2-2025

Nell'ambito dei Consorzi stabili, non si configura un avvalimento a cascata quando il Consorzio utilizza i requisiti delle proprie consorziate, in quanto queste non sono considerate soggetti terzi.

Pubblicato il 17/01/2025

N. 00364/2025REG.PROV.COLL.

N. 04294/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4294 del 2024, proposto da Commissario di Governo per il Contrasto del Dissesto Idrogeologico nel Territorio della Regione Calabria, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG A02BE74F91, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

Fra.Ga.Ter. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Arcangelo Guzzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Regione Calabria, non costituita in giudizio;

Italcantieri S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Paolo Cantile, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Mario Caliendo in Roma, via del Trullo n. 6;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Seconda) n. 698/2024, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio di Fra.Ga.Ter. S.r.l.;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 settembre 2024 il Cons. Gianluca Rovelli e uditi per le parti gli avvocati Lettieri in dichiarata delega dell'Avv. Cantile, Guzzo e dello Stato Di Nicola;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso al TAR Calabria, FRA.GA.TER. s.r.l. ha impugnato il provvedimento con cui il Commissario di Governo per il Contrasto del dissesto idrogeologico nel territorio della Regione Calabria (d'ora in poi Commissario) aveva disposto la sua esclusione dalla procedura di gara avente ad oggetto l'affidamento dei lavori idraulici, classificati in categoria OG8, di sistemazione dei bacini Voda', Munita e Fiumarella, a motivo del fatto che essa si è avvalsa dell'attestazione SOA per classifica IV, necessaria per l'esecuzione dei lavori, del Consorzio stabile Grandi costruzioni e da questi acquisita per il tramite di sua impresa consorziata, in asserita violazione dell'art. 67, comma 7 del Codice dei contratti pubblici.

2. Il TAR ha accolto il ricorso con sentenza n. 698/2024.

3. Di tale sentenza, il Commissario ha chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello.

4. Ha resistito al gravame FRA.GA.TER. s.r.l. chiedendone il rigetto. Si è costituita in giudizio Italcantieri s.r.l. chiedendo l'accoglimento dell'appello.

5. Alla udienza pubblica del 19 settembre 2024 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

6. Viene all'esame del Collegio il ricorso in appello proposto dal Commissario di Governo per

il Contrasto del Dissesto Idrogeologico nel Territorio della Regione Calabria avverso la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria con la quale il medesimo TAR ha accolto il ricorso avverso:

- il provvedimento contenuto nella pec del 12 febbraio 2024, inviata il 13 febbraio 2024, prot. n. 666/24, a firma del RUP, dott. Rosario Bonasso, avente ad oggetto “Procedura: 18IR711/G1 Sistemazione bacini Voda', Munita, Fiumarella, Assi”, Patto per lo sviluppo della Regione Calabria – Delibera CIPE n. 26/2016 FSC 2014/2020 – Piano per il Mezzogiorno DGR n° 355/2018 e DGR n° 3/2018 CIG: A02BE74F91. Comunicazione ex art. 90, comma 1, lett. d), D. Lgs n. 36/2023”, con il quale la FRA.GA.TER. s.r.l. è stata esclusa dalla gara.

7. L'appellante, in sintesi, contesta la ricostruzione del TAR sulla base dei seguenti argomenti:

a) la sentenza scontrerebbe l'errore di ritenere che, stante la generale operatività del cumulo alla rinfusa quale ordinario meccanismo di qualificazione dei consorzi stabili, il comma 7 dell'art. 67 del nuovo Codice dei contratti pubblici andrebbe inteso in coerenza con tale generalizzazione e legittimerebbe l'utilizzo da parte del consorzio in avvalimento del requisito posseduto dalla sua consorziata;

b) se il requisito di qualificazione può essere posseduto dal consorzio per il tramite della consorziata, altrettanto non può dirsi in relazione al requisito maturato che, stante l'inequivocabile lettera della legge, allude al diverso fenomeno dell'acquisizione del requisito per effetto dell'esecuzione in proprio, da parte del consorzio, di precedenti contratti di appalto.

8. L'appello è infondato.

9. Il divieto di avvalimento a cascata serve a evitare che l'impresa ausiliaria, priva del requisito che intende mettere a disposizione del concorrente ausiliato, lo acquisisca a sua volta mediante avvalimento da altro soggetto. Ma qui non c'è un altro soggetto dato che il Consorzio stabile è un soggetto che può prestare i requisiti.

10. D'altronde, se un Consorzio stabile può eseguire le prestazioni o in proprio o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ugualmente, può prestare (mediante avvalimento) i requisiti speciali che siano stati oggetto di conferimento da parte delle proprie consorziate e che siano da esso posseduti in proprio e comprovati dal rilascio in favore del medesimo dell'attestazione SOA.

11. Il Consorzio stabile è un soggetto giuridico autonomo, costituito in forma collettiva e con causa mutualistica, che opera in base a uno stabile rapporto organico con le imprese associate, il quale si può giovare, senza necessità di ricorrere all'avvalimento, dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse, secondo il criterio del cumulo alla rinfusa (Consiglio di Stato sez. V, 8 gennaio 2024, n. 266).

12. L'art. 67 comma 7 del Codice dei contratti pubblici, nel disporre che possono essere oggetto di avvalimento solo i requisiti maturati dallo stesso consorzio, non limita affatto l'avvalimento ai soli requisiti maturati dal consorzio “in proprio”. Quel che la disposizione

vieta è la spendita plurima dei requisiti che è tutt'altra cosa.

13. Sulla questione il Collegio intende fornire ulteriori chiarimenti.

14. L'avvalimento a cascata è quella forma di avvalimento che si ha quando l'impresa ausiliaria non possiede il requisito che si obbliga a prestare all'impresa ausiliata e ricorre essa stessa all'avvalimento per ottenere il prestito del medesimo da altra impresa.

15. La disciplina dell'avvalimento contenuta nel Codice del 2023 è espressione di un cambio di impostazione netto rispetto a quella contenuta nell'art. 89 del Codice del 2016. Essa non è più incentrata sul mero prestito dei requisiti, ma sullo stesso contratto di avvalimento. L'avvalimento è il contratto, in forma scritta a pena di nullità e di norma oneroso, con il quale una o più imprese ausiliarie si obbligano a mettere a disposizione del concorrente, per tutta la durata dell'appalto, le dotazioni tecniche e le risorse umane e strumentali di cui necessita. La disposizione, quindi, comprende sia la disciplina dell'avvalimento c.d. operativo (riguardante i requisiti di capacità tecnico professionale), sia la disciplina dell'avvalimento c.d. di garanzia (concernente le capacità economico finanziarie). Tanto l'avvalimento non è più incentrato sul mero prestito di requisiti, che può essere utilizzato anche per migliorare la propria offerta (avvalimento premiale). Il contratto di avvalimento genera un rapporto di collaborazione tra imprese.

16. Ebbene, se il contratto di avvalimento genera un rapporto di collaborazione tra imprese, e se i consorzi stabili sono operatori economici provvisti di autonoma personalità giuridica, distinta dalle imprese consorziate, e si configurano come aggregazioni durevoli di soggetti che nascono da un'esigenza di cooperazione ed assistenza reciproca e che, operando come un'unica impresa, si accreditano all'esterno come soggetto distinto (Consiglio di Stato sez. V, 8 gennaio 2024, n. 266), nell'ambito del consorzio ausiliario di altro operatore economico non vi è un distinto avvalimento tra consorziata e consorzio, il quale appunto si qualifica, e si dota dei mezzi necessari, grazie alle consorziate che compongono il consorzio; insomma, le singole imprese consorziate non sono soggetti terzi rispetto al consorzio ausiliario, utilizzando i cui requisiti si realizzerebbe un avvalimento a cascata (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 3 settembre 2021, n. 6212). Anche quando riveste il ruolo di ausiliario nell'ambito di un contratto di avvalimento, assume il ruolo di unico interlocutore con l'amministrazione appaltante imputando direttamente a sé stesso la titolarità del contratto e la realizzazione dei lavori, per cui non sussiste l'obbligo di specifica indicazione delle imprese consorziate, le quali non assumono direttamente alcun obbligo di esecuzione delle prestazioni contrattuali. La relazione intercorrente fra Consorzio e imprese consorziate dà luogo a un'impresa operativa che fa leva sulla causa mutualistica, realizzando una peculiare forma di avvalimento che poggia direttamente sul vincolo consortile; le singole imprese non sono soggetti terzi, utilizzando i cui requisiti si realizzerebbe un avvalimento a cascata (cfr. la già citata sentenza di questa Sezione 3 settembre 2021, n. 6212).

17. Per tutto quanto sopra esposto, l'appello deve essere respinto, con conseguente integrale conferma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria n. 698/2024.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e per l'effetto conferma la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria n. 698/2024.

Condanna l'appellante alla rifusione delle spese del grado di giudizio, liquidate in € 5.000 (cinquemila) oltre accessori e spese di legge in favore di FRA.GA.TER. S.r.l.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 settembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

Guida alla lettura

Con **sentenza n. 364 del 17 gennaio 2025** il Consiglio di Stato ha avuto modo di esprimersi sull'**istituto dell'avvalimento nel contesto dei Consorzi stabili**.

La sentenza sottolinea come la disciplina dell'avvalimento contenuta nel Codice dei Contratti Pubblici del 2023 (d.lgs. n. 36/2023) rappresenti un cambio di impostazione rispetto al passato (art. 89 del Codice del 2016). Non si tratta più di un mero "*prestito di requisiti*", ma di un istituto più complesso e articolato.

L'avvalimento è ora concepito come un **contratto di collaborazione tra imprese, che genera un rapporto di cooperazione**. Questo contratto, che deve essere stipulato in forma scritta a pena di nullità, impegna una o più imprese ausiliarie a mettere a disposizione del concorrente, per tutta la durata dell'appalto, le dotazioni tecniche, le risorse umane e strumentali di cui necessita.

La nuova disciplina comprende sia l'**avvalimento "operativo"** (relativo ai **requisiti di capacità tecnico-professionale**) sia l'avvalimento "**di garanzia**" (concernente le **capacità economico-finanziarie**).

L'avvalimento **non è più limitato al mero superamento di una carenza di requisiti**, ma **può essere utilizzato anche per migliorare la propria offerta** (cd. **avvalimento premiale**).

Nel contesto dei **ConSORZI stabili**, la sentenza evidenzia che **non si configura un distinto avvalimento tra consorziata e consorzio**: le **imprese consorziate non sono considerate soggetti terzi rispetto al consorzio ausiliario**, e quindi non si realizza un avvalimento a cascata quando il consorzio utilizza i requisiti delle proprie consorziate. Il rapporto tra Consorzio e imprese consorziate dà luogo, invero, a un'**impresa operativa che fa leva sulla causa mutualistica**, realizzando una **forma peculiare di avvalimento che poggia direttamente sul vincolo consortile**.

La vicenda oggetto del contenzioso trae origine da una gara d'appalto per lavori idraulici in cui una società è stata esclusa dalla procedura perché, per dimostrare il possesso dei requisiti necessari all'esecuzione dei lavori si era avvalsa dell'attestazione SOA del Consorzio stabile, ottenuta a sua volta tramite una delle imprese consorziate. Secondo l'Amministrazione, questa operazione determinava un c.d. avvalimento a cascata - cioè quello che si realizza allorché l'impresa ausiliaria, priva (in tutto o in parte) del requisito che intende mettere a disposizione del concorrente ausiliato, lo acquisisca a sua volta mediante avvalimento da altro soggetto - violando l'art. 67, comma 7 del Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 36/2023, determinando così l'esclusione dell'impresa.

L'operatore economico ha impugnato il provvedimento di esclusione dinanzi al TAR, che ha accolto il ricorso. La stazione appaltante ha quindi appellato la sentenza del TAR, chiedendone la riforma.

I Giudici di Palazzo Spada nella sentenza in commento, richiamando un **precedente** della stessa sezione (**Cons. Stato, Sez. V, 8 gennaio 2024, n. 266**) hanno ricostruito la **natura del Consorzio stabile** quale **soggetto giuridico autonomo, costituito in forma collettiva e con causa mutualistica**, che opera in base a uno **stabile rapporto organico con le imprese associate**, il quale si può giovare, senza necessità di ricorrere all'avvalimento, dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse, secondo il criterio del cumulo alla rinfusa.

Sul punto il Collegio ha evidenziato che **l'art. 67, comma 7 del Codice** dei contratti pubblici, nel disporre che **possono essere oggetto di avvalimento solo i requisiti maturati dallo stesso consorzio**, **non limita affatto l'avvalimento ai soli requisiti maturati dal consorzio "in proprio"**, ma quel che **la disposizione vieta è la spendita plurima dei requisiti**, che è tutt'altra cosa.

Pertanto, nel dirimere la controversia, il Consiglio di Stato ha statuito che nell'ambito dei Consorzi stabili, non si configura un avvalimento a cascata quando il Consorzio utilizza i requisiti delle proprie consorziate, in quanto queste non sono considerate soggetti terzi.

Ebbene, a tal proposito, è utile sottolineare che il **Correttivo al Codice dei contratti pubblici** - di cui al d.lgs. 209 del 31.12.2024 - ha **innovato il comma 7 dell'art. 67**, cit. che attualmente così recita **"7. Possono essere oggetto di avvalimento solo i requisiti maturati dallo stesso**

consorzio in proprio e di tali requisiti è fornita specifica indicazione nell'attestazione di qualificazione SOA. È vietata la partecipazione a più di un consorzio stabile.”

Sul punto nella **Relazione illustrativa** al Correttivo si espone che: *“In aderenza alle indicazioni fornite in subiecta materia dall’ANAC (cfr. Comunicato del Presidente del 31 gennaio 2024), inoltre, il comma 1, lettera f), della novella in esame, apportando delle modifiche al comma 7 dell’articolo 67 del Codice, chiarisce che possono essere **oggetto di avvalimento solo i requisiti maturati dallo stesso consorzio, in proprio** (di tali requisiti è fornita specifica indicazione nell’attestazione di qualificazione SOA) e viene altresì introdotto il divieto di partecipazione a più di un consorzio stabile. In merito, infatti, si evidenzia che la partecipazione a un consorzio stabile presuppone l’intenzione delle imprese consorziate di operare stabilmente in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa. Appare quindi difficile concepire che tale vincolo (stabile, continuativo e afferente alla totalità delle risorse umane e strumentali dell’impresa), possa essere istituito in favore di più entità, senza che ciò ne pregiudichi l’effettività. Occorre considerare, del resto, che **le risorse messe a disposizione del consorzio possono essere contestualmente utilizzate dalle imprese consorziate anche per partecipare alle gare in forma singola**. Se a ciò si aggiungesse la possibilità, per le consorziate, di partecipare stabilmente a più di un consorzio, ne deriverebbe un aumento delle 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.”*

Tale modifica, diversamente da quanto esposto nella sentenza in commento, **dovrebbe limitare l’avvalimento all’interno del Consorzi stabili**, per cui, laddove nell’art. 67, comma 7, cit. oggi si legge che possono essere oggetto di avvalimento solo i requisiti maturati dallo stesso consorzio “in proprio”, la stessa dovrebbe limitare, per esempio, il prestito dell’attestazione SOA di una consorziata.

Saranno le prime applicazioni pratiche, in uno alle nuove pronunce giurisprudenziali sul punto, a farci comprendere la reale portata della novella legislativa.