GIUSTIZIA INSIEME

Diritto e Processo Amministrativo

La partecipazione alle procedure di gara dei consorzi stabili. Il "cumulo alla rinfusa" tra modifiche legislative e oscillazioni giurisprudenziali

Nota a Consiglio di Stato, Sez. V, 28/03/2023, n. 3148

di Emanuela Concilio

20 luglio 2023

Sommario: 1. La vicenda – 2. Il "cumulo alla rinfusa" alla luce delle modifiche legislative e degli orientamenti giurisprudenziali – 2.1. La natura giuridica e la ratio dei consorzi stabili – 2.2. L'evoluzione della disciplina del cumulo alla rinfusa – 3. La decisione del Consiglio di Stato – 4. Conclusioni: uno sguardo al nuovo Codice appalti

1. La vicenda

La sentenza del Consiglio di Stato costituisce l'occasione per affrontare una tematica molto dibattuta in giurisprudenza che attiene, in generale, ai requisiti di partecipazione alle procedure di gara dei consorzi stabili e, in particolare, alla sopravvivenza o meno del requisito del "cumulo

alla rinfusa” a seguito delle molteplici novelle legislative intervenute, fino al nuovo Codice appalti, d. lgs. 36/2023.

La vicenda oggetto del contenzioso originava dall’impugnazione da parte di un consorzio stabile, risultato aggiudicatario di un appalto di servizi[1], dell’annullamento in autotutela dell’aggiudicazione disposto dalla stazione appaltante sul rilievo del difetto, in capo all’impresa appartenente al consorzio designata come esecutrice, delle certificazioni[2] richieste dal bando di gara tra i requisiti di capacità tecnico – professionale per le attività oggetto dell’appalto.

In particolare, il bando di gara richiedeva il possesso dei requisiti di capacità tecnico – professionale, in capo sia al consorzio che a ciascuno dei consorziati per conto dei quali il consorzio partecipava alla gara. Il consorzio stabile ricorrente, pur possedendo in proprio tutti i requisiti richiesti dal disciplinare (eccezion fatta per il requisito tecnico del fatturato specifico medio per il quale si avvaleva del fatturato specifico dell’impresa consorziata) indicava, in fase di presentazione della domanda, un’impresa consorziata quale esecutrice dell’appalto.

A seguito dell’aggiudicazione a favore del medesimo consorzio, la stazione appaltante, in sede di verifica dei requisiti del concorrente, rilevava l’inidoneità delle certificazioni possedute dalla consorziata esecutrice designata a coprire le attività oggetto dell’appalto; conseguentemente, disponeva l’annullamento dell’aggiudicazione, ritenendo le giustificazioni rese dalla esecutrice designata non idonee (in quanto “*le certificazioni di qualità dovevano essere possedute alla data di scadenza della presentazione delle offerte, a nulla rilevando che l’iter di estensione del perimetro* [delle stesse] *fosse stato avviato entro il predetto termine*”)[3] e sostenendo di non poter accogliere la richiesta avanzata dal consorzio stabile di sostituire l’esecutrice con altra consorziata, al fine di non eludere il principio di immodificabilità soggettiva ex art. 48 co. 19-ter in caso di mancanza di requisiti di partecipazione alla gara. La Stazione appaltante non si pronunciava, invece, sull’altra possibilità, pure prospettata, di assunzione in proprio dell’esecuzione, essendo il consorzio in possesso di tutti i requisiti di partecipazione alla gara e le certificazioni di qualità richieste.

Avverso le determinazioni della Stazione Appaltante, il consorzio proponeva ricorso dinanzi al T.A.R. del Lazio, sede di Roma, chiedendo l’annullamento del provvedimento di annullamento dell’aggiudicazione e il risarcimento del danno in forma specifica mediante l’aggiudicazione del contratto o, in subordine, il risarcimento del danno per equivalente. Successivamente, il consorzio ricorrente chiedeva, con motivi aggiunti, l’annullamento dell’aggiudicazione disposta a favore del secondo classificato, per illegittimità derivata.

Il TAR Lazio, Sez. III, con sentenza n. 2751/2022, respingeva il ricorso ritenendo, in *primis,* che, contrariamente a quanto affermato dal ricorrente, talune delle certificazioni oggetto dell'appalto, lungi dall'essere mere certificazioni di qualità a corredo dell'offerta tecnica, rientravano tra i livelli minimi di capacità richiesti nel Bando di gara per la partecipazione alla gara, ovverosia tra i requisiti di partecipazione; inoltre, i Giudici di prime cure statuivano che il Consorzio non potesse sostituire i propri requisiti a quelli della consorziata indicata come esecutrice, "*stante l'avvenuta abolizione del cumulo alla rinfusa ad opere del Decreto Sblocca cantieri, ostando a tale argomento l'art. 47, co. 2, del D. Lgs. n. 50/2016 come modificato dal D.L. 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 giugno 2019, n. 55 (c.d. Decreto Sblocca cantieri), il quale dispone che i consorzi stabili di cui agli articoli 45, comma 2, lettera c), 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, stabilendo altresì che "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 (47, co. 2 –bis, D. Lgs. n. 50/2016)".*

La sentenza veniva impugnata dinanzi al Consiglio di Stato, in quanto ritenuta viziata per *error in iudicando* ed *error in procedendo.*

Sotto il primo profilo (*error in iudicando*), il Consorzio eccepiva una errata interpretazione dei fatti, nonché della l*ex specialis* di gara e del D. Lgs. 50/2016 da parte del giudice di prime cure. In primo luogo, la mancanza della certificazione di qualità non era prevista a pena di esclusione dalla *lex specialis*, né la sua carenza in capo alla impresa consorziata avrebbe potuto precludere la partecipazione alla gara al Consorzio stabile, il quale possedeva in proprio anche le certificazioni di qualità richieste. Inoltre, proprio perché direttamente in possesso anche di tutti i requisiti di capacità tecnico professionale, oltre che delle richiamate certificazioni di qualità, il consorzio rilevava che la stazione appaltante era incorsa nel vizio di eccesso di potere laddove aveva negato la possibilità di eseguire in proprio l'appalto sulla base della ritenuta abolizione del "cumulo alla rinfusa" ad opera del decreto "Sblocca cantieri"; peraltro, il consorzio sottolineava la non necessità di avvalersi del c.d. principio del "cumulo alla rinfusa" per poter eseguire in proprio i servizi oggetto dell'appalto, possedendo in proprio i requisiti per la partecipazione alla gara.

Sotto il secondo profilo (*error in procedendo*), il consorzio lamentava la omessa pronuncia da parte del giudice di prime cure sulla motivazione non fornita dalla Stazione appaltante circa la

mancata concessione al consorzio della possibilità di sostituirsi all’impresa consorziata, laddove il giudice aveva rigettato il ricorso sulla base del semplice rilievo dell’inapplicabilità del principio del cumulo alla rinfusa.

2. Il “cumulo alla rinfusa” alla luce delle modifiche legislative e degli orientamenti giurisprudenziali

Al fine di comprendere la *vexata quaestio* in relazione ai requisiti di partecipazione dei consorzi stabili alle gare di appalto, giova ripercorre l’evoluzione normativa che ha interessato l’istituto **[4]**, principiando dalla *ratio* ad esso sottesa.

2.1. La natura giuridica e la ratio dei consorzi stabili

L’istituto dei consorzi stabili costituisce attuazione dei principi euro-unitari di concorrenza e *favor partecipationis*, in quanto espressione del più ampio fenomeno della partecipazione aggregata alle gare ad evidenza pubblica e del principio di neutralità delle forme**[5]**.

L’art. 45, co. 2, lett. c), del d. lgs. n. 50/2016 definisce i consorzi stabili come quegli operatori economici “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”; inoltre, prevede che “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”**[6]**.

In linea con la ratio pro-concorrenziale dell’istituto, l’art. 83, co. 2, d. lgs. n. 50/2016, nel trattare dei requisiti speciali, esplicita l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione, anche al fine di favorire l'accesso da parte delle microimprese e delle piccole e medie imprese**[7]**.

Secondo la dottrina, il consorzio stabile costituisce una evoluzione della figura tradizionale disciplinata dagli artt. 2602 ss. c.c. e si colloca in una posizione intermedia fra le associazioni temporanee e gli organismi societari risultanti dalla fusione di imprese, soggetti sia alla disciplina civilistica che pubblicistica**[8]**.

Alla luce di tale connotazione, la giurisprudenza unanime ha chiarito che “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”. Ne consegue che il consorzio stabile “è il solo soggetto che domanda di essere ammesso alla procedura e va a stipulare il contratto con l'amministrazione in nome proprio, anche se per conto delle consorziate cui affida i lavori; è il consorzio ad essere responsabile dell'esecuzione delle prestazioni anche quando per la loro esecuzione si avvale delle imprese consorziate, le quali comunque rispondono solidalmente al consorzio per l'esecuzione ai sensi dell'art. 94, comma 1, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 e art. 48, comma 2, d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50”**[9]**.

Pertanto, al fine di attribuire al consorzio la qualifica di “stabile” risulta essenziale la sussistenza del c.d. elemento teleologico, ossia l'astratta idoneità del consorzio, prevista nel relativo statuto, di operare con un'autonoma struttura di impresa, capace di eseguire le prestazioni previste nel contratto anche in proprio**[10]**.

Proprio per la struttura giuridica del consorzio stabile, la Corte di Giustizia UE è giunta ad ammettere la contemporanea partecipazione alla medesima gara del consorzio stabile e della consorziata, ove quest’ultima non sia stata designata per l’esecuzione del contratto e non abbia quindi concordato la presentazione dell’offerta**[11]**

Ciò consente di differenziare il consorzio stabile innanzitutto dal consorzio ordinario**[12]**, laddove “il consorzio ordinario, pur essendo un autonomo centro di rapporti giuridici, non comporta l'assorbimento delle aziende consorziate in un organismo unitario costituente un'impresa collettiva, né esercita autonomamente e direttamente attività imprenditoriale, limitandosi a disciplinare e coordinare le azioni degli imprenditori riuniti”**[13]**. Il consorzio stabile, poi, configura una modalità organizzativa che si differenzia anche dal raggruppamento temporaneo di imprese, laddove le singole imprese componenti il raggruppamento non perdono la propria autonomia e il raggruppamento non viene a costituire un ente giuridico autonomo**[14]**
.

Nonostante la diversa struttura, il legislatore ha ritenuto di estendere anche ai consorzi stabili la disciplina dettata per i raggruppamenti in punto di modifiche soggettive ed in particolare i commi 7-bis e 19-bis dell’art. 48, del d. lgs. n. 50/2016, volti ad ammettere una modifica della compagine sociale solo per *fatti o atti sopravvenuti* e in riduzione per motivi organizzativi, a condizione che la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito

di partecipazione in capo all'impresa consorziata, come recentemente ribadito dalla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 2 del 2022[15].

2.2. L’evoluzione della disciplina del cumulo alla rinfusa

Volendo segnare le tappe evolutive che hanno interessato l’istituto del cd. “cumulo alla rinfusa”, occorre principiare dal d.lgs. n. 163/2006, il quale all’art. 35 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)[16], devono essere posseduti e comprovati dagli stessi, secondo quanto previsto dal regolamento, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d’opera, nonché all’organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate”.

Il successivo art. 36, comma 7, d.lgs. n. 163/2006 affermava che “il consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate”, e dettava criteri puntuali per l’acquisizione delle qualifiche con specifico riferimento agli appalti di lavori[17], delineando, in altri termini, il criterio del c.d. cumulo alla rinfusa, per descrivere la possibilità per il consorzio stabile di fruire, alternativamente o in aggiunta ai requisiti propri, dei requisiti delle consorziate, nell’ottica della *ratio* pro-concorrenziale dell’istituto.

Dal canto suo, la giurisprudenza, sotto la vigenza del d.lgs. 163/2006 ammetteva pacificamente la possibilità di applicare il cumulo alla rinfusa ai Consorzi stabili, anche per i requisiti tecnico-finanziari non posseduti in proprio dalla consorziata esecutrice individuata dal Consorzio in sede di gara, come si evince dalla sentenza della Adunanza Plenaria n. 8 del 2012, secondo la quale: “*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*”.

Le certezze cristallizzate sotto la vigenza del d. lgs. 163/2006 iniziano a venire meno con l’avvento del d. lgs. 50/2016, soprattutto in occasione delle modifiche legislative introdotte, dapprima, con il d. lgs. 56/2017 e, poi, con il d. l. n. 32/2019, cd. “Sblocca cantieri”, a seguito delle quali ci si è interrogati sulla permanenza e sui limiti di applicazione dell’istituto del “cumulo alla rinfusa”.

In particolare, ferma restando la necessità che i requisiti di ordine morale di cui all’art. 80 siano posseduti sia dal consorzio che dalle singole consorziate, per i requisiti di ordine speciale, l’art. 47, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, conformemente al precedente art. 35 del d. lgs. 163/2006, prevede 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 d.lgs. n. 56/2017 (correttivo del codice) ha introdotto una prima modifica al comma 2 dell’art. 47, 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".

Con il primo correttivo, quindi, per poter spendere i requisiti dei consorziati indicati per l’esecuzione era sufficiente la semplice designazione in fase di gara; per poter usufruire di quelli dei consorziati non designati occorreva, invece, ricorrere all’istituto dell’avvalimento**[18]**.

In questo quadro normativo, interviene il decreto “Sblocca cantieri” che modifica, ancora una volta, il comma 2 dell’art. 47 e introduce il comma 2-bis.

Il comma 2 dell’art. 47 modificato prevede che: “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 dal consorzio o dai 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”.

Il successivo comma 2-bis introdotto all’art. 47 stabilisce che: “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”.

Pertanto, la novella, oltre a distinguere tra appalti di lavori (comma 2) e appalti di forniture e servizi (comma 2-bis), non richiama più la possibilità di sommare in capo al consorzio i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi posseduti dalle singole imprese consorziate esecutrici e tale dato ha dato luogo ad un contrasto giurisprudenziale in ordine ai limiti entro i quali poter affermare ancora legittimo il cumulo alla rinfusa.

Secondo un primo restrittivo orientamento, il requisito del cumulo alla rinfusa sarebbe stato abolito con la conseguente necessaria qualificazione sia del consorzio che delle consorziate designate per l’esecuzione.

In particolare, 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. Ciò al fine di evitare che possa essere legittimata l'esecuzione di prestazioni da parte di piccole e medie imprese del tutto prive della qualificazione**[19]**, a nulla rilevando la elisione della finalità pro-concorrenziale dell’istituto dato che quest’ultima risiederebbe nella stessa possibilità di utilizzare la forma del consorzio stabile, a prescindere dall’operatività o meno del cumulo alla rinfusa.

Le argomentazioni che vengono richiamate a sostegno di tale tesi sono di tipo sistematico e letterale. Sotto un primo profilo, si ritiene che la soppressione della disposizione di cui all’art. 36, co. 7, del d. lgs. 136/2006, da un lato, e il tenore dell’art. 47, co. 1, d.lgs. n. 50/2016, dall’altro, consentirebbero di ritenere abrogato il cumulo alla rinfusa, ad eccezione delle ipotesi espressamente previste con riferimento a determinati requisiti, ossia attrezzature, mezzi e organico medio anno**[20]**. Sotto altro profilo, viene richiamato il comma 2 dell’art. 47 d.lgs. n. 50/2016, come riformulato dal d.l. n. 32/2019 che, non menzionando più la facoltà del consorzio di ricorrere all'avvalimento, ai fini della utilizzazione dei requisiti di qualificazione delle consorziate non designate come esecutrici si limita a prevedere l'alternativa facoltà di eseguire il contratto "con la propria struttura" ovvero "tramite i consorziati" indicati in sede di gara**[21]**.

Secondo l’opposto orientamento, invero maggioritario, le richiamate modifiche normative avvicendatesi non hanno affatto inciso sulla ammissibilità del cumulo alla rinfusa[22].

In primo luogo, tale tesi ritiene che dall’art. 47 d.lgs. n. 50/2016 non possa desumersi che il singolo consorziato, indicato in gara come esecutore dell’appalto, debba essere a sua volta in possesso dei requisiti di partecipazione: l’art. 47, comma 2, infatti, non chiarisce espressamente le modalità di qualificazione dei consorziati designati per l’esecuzione e l’art. 47, co. 1, sul quale unicamente si fonda l’interpretazione restrittiva, “*suona, nella sua formulazione letterale, identica a quella già trasfusa nel previgente art. 35 d.lgs. n. 163/2006*”, all’epoca del quale del quale era pacificamente ammesso il cumulo alla rinfusa[23].

In secondo luogo, l’orientamento ampliativo evidenzia come l’*intentio legis* (art. 12 delle preleggi), nel corso del tempo, sia 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*”.

Pertanto, tale 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”*[24].

Del resto, sarebbe contrastante con la stessa esigenza sottesa alla formazione del Consorzio stabile la previsione di un obbligo di qualificazione per l'intero per ogni consorziata designata, perché in tal caso il Consorzio e le imprese avrebbero gli stessi requisiti e verrebbe meno la ragione stessa della partecipazione alla gara del Consorzio che, istituendo una comune struttura di impresa, può modulare la propria organizzazione imprenditoriale e l'offerta in modo tale da prefigurare l'apporto di ciascuna consorziata nei limiti della singola qualificazione posseduta, per categoria e classifica[25].

Inoltre, l’art. 216, comma 14, D.lgs. 50/2016, nel disciplinare il regime transitorio e comunque fino all’adozione del regolamento di cui al comma 27-octies (mai adottato), disponeva il perdurare della vigenza di una serie di norme[26], tra le quali proprio l’art. 36, comma 7, del D.lgs.

163/2006, in forza del richiamo recettizio a tale norma operato dall’art. 81 del regolamento (D.P.R. n. 207/2010).

Infine, un ulteriore elemento consente di avallare l’orientamento estensivo. La disciplina dettata dal d. lgs. n. 50/2016 in materia di appalti nel settore dei beni culturali, ed in particolare l’art. 146, esclude espressamente la possibilità di ricorrere ad una serie di istituti operanti nei settori ordinari, tra i quali l’avvalimento, e richiedendo il possesso delle specifiche qualificazioni tecniche anche in capo agli esecutori, esclude l’operabilità del cumulo alla rinfusa. Pertanto, “*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*”, con la conseguenza che, ragionando a contrario, seguendo l’orientamento restrittivo non si apprezzerebbe alcuna differenza tra il regime dettato per i settori ordinari e quello previsto per i settori speciali, come quello dei beni culturali, e non si comprenderebbe la ragione del diverso tenore della disciplina.

3. La decisione del Consiglio di Stato

Il Consiglio di Stato, con la decisione in commento, ha accolto il ricorso proposto dal consorzio stabile escluso dalla gara, ritenendo la sentenza del Tar Lazio viziata per entrambe le censure avanzate dall’appellante.

Sotto un primo profilo, la sentenza è da considerarsi viziata nella parte in cui, sul presupposto dell’avvenuta abolizione del cumulo alla rinfusa, aveva impedito al consorzio di eseguire l’appalto in proprio, per avere questo indicato in sede di gara una singola impresa consorziata come esecutrice priva dei prescritti requisiti di partecipazione.

In particolare, i Giudici, superando alcune eccezioni preliminari**[27]** ed entrando nel merito della questione, hanno analizzato l’istituto dei consorzi stabili incentrando l’attenzione sull’elemento della “comune struttura di impresa”**[28]**. Tale caratteristica, infatti, è idonea a configurare il consorzio stabile come unico interlocutore dell’amministrazione appaltante, a differenza di quanto accade per i RTI e per i consorzi ordinari. “I partecipanti in questo caso danno infatti vita ad una stabile struttura di impresa collettiva, la quale, oltre a presentare una propria soggettività giuridica con autonomia anche patrimoniale, rimane distinta e autonoma rispetto alle aziende dei singoli imprenditori ed è strutturata, quale azienda consortile, per eseguire, anche in proprio (ossia senza l’ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate), le prestazioni affidate a mezzo del contratto”.

Né, secondo i Giudici, può addivenirsi a conclusioni diverse sulla base di quanto *incidenter tantum* affermato dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, del 18/03/2021, n. 5, in virtù della quale “Solo le consorziate designate per l’esecuzione dei lavori partecipano alla gara e concordano l’offerta, assumendo una responsabilità in solido con il consorzio stabile nei confronti della stazione appaltante”**[29]**, in quanto proprio il vincolo di solidarietà consentirebbe di far ricadere in toto la prestazione sul consorzio stabile, ove l’impresa esecutrice sia priva dei requisiti, senza che detta esecuzione in proprio possa considerarsi elusiva del disposto dell’art. 48 comma 19-bis del Codice. In altri termini, secondo il Consiglio di Stato, i limiti alla modifica soggettiva in corso di gara di cui al comma 19-bis dell’art. 48 (che richiama i precedenti commi 17, 18 e 19) devono intendersi riferiti all’ipotesi di sostituzione della consorziata esecutrice con altra consorziata, quand’anche già indicata come esecutrice (con modifica in riduzione), e non anche ai rapporti fra impresa consorziata indicata come esecutrice e consorzio che abbia in proprio i requisiti, poiché in quest’ultimo caso “*il Consorzio è* ab initio *parte sostanziale del contratto con la stazione appaltante, chiamato a rispondere in solido della totalità dell’esecuzione della commessa*”.

Tale approccio, per il Consiglio di Stato, risulta più rispondente alla *ratio* stessa dei consorzio stabili, “*volta a dare maggiori possibilità di sviluppo alle imprese sprovviste di sufficienti requisiti per accedere a determinate gare [...] attraverso l’accrescimento delle facoltà operative, ottenibile non imponendo al consorzio di avere i requisiti in proprio [...] né prescrivendo quote minime in capo alle consorziate [...] anche perché, altrimenti, si riprodurrebbe inutilmente il modulo organizzativo delle a.t.i., già, peraltro, replicato con l’aggregazione cui dà luogo il consorzio ordinario*”**[30]**; nonché conforme ai principi di massima partecipazione alle gare e di tassatività delle clausole di esclusione.

Il primo impone che venga privilegiata l’interpretazione che soddisfi l’esigenza della massima partecipazione alla procedura di gara, qualora questa sia compatibile con quella di selezionare un imprenditore qualificato**[31]**.

Il secondo impone di non escludere il concorrente in base a una disposizione di non univoca interpretazione. Nelle gare pubbliche, a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola della lex specialis (una avente quale effetto l’esclusione dalla gara e una tale da consentire la permanenza del concorrente), non può legittimamente aderirsi all’opzione che comporti l’esclusione dalla gara in contrasto con le dinamiche competitive e pro-concorrenziali stante il disposto dell’art. 83 comma 8 d.lgs. 50/2016**[32]**.

Sotto altro profilo, il Consiglio di Stato ha ritenuto la sentenza di primo grado viziata anche per l’omessa pronuncia ad opera del giudice di prime cure della doglianza del difetto di motivazione del provvedimento di “ritiro” dell’aggiudicazione; ciò in considerazione del rilievo che il Tar nulla motivava in ordine alla richiesta del consorzio di esecuzione in proprio, disattendendo espressamente solo quella di sostituzione dell’impresa indicata come esecutrice con altra impresa consorziata. Secondo i Giudici la doglianza non poteva ritenersi assorbita dalle motivazioni di rigetto del ricorso, fondate sul mero richiamo alla previsione della lex specialis di gara e “sulla impossibilità di esecuzione in proprio, stante l’abolizione del cumulo alla rinfusa”, soprattutto alla luce del fatto la stazione appaltante aveva agito in autotutela.

Sulla base di tali considerazioni, il Consiglio di Stato accede all’orientamento maggioritario ritenendo non solo ancora vigente il criterio del cd. “cumulo alla rinfusa”, ma anche legittimo il ricorso allo stesso per la partecipazione dei consorzi stabili alle commesse pubbliche.

4. Conclusioni: uno sguardo al nuovo Codice appalti

La sentenza del Consiglio di Stato in commento è stata pubblicata pochi giorni prima dell’entrata in vigore del nuovo codice degli appalti, d. lgs. 36/2023, ed è interessante osservare che le conclusioni cui giungono i Giudici sono perfettamente in linea con la “nuova” disciplina.

Il d. lgs. n. 36/2023, infatti, all’art. 67, co. 4, ha il medesimo contenuto dell’art. 47 comma 2 d.lgs. n. 50/2016 e il successivo comma 8 sostanzialmente riproduce quanto già previsto dall’art. 36, co. 7 d.lgs. n. 163/2006**[33]**, sciogliendo ogni dubbio sull’ammissibilità del cumulo alla rinfusa e mettendo in difficoltà quelle procedure di gara sorte in conformità a quello che sembrava un *revirement* dell’orientamento del Consiglio di Stato con la sentenza n. 7360 del 22/08/2022, alla quale anche l’ANAC aveva deciso di aderire.

Il legislatore, in questo caso, ha sentito la necessità di chiarire l’interpretazione degli artt. 47, 83, 216, del D.lgs. 50/2016, applicabili in via transitoria, disponendo all’art. 225, comma 13, che: “*Gli articoli 47, comma 1, 83, comma 2, e 216, comma 14, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, si interpretano nel senso che, in via transitoria, relativamente ai consorzi di cui all'articolo 45, comma 2, lettera c), del medesimo codice, ai fini della partecipazione alle gare e dell'esecuzione si applica il regime di qualificazione previsto dall'articolo 36, comma 7, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006 e dagli articoli 81 e 94 del regolamento di esecuzione ed attuazione di cui al decreto del*

Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207. L'articolo 47, comma 2-bis, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, si interpreta nel senso che, negli appalti di servizi e forniture, la sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara per l'affidamento di servizi e forniture è valutata a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati, anche se diversi da quelli designati in gara”.

Al fine di dirimere ogni dubbio, quindi, il nuovo codice dei contratti pubblici introduce una norma di interpretazione autentica (in quanti tale retroattiva)**[34]** che disciplina, in via transitoria, l’istituto del ‘cumulo alla rinfusa’ negli appalti di lavori, prevedendo che i consorzi, ai fini della qualificazione necessaria a partecipare alle procedure di gara, possono utilizzare tanto i requisiti maturati in proprio, tanto quelli delle imprese consorziate**[35]**.

Peraltro, il Consiglio di Stato nella relazione di accompagnamento al nuovo Codice dei Contratti del 7 dicembre 2022, ha confermato che nell’attuale regime del D.lgs. 50/2016 non esiste alcuna norma che escluda il “cumulo alla rinfusa”.

In particolare, in quella sede è stato ricordato che, per quanto concerne gli appalti di servizi, “*i requisiti di capacità tecnica e finanziaria sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate*”, mentre, per quanto concerne gli appalti di lavori, la disposizione ha dato “*continuità con il sistema vigente riguardante l’attestazione SOA del consorzio, che consente la sommatoria dei requisiti posseduti dalle singole consorziate*”.

Sicché è la stessa Relazione al nuovo Codice ad avere fornito l’esegesi delle disposizioni del D.lgs. n. 50/2016 in tema di qualificazione dei consorzi stabili, confermando la perdurante operatività del cumulo alla rinfusa, giusta il rinvio espresso che gli artt. 83 e 47 del D.lgs. n. 50/016 operano alla disciplina previgente di cui al d. lgs. 163/2006, in linea con la giurisprudenza maggioritaria.

---

[1] Appalto inerente “*Servizio di supporto agli impianti industriali: attività di supporto alla produzione per l’IMC Roma Smistamento della Direzione Regionale Lazio di Trenitalia*”.

[2] Certificazione del proprio Sistema Qualità alle norme UNI EN ISO 9001 e certificazione di sistemi di gestione per la salute e la sicurezza sul lavoro rilasciata da organismi accreditati

secondo la normativa internazionale OHSAS 18001, nella versione vigente o, in alternativa, UNI EN ISO 45001:2018,

[3] Accadeva infatti che l’impresa esecutrice, in possesso della certificazione di qualità per l’attività di “erogazione servizi di pulizia”, dichiarava di aver chiesto, prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, l’estensione di copertura delle certificazioni di qualità al fine di coprire anche il perimetro delle attività oggetto di appalto, ma di non esserne riuscita ad ottenere l’aggiornamento al momento della scadenza del bando.

[4] Sul punto, cfr. TAR Campania, Napoli, Sez. I, 19 aprile 2023, n. 2390.

[5] Il principio di neutralità delle forme giuridiche di cui agli artt. 19, par. 2, della direttiva 2014/24/UE per i settori ordinari, 37, par. 2, della direttiva 2014/25/UE per i settori speciali e 26, par. 2, della direttiva 2014/23/UE per le concessioni, afferma che i raggruppamenti di operatori economici non possono essere obbligati dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori ad avere una forma giuridica specifica ai fini della presentazione di un’offerta o di una domanda di partecipazione.

[6] Il Codice ricalca la formulazione dettata dalla legge 10 febbraio 1994, n. 109 (“Nuova legge quadro in materia di lavori pubblici”), che, all’art.10, comma 1, lett. c), ha introdotto tra i “soggetti ammessi alle gare”, i consorzi stabili, accanto ad altre forme di cooperazione tra imprese quali le associazioni temporanee di imprese, i consorzi di cooperative di produzione e lavoro regolati dalla l. 25 giugno 1909, n. 422, riconosciuti ad opera dell’art. 20, l. 8 agosto 1977, n. 584, e i consorzi ordinari di cui alla l. 17 febbraio1987, n. 80.

[7] In particolare, il comma 2 dell’art. 83 espressamente afferma che: “I requisiti e le capacità di cui al comma 1 sono attinenti e proporzionati all’oggetto dell’appalto, tenendo presente l’interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione. Per i lavori, con il regolamento di cui all’articolo 216, comma 27-octies, sono disciplinati, nel rispetto dei principi di cui al presente articolo e anche al fine di

favorire l’accesso da parte delle microimprese e delle piccole e medie imprese, il sistema di qualificazione, i casi e le modalità di avvalimento, i requisiti e le capacità che devono essere posseduti dal concorrente, anche in riferimento ai consorzi di cui all’articolo 45, lettere b) e c) e la documentazione richiesta ai fini della dimostrazione del loro possesso di cui all’allegato XVII. Fino all’adozione di detto regolamento, si applica l’articolo 216, comma 14”.

[8] F. LATTANZI, *Consorzi stabili*, in M.A. SANDULLI -R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, II, Milano, 2019, p. 595; ABRATE, *Consorzio stabile*, in *L’amministrativista*, 2017, secondo il quale i consorzi stabili sono stati introdotti all’esito di un «*percorso di tipizzazione normativa del fenomeno della cooperazione tra imprese*»; F. SCALIA, *Considerazioni sul criterio di qualificazione dei consorzi stabili negli appalti pubblici c.d. del 'cumulo alla rinfusa*, in Federalismi, n. 5/2022.

[9] Consiglio di Stato, Sez. V, 07/11/2022, n. 9752; Consiglio di Stato, Sez. V, 14/12/2021, n. 8331, T.A.R. Lazio, Sez. II, 06/06/2022, n. 7273; cfr. anche Cons. Stato, Sez. V, 3/9/2021 n. 6212; T.A.R. Lazio, Sez. II, 1/7/2021 n. 7807, T.A.R. Campania, Sez. I, 7/6/2021 n. 3780; T.A.R. Emilia-Romagna, Sez. I, 21/11/2017 n. 767, secondo i quali “il consorzio stabile è un operatore economico costituente un’impresa collettiva operante mediante un patto consortile con le imprese consorziate avente finalità mutualistica, con conseguente possibilità per il Consorzio di utilizzare tanto le risorse proprie, quanto quelle delle imprese ad esso consorziate”.

[10] Consiglio di Stato, Sez. V, 18/10/2022, n. 8866.

[11] Corte Giustizia, Sez. IV, 23 dicembre 2009, Serrantoni Srl e Consorzio stabile edili Scrl c. Comune di Milano, in causa C-376/08.

[12] Definito dall’art. 45, co. 2, lett. e) come consorzio “di concorrenti di cui all’articolo 2602 del codice civile, costituiti tra i soggetti di cui alle lettere a), b) e c) del presente comma, anche in forma di società ai sensi dell’articolo 2615-ter del codice civile”.

[13] Consiglio di Stato, Sez. V, 18/10/2022, n. 8866; Consiglio di Stato, Sez. III, 07/01/2022, n. 46, secondo il quale: “il consorzio ordinario con attività esterna è un soggetto con identità plurisoggettiva, a differenza del consorzio stabile ex art. 45, comma 2, lett c), d. lgs. n. 50 del 2016, in cui i singoli imprenditori istituiscono una comune struttura di impresa collettiva stabile, la quale, oltre a presentare una propria soggettività giuridica con autonomia anche patrimoniale, rimane distinta e autonoma rispetto alle aziende dei singoli imprenditori ed è strutturata, quale azienda consortile, per eseguire, anche in proprio (ossia senza l’ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate), le prestazioni affidate a mezzo del contratto; da tali premesse discende che il divieto assoluto di duplicazione dei benefici in favore di uno stesso soggetto imprenditoriale è applicabile sia alle imprese che partecipano ad un raggruppamento temporaneo, quanto a quelle che fanno parte di un consorzio ordinario, stante l’impossibilità, nell’ambito di tali forme aggregative, di distinguere il modulo plurisoggettivo dai suoi componenti, con conseguente sovrapposizione dei contributi in capo a questi ultimi”.

[14] 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.”; cfr. F. CARDARELLI, *Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici*, in M.A. SANDULLI -R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, op. cit., spec. pp. 630-631.

[15]Cfr. Ad. Plen. n. 2 del 2022, che si è occupata dalla modificabilità in corso di gara di un r.t.i. nel caso di perdita dei requisiti di cui all’art. 80, d. lgs. 50/2016 da parti di uno dei suoi componenti.

[16] Articolo 34, comma 1, lettere b) i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422 e del decreto legislativo del Capo provvisorio

dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, e successive modificazioni, e i consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443; c) 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, secondo le disposizioni di cui all’articolo 36.

[17] L’art. 36, co. 7 prevedeva che “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”.

[18] Cfr. P. CARBONE, *La disciplina dei consorzi stabili nel codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, dopo il primo decreto correttivo*(d.lgs. n. 56 del 2017), in *Rivista trimestrale degli appalti, n. 1/2018*, pp. 7 ss., pp. 19-20.

[19] Tar Lazio, Sez. III, 3 marzo 2022, n. 2571; Cons. Stato, Sez. V, 22/08/2022, n. 7360, le cui argomentazioni sono state riprese dalla recente giurisprudenza, tra cui: Tar Ancona, Sez. I, 25 febbraio 2023, n. 119; Tar Lombardia, Milano, Sez. I, nn. 397, 597 e 744 del 2023; Tar Campania,

Sez. III, 22 febbraio 2023, n. 1152.

[20] Cfr. Adunanza Plenaria n. 5/2021 (spesso richiamata a sostegno della tesi restrittiva), pur pronunciando su una vicenda relativa alla perdita dei requisiti di una impresa consorziata non designata ai fini della esecuzione dei lavori, 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*”.

[21] cfr. Tar Campania, Napoli, Sez. III, 22 febbraio 2023, n. 1152 e parere precontenzioso ANAC n. 76 del 22/02/2023 che, nel richiamare Cons. Stato n. 7360/2022, fanno salva la possibilità per l’impresa consorziata non qualificata di 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.

[22] Da ultimo, Tar Abruzzo, L’Aquila, Sez. I, 16 marzo 2023, n.140; Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 2 marzo 2023, n. 657; Tar Campania, Napoli, sez. I, 25 febbraio 2022, n. 1320, Cons. Stato, Sez. V, 2 febbraio 2021, n. 964; Cons. Stato, Sez. V., 29 marzo 2021, n. 2588.

[23] Tar Campania, Napoli, Sez. I, 19/04/2023, n. 2390, precisa che: “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”.

[24] Cfr. Tar Sicilia, Palermo, Sez. I, 02/03/2023, n. 657.

[25] Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 13/07/2022, n. 4731.

[26] In particolare, “le disposizioni di cui alla Parte II, Titolo III, nonché gli allegati e le parti di allegati ivi richiamate, del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207”.

[27] In particolare, quelle relative: 1) alla mancata proposizione in appello di domande ed eccezioni dichiarate assorbite o non esaminate nella sentenza di primo grado, che devono intendersi rinunciate ex art. 101, comma 2 del D.lgs. n. 104/2010 (ex multis Cons. Stato Sez. III, 23/05/2019, n. 3360; Cons. Stato Sez. IV, 02/09/2019, n. 6056, Cons. Stato Sez. VI Sent., 02/01/2020, n. 23); 2) al perimetro del divieto dei “*nova*” di cui all’art. 104 comma 2 c.p.a., che ammette la possibilità di produzione di nuovi documenti allorquando gli stessi siano indispensabili ai fini

della decisione ovvero la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile, sicché ratio del divieto di cui all’art. 104 comma 2 c.p.a. è da rinvenire rinvenirsi nel divieto di documentazione probatoria già rilevante nel ricorso di primo grado e che la parte non abbia prodotto per propria negligenza (ex multis Cons. Stato, Sez. IV, 30/05/2022, n. 4323; Cons. Stato Sez. VI, 26/04/2022, n. 3152); 3) ai profili di ammissibilità del ricorso di appello che non deve limitarsi alla mera riproposizione delle censure formulate in prime cure, ma deve estendersi alla puntuale impugnazione dei capi della sentenza che le avevano rigettate (Cons. Stato, sez. V, 26 agosto 2020, n. 5208; sez. V, 26

marzo 2020, n. 2126; sez. IV, 24 febbraio 2020, n. 1355).

[28]Sul punto, P. AVALLONE -S. TARULLO, *I consorzi stabili di cui all’art. 12, l. n. 109 del 1994 come modificato dall’art. 9, comma 22, l. n. 415 del 1998 «Merloni ter»*, in *Rivista amministrativa degli appalti*, 1999, p. 146, già individuavano nell’istituzione di una comune struttura di impresa «*il dato essenziale caratterizzante questo nuovo istituto*».

[29] La vicenda esaminata in quella sede era del tutto differente, inerendo la perdita dei requisiti di una impresa consorziata non designata ai fini della esecuzione dei lavori.

[30] Cons. Stato, VI, n. 2563/2013; Consiglio di Stato, Sez. III, n. 6433/2019.

[31] Cfr. anche Consiglio di Stato, Sez. V, 15/01/2018, n. 187. In generale, sul principio di massima partecipazione v. M. CALABRO’, A.G. PIETROSANTI, *I principi di massima partecipazione e di tassatività delle cause di esclusione nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Ambientediritto*, 2/2023, p. 1 ss.

[32] Nello specifico della vicenda, vi era stato un contrasto tra Bando di gara, che in caso di consorzio stabile, prevedeva che i requisiti di cui alle precedenti lettere di capacità tecnica e professionale avrebbero dovuto essere “posseduti dal consorzio e da ciascuno dei consorziati per conto dei quali il consorzio partecipava alla gara”; e Disciplinare che, nel regolamentare la fase di aggiudicazione, prevedeva al contrario che le 17 certificazioni di qualità da comprovarsi erano

quelle dell’aggiudicatario (ovvero il Consorzio Stabile) e non anche quelle dell’impresa consorziata esecutrice.

[33] 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).

[34] Cfr. Corte Cost., nn. 3/2011, 74/2008, 162/2008, 236/2009.

[35] Ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. V, 14/04/2023 n. 1424 che ne ha chiarito l’efficacia retroattiva.