



Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Direzione scientifica

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile

Marco Cardilli

Redazione

Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 2/2019

estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Calonge Velázquez, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Luca Raffaello Perfetti, Alessandra Pioggia, Helene Puliati, Francesco Rota, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Ambrogio De Siano, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giovanni Martini, Gaetano Natullo, Marcin Princ, Giuliano Taglianetti, Ramón Terol Gómez, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

Contributo alla riflessione in materia di qualificazione ed esecuzione di contratti pubblici da parte dei consorzi stabili.

di **Valentina Bartoli**

(Avvocato)

Sommario

1. Introduzione. 2. Consorzi stabili e cumulo alla rinfusa nel vecchio codice. 2.1. La disciplina dell'istituto nei consorzi stabili operanti nei settori dei lavori, dei servizi e delle forniture. 2.2. La teoria del mutualismo consortile. 3. Consorzi stabili e cumulo alla rinfusa nel nuovo codice. 3.1. Il sistema del cumulo alla rinfusa nell'art. 47 ante correttivo. 3.2. Il sistema del cumulo alla rinfusa nell'art. 47 post correttivo. 4. Considerazioni e previsioni sul regime da applicare all'istituto del cumulo alla rinfusa al termine del periodo transitorio.

Abstract

The expression "*cumulo alla rinfusa*" refers to the instrument through which the stable consortia of companies ("*consorzi stabili*"), one of the possible forms of aggregation of economic operators for the participation in public tender procedures in Italy, attests the possession of the economic and technic requirements through the use of those of the associated companies and, successively, assume on their own or distribute among their members, in whole or in part, the execution of the awarded contracts. The above mentioned description of the "*cumulo alla rinfusa*" arises from the repealed public contracts code but its continuing existence seems to be questionable in the light of art. 47 of the new public contract code (legislative decree n. 50/2016). The paper aims to critically analyze the legal institute in its evolution under both the old public contract code and the new one.

1. Introduzione

Il presente scritto è dedicato alla disamina di un momento settoriale del diritto dei contratti pubblici, ovverosia alle modalità attraverso le quali i consorzi stabili sono legittimati ad operare, ai sensi del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, per l'aggiudicazione e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture da rendere in favore di stazioni appaltanti. In particolare, vengono esaminate le modalità attraverso cui i consorzi stabili *i)* possono comprovare la titolarità dei requisiti richiesti dai bandi di gara onde prendervi parte e *ii)* possono organizzarsi per eseguire le prestazioni contrattuali (in proprio o avvalendosi dei propri consorziati o di soggetti terzi).

Si premette che, nel prosieguo, per sinteticità espositiva ed onde focalizzare l'attenzione sui temi innanzi indicati, ci si esimerà dal fornire una ricostruzione generale dell'istituto, dal riferire dei molti punti di analogia e di distinguo che esso presenta con figure attigue (*in primis* le altre forme consortili e i raggruppamenti di imprese) e dal dare conto dei molti problemi (ulteriori rispetto a quelli selezionati nella presente indagine) emersi in sede applicativa nel corso degli anni. Nel far ciò, si confida invero di non far torto al lettore, essenzialmente perché in dottrina sembra disporsi di contributi di assoluto pregio e profondità¹, che hanno ricostruito e commentato, con dovizia anche di spunti interdisciplinari (la comparazione con il diritto civile), i tratti qualificanti l'istituto².

Anche per questa ragione (ma non senza che gli scritti appena richiamati presentassero indicazioni di grande utilità) è parso maggiormente opportuno soffermarsi sui temi anzidetti, ovverosia su quel complesso di questioni che, con formula sintetica, va sotto il nome di "cumulo alla rinfusa" (*id est*, l'espressione che compendia l'insieme di possibilità attraverso cui i consorzi stabili di imprese si qualificano, attestano in gara il possesso dei requisiti e assumono in proprio o distribuiscono tra i consorziati l'esecuzione delle commesse ottenute in aggiudicazione).

Le ragioni di una scelta di tal fatta paiono emergere, in maniera alquanto chiara, dal raffronto tra la previgente disciplina (il vecchio d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, peraltro, tutt'ora in vigore fino al termine del periodo transitorio di cui si dirà) nell'ambito del

¹ Si veda 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. 56/2017) in Riv. Trimestrale appalti 2018.

² Si rinvia ai precedenti saggi sui consorzi stabili: P. CARBONE, Aspetti problematici della disciplina dei consorzi stabili di imprese, in Riv. Trim. degli appalti, 2003, p. 67 e ss.; P. CARBONE, Persistenti aspetti problematici della disciplina dei consorzi stabili di imprese, dopo il secondo decreto correttivo (d.lgs. 31 luglio 2007, n. 113) al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, ivi, 2007, p. 923 e ss.; P. CARBONE, Ancora sulla partecipazione del consorzio stabile e del consorziato alla medesima gara (considerazioni dopo il terzo decreto correttivo - d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152 - al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163), ivi, 2009, p. 465 e ss., nonché in Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale, a cura di C. FRANCHINI e F. TEDESCHINI, Torino, 2009, p. 109 e ss. e P. CARBONE, I consorzi stabili nella giurisprudenza, in Riv. Trim. degli appalti, 2011, p. 521 e ss..

quale l'istituto del "cumulo alla rinfusa" si è affermato e il testo dell'art. 47 del nuovo Codice dei Contratti (il d.lgs. 50/2016), il quale, tanto nel comma 1, che nel comma 2, sembra porre in discussione la perdurante vigenza di quell'istituto (quantomeno nell'ampiezza con cui in passato lo si è declinato). Ciò sotto il profilo tanto della facoltà di "avvalersi" dei requisiti dei consorziati (che il primo comma limita *"alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo"*), quanto sotto quello di ridistribuire liberamente l'esecuzione della commessa tra consorziati pur in assenza di una simmetria tra quote di esecuzione e corrispondenti requisiti (considerando che, al comma 2, espressamente si prevede che *"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"*).

Nel solco di quest'impostazione, occorre premettere che l'indagine in materia è resa quanto mai problematica non solo dal portato storico dell'istituto (*id est* dal modo in cui fino ad oggi esso è stato interpretato dalla giurisprudenza e dal legame storicamente accordatogli con il principio di massima partecipazione delle imprese alle gare) e dalla stessa lettera della legge (oggi come allora di complessa esegesi) ma dal fatto che, allo stato, non si dispone di una disciplina definita, necessitando l'istituto del completamento regolatorio che, ai sensi dell'art. 83 co. 2 del codice dei contratti pubblici, consegnerà all'approvazione, previa proposta dell'ANAC, del decreto del Ministero delle Infrastrutture in materia di sistema di qualificazione.

Proprio in considerazione delle ragioni anzidette, il metodo di indagine che appare più corretto risulta quello di seguire l'istituto nella sua evoluzione ed affermazione sotto la vigenza del vecchio codice (differenziando, peraltro, tra consorzi di lavori e consorzi di servizi e forniture), onde poi raffrontare quelle conclusioni (sempre differenziate tra differenti tipologie di consorzi) con la nuova disciplina. Ciò anche alla luce delle indicazioni provenienti dalla bozza di proposta elaborata dall'ANAC nell'ambito del dialogo volto alla approvazione del decreto ministeriale innanzi richiamato³.

Il tutto, peraltro, avvertendo fin da ora della necessità di distinguere tra regolamentazione "a regime" (*id est* a decreto ministeriale approvato) e regolamentazione transitoria (*id est* fino all'approvazione del decreto), segnalando

³ Cfr. Anac 12 maggio 2017 - Proposta finalizzata all'adozione del decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti di cui all'articolo 83, comma 2, del decreto legislativo 50/2016 avente ad oggetto il sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro; Anac 12 maggio 2017 - Documento di consultazione sulla Proposta finalizzata all'adozione del decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti di cui all'articolo 83, comma 2, del decreto legislativo 50/2016 avente ad oggetto il sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro, art. 23 - relativo alla qualificazione dei consorzi stabili nel settore lavori.

altresì che quest'ultima si presenta di peculiare interesse dal momento che, nell'esaminarla, la giurisprudenza ha riproposto il controverso distinguo tra disciplina applicabile in caso di lavori e quella propria dei consorzi di servizi e forniture.

Resta, infine, da evidenziare che il tema del "cumulo alla rinfusa" e delle sue evoluzioni presenta motivi di interesse non solo in quanto tale ma anche in ragione della comparazione che si rende possibile con il sistema della partecipazione a mezzo di raggruppamenti di imprese o tramite avvalimento. Quanto a quest'ultimo, ci si limita per ora a rammentare di quanto severo sia stato l'inasprimento delle regole volte a rendere effettiva la messa a disposizione dei requisiti in favore dell'impresa ausiliata. Al contempo, sono note (ma verranno comunque considerate) le perduranti oscillazioni giurisprudenziali circa la necessità che, una volta costituitisi in ATI, i singoli membri della compagine siano effettivamente titolari in proprio della porzione dei requisiti necessaria ad adempiere alla quota parte di commessa rispettivamente assunta. Tutto questo per dire che la posizione che si intenda prendere in ordine al tema della facoltà di redistribuire tra i membri del consorzio la commessa e della necessità che detti consorziati siano (o meno) effettivamente qualificati non può che essere letta nell'ambito più generale dei sistemi di qualificazione dei gruppi associati e dei rapporti di ausilio per come appena adesso sinteticamente tracciati. In questa prospettiva, infine, non pare inutile rivolgere lo sguardo anche all'istituto delle imprese cooptate (perdurante anomalia del sistema della esecuzione dei contratti pubblici).

2. Consorzi stabili e cumulo alla rinfusa nel vecchio codice.

2.1. La disciplina dell'istituto nei consorzi stabili operanti nei settori dei lavori, dei servizi e delle forniture.

L'istituto del "cumulo alla rinfusa", come sopra accennato, trova la propria affermazione nel vecchio codice dei contratti pubblici nonché nel relativo regolamento di esecuzione ed attuazione (il d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207)⁴.

Nell'esaminarli, per comprensibili ragioni, ci si riferirà (pur consapevoli dei diversi interventi riformatori succedutisi nel tempo) unicamente alle versioni delle norme pertinenti in essere prima dell'entrata in vigore del nuovo codice, quale esito di un'elaborazione (anzitutto) normativa, che dottrina e giurisprudenza avevano interpretato come consacrazione dell'istituto di interesse.

Si rammentano in particolare le disposizioni di cui all'art. 36 del previgente codice e segnatamente quelle di cui ai commi 2, 5 e 7 (in realtà è l'intero articolo ad offrire

⁴ Precedentemente si vedano le disposizioni della l. 11 febbraio 1994, artt. 10-12, nonché quelle del relativo regolamento (art. 97 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554).

indicazioni in merito e, tuttavia, le disposizioni di maggior rilievo appaiono quelle citate, sicché è ad esse che conviene fare riferimento per chiarezza e sinteticità espositiva). Quanto al primo (comma 2), esso stabiliva che *“il regolamento stabilisce le condizioni e i limiti alla facoltà del consorzio di eseguire le prestazioni anche tramite affidamento ai consorziati, fatta salva la responsabilità solidale degli stessi nei confronti del soggetto appaltante o concedente; stabilisce inoltre i criteri di attribuzione ai consorziati dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi maturati a favore del consorzio in caso di scioglimento dello stesso, purché ciò avvenga non oltre sei anni dalla data di costituzione”*. Quanto al secondo (comma 5), il vecchio codice prevedeva, per quanto di interesse, che *“I consorzi stabili sono tenuti ad indicare in sede di offerta per quali consorziati il consorzio concorre; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara”*. Infine il comma 7 disponeva che *“il consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate. Per i lavori la qualificazione è acquisita con riferimento ad una determinata categoria di opere generali o specialistiche per la classifica corrispondente alla somma di quelle possedute dalle imprese consorziate. Per la qualificazione 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”*.

Venendo alla disciplina dettata dal regolamento, era (ed è tutt’ora e fino alla conclusione del periodo transitorio posto dall’art. 216, comma 14, d.lgs. 50/2016) rilevante il riferimento all’art. 94 del d.P.R. 207/2010 in virtù del quale:

- i consorzi stabili 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 (comma 1);
- i consorzi stabili conseguono la qualificazione a seguito di verifica dell'effettiva sussistenza in capo alle singole consorziate dei corrispondenti requisiti (comma 2);
- 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 (comma 3);

- 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 (comma 4).

La disciplina, relativamente ai lavori, si compone, peraltro, dell'art. 81 del d.P.R. 207/2010, il quale, tuttavia, si limita a rinviare – in tema di sistemi di qualificazione – al già richiamato comma 7 dell'art. 36 del vecchio codice.

Alla disposizione appena richiamata, si aggiunge quella di cui all'art. 277 del d.P.R. 207/2010, che, riferendosi ai servizi ed alle forniture, stabiliva (l'imperfetto è d'obbligo risultando la norma abrogata dall'articolo 217, comma 1, lettera u), numero 2), del nuovo codice) che ai consorzi stabili per servizi e forniture si applicano le disposizioni di cui all'articolo 94, commi 1 e 4 e che la sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara per l'affidamento di servizi e forniture andasse valutata a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati. Aggiungeva, infine, il comma 3 che per la partecipazione del consorzio alle gare, i requisiti economico - finanziari e tecnico - organizzativi posseduti dai singoli consorziati relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo sono sommati; i restanti requisiti economico - finanziari e tecnico - organizzativi sono sommati con riferimento ai soli consorziati esecutori.

Sia che si trattasse di lavori, sia che si vertesse in materia di servizi e forniture, l'idea che nell'ambito dei consorzi operasse il regime del cumulo alla rinfusa riposava non solo (e verrebbe da dire) non tanto sulle norme in parola, quanto prim'ancora sulla c.d. teoria organicistica, in virtù della quale le imprese consorziate (e ciascuna di esse in rapporto al consorzio) risultano avvinte da un vincolo mutualistico, assunto in ragione delle utilità che detta unione è in grado di dischiudere in favore di ciascuna di esse (segnatamente la partecipazione a procedure di evidenza pubblica che altrimenti sarebbero a ognuna singolarmente precluse o che, comunque, esporrebbero all'onere estemporaneo di costituirsi in raggruppamenti temporanei o di ricorrere all'avvalimento)⁵.

⁵ Cfr. Cons. di Stato, Sez. VI, 10 maggio 2013, n. 2563, in cui si afferma che il modulo del consorzio stabile concretizza un'impresa operativa che fa leva sulla causa mutualistica e realizza, nella sostanza, una particolare forma di avvalimento che poggia direttamente sul patto consortile e sulla causa mutualistica. Tali connotati del modulo organizzativo e gestionale in esame consentono al consorzio di avvalersi di qualsiasi contributo (in termini di requisito) dei consorziati, senza dover ricorrere allo strumento dell'avvalimento ex art. 49 d.lgs. 163/2006, fermo restando che, in alternativa, il consorzio può qualificarsi con requisiti posseduti in proprio e direttamente (nella fattispecie, venne ammessa la sommatoria dei fatturati specifici delle imprese consorziate designate quali esecutrici dei servizi, al fine di comprovare il requisito di capacità economico-finanziaria), richiamato da G. FISCHIONE in *Finalmente chiarezza sull'operatività dei consorzi stabili nel settore delle forniture e dei servizi*: il Consiglio di Stato rivitalizza l'istituto, in www.giustamm.it, 2019; nonché G. FISCHIONE, *I consorzi stabili tra conferme e novità alla luce del D.lgs. 50/2016*, in www.giustamm.it, 2017; cfr. Cons. Stato, Sez. V, 22

2.2. La teoria del mutualismo consortile.

Il mutualismo consortile, dunque, può dirsi alla base del citato comma 7 dell'art. 36 (ed altresì dell'art. 94, comma 2 del d.P.R. 207/2010) e del principio esplicitato dall'art. 94, comma 1 del d.P.R. 207/2010 che riconosce in materia di lavori al consorzio stabile la facoltà di eseguire le prestazioni con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara. In virtù delle norme in parola, il consorzio ha facoltà di qualificarsi in proprio ricorrendo, nei termini del comma 7, alle qualificazioni detenute dalle consorziate e può altresì eseguire le prestazioni in proprio ovvero ricorrere alla mutualità operativa delle consorziate indicate in gara. Un siffatto mutualismo si è ritenuto potesse dispiegarsi in un duplice senso, verso l'alto, consentendo che la qualifica del consorzio potesse essere ottenuta assommando in sé le possibilità offerte dalle singole consorziate (alle condizioni del comma 7), verso il basso, trasferendo alle consorziate in fase esecutiva la realizzazione dei lavori acquisiti dal consorzio⁶. Ciò, peraltro, con un corollario: nel silenzio delle norme, il cumulo alla rifusa si è ritenuto che potesse sostanzarsi anche nella libertà per il consorzio di affidare porzioni di contratto a sue imprese, indipendentemente dalla titolarità da parte di quest'ultime, chiamate operativamente in causa, delle necessarie qualificazioni. Il ragionamento si fondava sul fatto che con la qualificazione del consorzio (avvenuta, se del caso, anche a mezzo delle consorziate) la richiesta di requisiti (e sottese garanzie) da parte della stazione

gennaio 2015, n. 244, il quale ha affermato che in materia di gare pubbliche la connotazione di consorzio stabile comporta l'esecuzione delle prestazioni contrattuali ad opera di un soggetto affidatario costituito in forma collettiva che stipula il contratto in nome proprio e per conto delle consorziate alle quali affida i lavori e che, in dipendenza di tale circostanza, l'attività compiuta dall'impresa consorziata si imputa al consorzio stesso, il quale si qualifica come soggetto giuridico autonomo che opera in base ad uno stabile rapporto organico con le imprese. In conseguenza di ciò, non solo la responsabilità per inadempimento degli obblighi contrattuali nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice investe esclusivamente il consorzio senza estendersi in via solidale all'impresa incaricata dell'esecuzione del contratto, ma la verifica dei requisiti di qualificazione avviene in capo al consorzio che a tale fine può cumulare quelli posseduti dalle imprese consorziate; cfr. T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, n. 1709/2016, secondo il quale il modulo associativo del consorzio stabile dà vita ad un soggetto giuridico autonomo, costituito in forma collettiva e con causa mutualistica, che opera in base ad uno stabile rapporto organico con le imprese associate, in forza del quale può giovare, senza dover ricorrere all'avvalimento, degli stessi requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse, secondo il criterio del cumulo alla rinfusa (d.lgs. n. 163/2006).

⁶ Si veda G. FISCHIONE, I consorzi stabili tra conferme e novità alla luce del D.lgs. 50/2016, in www.giustamm.it, 2017, pag. 7.

⁷ In relazione al d.P.R. n. 554 del 1999, sembrava favorevole a tale eventuale interpretazione G. STANCANELLI, Consorzi stabili di imprese, in AA.VV., Commento al regolamento di attuazione della legge quadro sui lavori pubblici, L. GIAMPAOLINO, M. A. SANDULLI E G. STANCANELLI (a cura di), Milano, 2001, 397, per il quale «poiché (...) il conseguimento della qualificazione da parte del consorzio stabile non pregiudica la contemporanea qualificazione delle singole imprese consorziate, per rispettare quanto stabilito dall'art.8 della legge, si deve (...) concludere che l'esecuzione dei lavori da parte delle imprese consorziate presuppone che le stesse siano in possesso della qualificazione necessaria per l'esecuzione dell'opera di cui si tratta, non essendo sufficiente quella del consorzio».

appaltante fosse stata già assicurata⁷. A supporto di tale impostazione, peraltro, pareva porsi lo stesso diritto positivo, ed in particolare l'art. 94, comma 1 del d.P.R. 207/2010, il quale nel riconoscere ai consorzi stabili la facoltà di avvalersi per l'esecuzione dei propri consorziati indicati in sede di gara non esplicitava la necessità da parte di costoro della titolarità di requisiti in misura corrispondente alla quota di esecuzione ricevuta.

Si tratta, invero, di una peculiarità propria dell'istituto in esame, che presenta tuttavia assonanze – come si dirà – con la giurisprudenza maturata in materia di qualificazione dei raggruppamenti temporanei nei settori dei servizi e delle forniture⁸ e con l'istituto delle imprese cooptate.

Questa impostazione, a riprova di quanto l'istituto del cumulo alla rinfusa abbia anzitutto matrice in una precisa visione culturale del ruolo dei consorzi stabili nella legislazione dei contratti pubblici, si ritrovava anche nell'ambito delle riflessioni in materia di consorzi di servizi e forniture. Ciò con il confronto dell'art. 277 del d.P.R. 207/2010, che richiamava espressamente l'art. 94, commi 1 e 4 del medesimo decreto⁹. Come si è detto e, come si avrà modo di vedere, l'articolo in parola è stato abrogato, sicché occorrerà incaricarsi di verificare specificamente quale possa dirsi oggi la sorte del cumulo alla rinfusa nel settore dei servizi e delle forniture. Ciò nell'ambito di una riflessione più generale che tenga conto di quella giurisprudenza (appresso indicata) propensa ad emancipare l'istituto da una linea di sostanziale continuità con il passato, limitando l'accesso alle sinergie mutualistiche unicamente in relazione alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo¹⁰.

⁸ Cfr. T.A.R. Puglia, Bari, Sezioni Unite, 1 Ottobre 2018, n. 1250, il quale, sulla base dell'assunto che i requisiti di qualificazione devono essere soddisfatti dal raggruppamento nel suo complesso e non dalla singola impresa esecutrice, afferma che: "E' possibile che nelle gare per l'affidamento di servizi cui partecipino RTI, nel caso di mancata definizione della soglia minima da parte della stazione appaltante, il servizio oggetto di gara possa essere svolto da esecutori privi del requisito. Nelle procedure di gara per l'affidamento di servizi cui partecipino raggruppamenti temporanei di imprese il possesso dei requisiti speciali di partecipazione "può", ma non "deve" attestarsi su una soglia minima, trattandosi di scelta rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante. Ne consegue che, nell'ipotesi di mancata definizione della soglia minima da parte della stazione appaltante, il servizio oggetto di gara può essere svolto da esecutori privi del requisito purché, naturalmente, il ridetto requisito sia posseduto cumulativamente dal raggruppamento".

⁹ Si veda G. FISCHIONE, I consorzi stabili tra conferme e novità, in www.giustamm.it, 2017, pag. 4.; nonché ID., Finalmente chiarezza sull'operatività dei consorzi stabili, in www.giustamm.it, 2013, pag. 3.

¹⁰ Cfr. T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, 15 novembre 2017, n. 1385, ai sensi del quale: "[...] non può del resto essere invocata la disciplina transitoria di cui al combinato disposto degli artt. 83, comma 2, e 216, comma 14, d.lgs. n. 50 del 2016, in forza del quale - fino all'adozione delle linee guida sul sistema di qualificazione, casi e modalità di avvalimento, requisiti e capacità dei concorrenti - continuano ad applicarsi "in quanto compatibili" le disposizioni di cui alla parte II, titolo III, del d.P.R. n. 207 del 2010. In primo luogo, le richiamate previsioni riguardano la sola qualificazione per l'affidamento di lavori, e non anche di servizi, come inequivocabilmente si

3. Consorzi stabili e cumulo alla rinfusa nel nuovo codice.

3.1. Il sistema del cumulo alla rinfusa nell'art. 47 ante correttivo.

In relazione al nuovo codice, occorre innanzi tutto osservare che il testo attualmente in vigore dell'art. 47 – a seguito degli interventi apportati dal decreto correttivo 19 aprile 2017, n. 56 – presenta modifiche sostanziali rispetto all'originaria versione. In un primo momento, infatti, la conformazione che il legislatore aveva dato all'istituto si sostanzialmente nella previsione (di fatto rimasta intatta a seguito del correttivo) per cui i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria devono essere posseduti e comprovati dai consorzi stabili con le modalità previste dal 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. A ciò si aggiungeva un secondo comma a mente del quale si riconosceva ai consorzi stabili – per un lungo periodo (i primi cinque anni dalla loro costituzione) – di partecipare alle gare “avvalendosi” dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi previsti dalla normativa vigente posseduti dalle singole imprese consorziate ed esecutrici.

La norma, nella versione originaria appena richiamata, era stata interpretata dalla dottrina ¹¹ nel senso di un'inversione di tendenza rispetto al sistema previgente, sopra descritto. Sembrava, infatti, superato il criterio del cumulo alla rinfusa per la qualificazione dei consorzi stabili: i soli requisiti posseduti dalle imprese consorziate che avrebbero potuto essere cumulati in capo al consorzio erano quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera ed all'organico medio annuo. La deroga introdotta dal comma 2 dell'art. 47, per il tempo limitato dei primi cinque anni di costituzione dei consorzi stabili, avrebbe, invece, consentito, di cumulare (alla rinfusa e, dunque, in continuità con il passato) tutti i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi, posseduti, però, dalle sole imprese consorziate indicate come esecutrici.

Il cumulo, dunque, nell'impianto della prima versione dell'art. 47 si presentava circoscritto nell'oggetto (attrezzature, mezzi e organico medio), limitato nel tempo

ricava dal tenore letterale dell'art. 83, comma 2, cit.; e, comunque, il limite dichiarato della compatibilità con le nuove regole impedisce l'integrale applicazione del d.P.R. n. 207 del 2010, rimanendone esclusa, per quanto qui interessa, proprio la disciplina in materia di qualificazione dei consorzi, incompatibile con il testo originario del sopravvenuto art. 47, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016 (l'art. 81 del d.P.R. n. 207 del 2010, astrattamente incluso nel rinvio disposto dal citato art. 216, comma 14, rimanda al criterio del cumulo alla rinfusa dettato dall'art. 36, comma 7, del d.lgs. n. 163 del 2006, incompatibile con la regola, inizialmente introdotta dal nuovo Codice dei contratti pubblici, che non permetteva di sommare in capo ai consorzi stabili i requisiti delle imprese esecutrici, una volta decorso il quinquennio dalla costituzione)."

¹¹ Si veda F. SCALIA, La travagliata recente storia del “cumulo alla rinfusa” per la qualificazione dei consorzi stabili, in Urb. App., 2018, p. 85.

quanto ad applicazione generalizzata (il primo quinquennio per i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi) e, sempre nella vigenza del periodo transitorio, limitato soggettivamente (in favore delle sole imprese esecutrici). Ciò con il conforto della giurisprudenza, secondo la quale sembrava per tal via, superato, *a regime*, il criterio del c.d. cumulo alla rinfusa¹². La disposizione, inoltre, nella genericità del tenore letterale prescelto, sembrava offrire una presa di posizione abbastanza nitida in ordine alla sua riferibilità ai consorzi attivi in tutti e tre i settori del codice (lavori, servizi e forniture).

La norma, peraltro, sempre nella primigenia versione, non si occupava del regime applicabile ai rapporti interni al consorzio (cosa che in termini espressi perdura ancora oggi), in particolare sotto il profilo della facoltà di ridistribuire la commessa tra le imprese consortili e di conseguenza alcuna indicazione veniva fornita in ordine alla necessaria (o meno) titolarità da parte delle ditte consorziate esecutrici dei requisiti necessari alla realizzazione delle porzioni di attività loro affidate. Invero, fino all'approvazione dell'atteso decreto ministeriale, per i lavori detta facoltà avrebbe potuto ritrarsi dalla perdurante vigenza dell'art. 94, comma 1 del d.P.R. 207/2010. Più in generale ed in assenza di una presa di posizione espressa circa la disciplina a regime in merito alla possibilità di avvalersi per l'esecuzione di imprese consorziate (anche non qualificate), ben si sarebbe potuta sostenere la prospettiva di una limitazione del mutualismo consortile alla sola disponibilità di mezzi e attrezzature, cui il consorzio avrebbe, però, potuto attingere liberamente, senza necessità di indicare imprese esecutrici in gara. Ciò peraltro in linea di coerenza con

¹² Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 17 settembre 2018, n. 5427: "Il d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recante il nuovo Codice dei contratti pubblici, nel delineare i tratti distintivi dei consorzi stabili, riproduce solo in parte la disciplina previgente. In particolare, l'art. 45, dedicato agli operatori economici, definisce consorzi stabili quelli costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'art. 2615 *ter* c.c., tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro, "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" (comma 2, lett. c). Inoltre, l'art. 47, comma 1 dispone che i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento (dei consorzi stabili, come anche dei consorzi di cooperative di cui all'art. 45, comma 2 lett. b) debbano essere posseduti e comprovati con le modalità previste dal 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". Il comma 2, nella sua originaria formulazione, introduceva, peraltro, per i soli consorzi stabili, una deroga alla statuizione contenuta nel comma 1, operante per i primi cinque anni dalla costituzione: periodo nel quale gli stessi avrebbero potuto, ai fini della partecipazione alla gara, cumulare i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi posseduti dalle singole imprese consorziate esecutrici. Sembrava, per tal via, superato, *a regime*, il criterio del c.d. cumulo alla rinfusa: i soli requisiti posseduti dalle imprese consorziate suscettibili di valorizzazione cumulativa in capo al consorzio erano, infatti, quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera ed all'organico medio annuo. La deroga introdotta dal comma 2 dell'art. 47 per i primi cinque anni di costituzione dei consorzi stabili, avrebbe, invece, consentito di cumulare tutti i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi, posseduti, però, dalle sole imprese consorziate indicate come esecutrici".

la stessa definizione data anche dal nuovo codice per in consorzi stabili, in cui risulta valorizzata la dotazione stabile di una comune struttura di impresa (art. 3, comma 45, lett. c): “[...] 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”¹³. Non può

¹³ Per comune struttura di impresa la giurisprudenza ha inteso quella circostanza che rappresenta il tratto differenziale tra i consorzi stabili e quelli ordinari. Il TAR Veneto, Sez. I, 8 aprile 2016, n. 362 ha affermato che: “...ai fini dell’ammissione alle procedure ad evidenza pubblica, la distinzione tra consorzi stabili ed ordinari risiede, al di là di aspetti nominalistici e formali, nella circostanza che, a differenza di quello ordinario, il consorzio stabile ha una durata e una composizione consortile minima prefissata e, soprattutto, è caratterizzato dalla presenza di una comune impresa effettivamente costituita. A ciò consegue che i consorzi stabili sono destinati per loro natura allo svolgimento di una serie di attività permanenti nel tempo e certamente non legate al singolo appalto; di contro i consorzi ordinari sono di regola costituiti al fine di partecipare ad una singola gara o alla realizzazione di un singolo appalto. La connotazione di consorzio stabile comporta l’esecuzione delle prestazioni contrattuali ad opera di un soggetto affidatario costituito in forma collettiva che stipula il contratto in nome proprio e per conto delle consorziate alle quali affida i lavori e, in dipendenza di tale circostanza, l’attività compiuta dall’impresa consorziata si imputa al consorzio stesso, il quale si qualifica come soggetto giuridico autonomo che opera in base ad uno stabile rapporto organico con le imprese”. Recentemente, si veda Consiglio di Stato, Sez. III, 4 febbraio 2019, n. 865, ai sensi del quale: “I consorzi stabili sono soggetti dotati di autonoma personalità giuridica, distinta dalle imprese consorziate. Si tratta, dunque, di aggregazioni durevoli di soggetti che nascono da una esigenza di cooperazione e di assistenza reciproca e, operando come un’unica impresa, si accreditano all’esterno come un soggetto distinto.[...] l’elemento essenziale per poter attribuire al consorzio la qualifica di consorzio stabile è il c.d. elemento teleologico, ossia l’astratta idoneità del consorzio, esplicitamente consacrata nello statuto consortile, di operare con un’autonoma struttura di impresa, capace di eseguire, anche in proprio le prestazioni previste dal contratto”. Si veda anche. TAR Lazio, Sez. III-ter, 18 maggio 2016, n. 5883, secondo cui “il tratto caratterizzante i consorzi stabili è l’esistenza di un’azienda consortile, intesa nel senso civilistico di “complesso dei beni organizzati dall’imprenditore per l’esercizio dell’impresa”, che consenta al consorzio stesso di “eseguire direttamente ... le prestazioni affidategli, senza doversi necessariamente avvalere delle strutture aziendali delle ditte consorziate”. Tale circostanza è desumibile, peraltro, “anche dalle disposizioni che ne delineano in concreto l’operatività”, le quali, “nel devolvere alla fonte regolamentare la fissazione di “condizioni” e “limiti” alla facoltà del consorzio di eseguire le prestazioni “anche tramite affidamento ai consorziati”, lascia chiaramente intendere come la modalità elettiva di partecipazione alle gare del consorzio stabile sia quella che preveda l’esecuzione delle prestazioni stesse “con la propria struttura” (cfr. l’art. 36, comma 2, del d.lgs. n. 163/06 e l’art. 94, comma 1, del d.P.R. n. 207/2010)”. Ancora, cfr. TAR Piemonte, Sez. I, 15 febbraio 2010, n. 958, secondo cui, fermo restando “che *singulatim* e occasionalmente, i contratti possano essere eseguiti dalle singole società [sue] componenti”, la struttura consortile, per essere considerata come un consorzio stabile, deve essere comunque “in grado di eseguire i contratti di appalto mediante la comune struttura di impresa, senza dovere necessariamente utilizzare la struttura delle singole società componenti”. Il Legislatore ha infatti inteso scongiurare l’eventualità “che le attività affidate dalla p.a. al consorzio stabile vengano necessariamente svolte dalle singole imprese consorziate sulla base delle c.d. lettere di assegnazione, il che si produrrebbe ove non esistesse o non fosse normativamente imposta la divisata autonoma comune struttura di impresa” (v. anche Cons. St., sez. V, 15 ottobre 2010, n. 7524) e TAR Sicilia, Catania, Sez. IV, 10 gennaio 2007, n. 36, la quale ha confermato che “a differenza degli ordinari consorzi per il coordinamento della produzione e gli scambi, che possono dotarsi di un’organizzazione più o meno complessa a seconda della finalità per cui sono costituiti, ma che possono operare con la sola struttura aziendale delle imprese consorziate, i Consorzi stabili devono, invece, dotarsi di un’autonoma struttura d’impresa, al fine di essere in grado di eseguire direttamente i lavori loro affidati, senza doversi necessariamente avvalere delle strutture aziendali delle imprese associate” (v. anche TAR Puglia, Bari, sez. I, 11 febbraio 2010, n. 386). Giova citare anche la determinazione ANAC n. 11 del 9 giugno 2004, recante l’“Atto di indirizzi integrativi sulla natura e sulla qualificazione dei consorzi stabili”. Con tale deliberazione, l’Autorità

negarsi, tuttavia, di quanto questa prospettiva potesse costituire momento di frattura rispetto alla conformazione tradizionale dell'istituto, intaccando la ben precisa visione del mutualismo consortile maturata storicamente (*id est* la facoltà di avvalersi delle consorziate in fase di esecuzione anche prescindendo dalla specifica qualifica di ciascuna di esse in merito alle porzioni di contratto affidato loro in esecuzione).

3.2. *Il sistema del cumulo alla rinfusa nell'art. 47 post correttivo.*

Il legislatore, come accennato, è intervenuto profondamente sull'istituto in parola. L'art. 47 del codice, infatti, se è rimasto immutato nella lettera del primo codice, è stato profondamente rivisto nel secondo comma. Quest'ultimo, oggi, non solo non prevede più alcun limite temporale (il quinquennio innanzi trattato) ma è stato riformato nei seguenti termini: i consorzi stabili, 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. Risulta poi affidato al regolamento ministeriale in materia di qualificazione nei lavori (art. 83, comma 2), la definizione dei criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni.

La norma, così ripensata, pone questioni complesse. Quella centrale, ovviamente, è data dall'interrogativo circa la perdurante operatività dell'istituto del cumulo alla rinfusa. Più a monte, si colloca la questione dell'ambito di applicazione oggettivo della disposizione, ovverosia della possibilità di applicarlo tanto ai lavori, quanto ai servizi e alle forniture.

ha specificato che, "a differenza degli indicati ordinari consorzi per il coordinamento della produzione e gli scambi di diritto civile, che possono dotarsi anch'essi di un'organizzazione più o meno complessa a seconda della finalità per cui sono stati costituiti, ma che possono operare con la sola struttura aziendale delle imprese consorziate, i consorzi stabili devono ... dotarsi di un'autonoma struttura d'impresa attraverso cui essere in grado d'eseguire direttamente i lavori affidati senza necessariamente doversi avvalere delle strutture aziendali delle imprese associate. La comune e stabile struttura d'impresa costituisce, pertanto, elemento indispensabile per l'esistenza del consorzio stabile; essa identifica l'azienda consortile attraverso la quale il consorzio, in quanto impresa di imprese, può eseguire direttamente i lavori (cfr., sul punto, anche il parere di precontenzioso n. 122/2012, reso dall'Autorità in data 19 luglio 2012, secondo cui "il possesso di un'autonoma struttura d'impresa, capace di eseguire direttamente le prestazioni assunte, costituisce il requisito essenziale di cui deve essere dotato un operatore economico per potersi qualificare come consorzio stabile, in quanto tale peculiare soggetto giuridico assume, tra le altre cose, il ruolo di "unico interlocutore con l'amministrazione appaltante", che "imputa direttamente a sé stesso la titolarità del contratto e la realizzazione dei lavori ... anche quando si avvale, ai fini della esecuzione, di una o più imprese consorziate"). In dottrina, si veda D. ARCHILLETI, La comune struttura di impresa nel consorzio stabile: un problema latente ma sempre attuale, in www.giustamm.it, 2019, pag. 9 il quale afferma che: "...alla luce delle disposizioni contenute nel vecchio codice dei contratti pubblici, un consorzio stabile, per essere qualificato tale, deve essere dotato di una comune struttura di impresa in grado di eseguire autonomamente le prestazioni assunte all'esito di una procedura di gara ad evidenza pubblica, senza dover necessariamente ricorrere all'ausilio dei propri consorziati".

Si tratta, è bene osservarlo fin da subito, di una norma di non felice formulazione (o, comunque, di complessa esegesi), in relazione alla quale lo sforzo di ricondurla a sistema (orientandosi tra i presupposti culturali dell'organicismo mutualistico tipico del consorzio e le scelte di politica legislativa) risulta vieppiù affaticato dal fatto che la definizione ultima delle regole si avrà invero solo quando sarà stato adottato l'atteso decreto ministeriale di cui all'art. 83, comma 2 del codice che, per i lavori, su proposta dell'ANAC e previo parere delle competenti Commissioni parlamentari, disciplinerà 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 stabili. Si rammenta che, fino all'adozione del decreto ministeriale, ai sensi dell'articolo 216, comma 14 continuerà ad applicarsi il regolamento 207/2010. Nell'attesa del decreto ministeriale, ciò di cui ad oggi si dispone è la bozza di proposta dell'ANAC dalla quale, senza dubbio, è possibile ritrarre indicazioni per la ricostruzione del sistema (quanto ciò poi costituisca, ad avviso di chi scrive, corretta declinazione degli intendimenti legislativi di cui all'art. 47 dovrà essere attentamente valutato)¹⁴.

Quel che appare plausibile, in ogni caso, è che la riformulazione del secondo comma dell'art. 47 - e, segnatamente, la scomparsa di ogni riferimento al quinquennio transitorio - non pare potersi spiegare, già solo alla luce della lettera della legge, come ritorno indiscriminato all'istituto del cumulo alla rinfusa affermatosi sotto il vecchio codice. Piuttosto, la norma sembra dar luogo ad un nuovo ordine di possibilità organizzative, in un'ottica - come si intende dire nel seguito - volta al temperamento tra l'esigenza di preservare all'istituto del consorzio stabile l'utilità mutualistica che lo connota e quella di assicurare, in nome del pubblico interesse, che l'esecuzione delle commesse pubbliche risulti sempre affidata a soggetti effettivamente titolari dei requisiti di qualificazione.

Venendo al merito delle questioni, ci si intende soffermare in prima battuta sul tema dell'applicabilità delle previsioni di cui all'art. 47 (ed, in particolare, del secondo comma) non solo ai lavori ma anche al settore dei servizi e delle forniture. Le ragioni di un simile quesito discendono dal fatto che, mentre il primo comma è norma neutra - indifferentemente riferibile a tutti e tre i settori - il secondo comma, viceversa, sia nel lessico (il riferimento alla qualificazione, termine riferibile in senso stretto ai soli lavori), sia nel rinvio alle regole da porsi con il decreto ministeriale parrebbe indubbiamente chiamato a disciplinare i soli lavori.

Se questa prospettiva fosse corretta si avrebbero alcune conseguenze operative non di poco conto. La più semplice sarebbe quella di ritenere sottratti al regime transitorio dell'art. 216, comma 14, servizi e forniture, ai quali sarebbe applicabile il

¹⁴ Si veda la nota n. 3.

solo art. 47, primo comma e non anche il secondo, in quanto riferibile ai soli lavori. E' questa, invero, la prospettiva accolta da una parte della giurisprudenza¹⁵, la quale ritiene che l'art. 81 del d.P.R. n. 207/2010, astrattamente incluso nel rinvio disposto dal citato art. 216, comma 14, il quale rimanda al criterio del cumulo alla rinfusa dettato dall'art. 36, comma 7, d.lgs. n. 163/2006, è ricompreso nel capo III, dedicato ai requisiti per la qualificazione delle imprese nel settore dei lavori e non può che riferirsi esclusivamente ai consorzi stabili di quel settore. Anche l'art. 94, compreso nel capo IV del titolo III e rubricato "Consorzi stabili", si riferisce chiaramente ed espressamente ai consorzi stabili che "eseguono i lavori". Inoltre, l'art. 84 d.lgs. n. 50/2016, nel disciplinare il "Sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici", rinvia, con il secondo comma, alle Linee guida ANAC "di cui all'art. 83, comma 2", chiarendo definitivamente che quest'ultime si riferiscano esclusivamente ai lavori (il riferimento all'ANAC, come è noto, va letto oggi come destinato al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti). Non solo, ma, vieppiù, l'art. 216, comma 14, citato non rinvia all'unica norma del d.P.R. n. 207/2010 dedicata ai consorzi stabili per servizi e forniture: l'art. 277, compreso nella parte IV, Titolo II, Capo I, del Regolamento.

Di qui la propensione di una parte della giurisprudenza ad interpretare la lettera delle norme, sia singolarmente prese che coordinate tra di loro, in tali termini: solo per i lavori esiste un complesso sistema di qualificazione (SOA) ed è naturale che, fin tanto che non sia intervenuto l'atteso decreto ministeriale, debba trovare applicazione l'insieme di norme che la Parte II del Titolo III del regolamento previgente dedica, appunto, al sistema unico di qualificazione dei lavori. Per i lavori, dunque, per tutto il periodo transitorio, nulla potrà dirsi cambiato quanto ad operatività del cumulo alla rinfusa.

¹⁵ Cfr. T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, 15 novembre 2017, n. 1385, ai sensi del quale: " l'art. 216, comma 14, dispone che "Fino all'adozione delle linee guida indicate dall'art. 83, comma 2, continuano ad applicarsi, in quanto compatibili, le disposizioni di cui alla Parte II, Titolo III, nonché gli allegati e le parti di allegati ivi richiamate, del DPR 5 ottobre 2010, n. 207". Orbene, l'art. 60 del citato d.P.R., rubricato "Ambito di applicazione in materia di qualificazione dei lavori", dispone al primo comma che i Capi I, II e III della Parte II del Titolo III disciplinano, appunto, il sistema unico di qualificazione dei lavori. Anche l'art. 81, il cui rinvio recettizio farebbe rivivere l'art. 36, comma 7, del vecchio codice, è ricompreso nel capo III dedicato ai requisiti per la qualificazione delle imprese nel settore dei lavori e non può che riferirsi esclusivamente ai consorzi stabili di quel settore. L'art. 94, compreso nel capo IV del titolo III e rubricato "Consorzi stabili", si riferisce chiaramente ed espressamente ai consorzi stabili che "eseguono i lavori". Gli allegati e le parti di allegati dalle disposizioni della Parte II, Titolo III del d.P.R. n. 207/2010, si riferiscono tutti al settore dei lavori. Ancora, l'art. 84 d.lgs. n. 50/2016, nel disciplinare il "Sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici", rinvia, con il secondo comma, alle linee guida ANAC di cui all'art. 83, comma 2", chiarendo definitivamente che quest'ultime si riferiscano esclusivamente ai lavori. Non solo, ma l'art. 216, comma 14, citato non rinvia all'unica norma del d.P.R. n. 270 del 2010 dedicata ai "Consorzi stabili per servizi e forniture": l'art. 277, compreso nella Parte IV, Titolo II, Capo I, del Regolamento. Quindi, se non fosse stato applicabile l'art. 47, d.lgs. n. 50/2016, nessuna norma avrebbe regolato la qualificazione dei consorzi stabili di servizi e forniture, in quanto l'art. 216, comma 14, rende applicabili solo le norme disciplinanti la qualificazione dei consorzi di lavori, mentre esclude che sia ancora applicabile l'art. 277 del regolamento dedicato ai consorzi stabili di servizi e forniture.

Viceversa, per i servizi e le forniture, non esistendo un sistema di qualificazione tale da far ritenere applicabile il comma 2 dell'art. 47, non risulta necessario attendere il decreto ministeriale, non si versa in regime transitorio e l'operatività dei consorzi stabili può ritenersi scandita unicamente dall'art. 47, comma 1. Nella sostanza, il legislatore sarebbe, con decisione, intervenuto sul regime del cumulo alla rinfusa nel settore dei servizi e delle forniture, limitandolo unicamente alla possibilità di "mutualizzare" uomini, mezzi d'opera e attrezzature.

Questa prospettiva, invero, non risulta unanime in giurisprudenza, rinvenendosi infatti un differente orientamento, in virtù del quale anche servizi e forniture verserebbero in regime transitorio, con piena operatività nelle more del cumulo alla rinfusa nei termini in cui l'istituto si era consolidato sotto la vigenza del vecchio codice dei contratti pubblici. A tal riguardo, può farsi rinvio agli insegnamenti del Tar Lazio, Sez. I *quater*, 25 gennaio 2017, n. 1324¹⁶. La sentenza muove dall'assunto della difficoltà di trovare un distinguo razionale ad una diversificazione tra la disciplina applicabile ai consorzi stabili di lavori e quella operante nel settore dei servizi e delle forniture. Di qui l'idea di ritenere che l'attesa disciplina ministeriale (ad esito del percorso da avviarsi con le linee-guida dell'ANAC) riguardi indifferentemente tutti i settori (lavori, servizi e forniture) in quanto, se non altro, suscettibile di concretare indicazioni di carattere generale, destinate a conformare l'intera materia dell'operatività dei consorzi stabili¹⁷.

In sintesi, dunque, allo stato, relativamente al settore dei servizi e delle forniture, si ravvisano due orientamenti contrapposti:

- il primo muovendo dalla lettera della legge (l'art. 47, comma 2 che si riferisce ai sistemi di qualificazione, con lessico proprio del settore dei lavori, se strettamente inteso) ritiene che i consorzi in esame non ricadano in alcun periodo transitorio e che

¹⁶ Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I *quater*, 25 gennaio 2017, n. 1324: "Sulla base dell'art. 83, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, non sembra revocabile in dubbio che la partecipazione alle gare dei consorzi stabili trovi ancora, allo stato, le proprie disposizioni di riferimento nel precedente ordinamento di settore. Invero, in questo, per la questione qui controversa, non è rinvenibile alcuna differenziazione tra appalti di lavori e appalti di servizi. Non è dunque implausibile ritenere che le future linee-guida, in disparte ogni questione in ordine alla loro formale riferibilità ad una specifica tipologia di gara, siano suscettibili di concretare indicazioni di carattere generale, destinate, in quanto tali, a conformare l'intera materia. Del resto, in tale scenario, la scelta operata dal nuovo codice dei contratti è quella di fare salve, temporaneamente, le regole antecedenti, e tale scelta, ancorché espressa immediatamente dopo la rimessione all'ANAC del compito di predisporre le linee guida "per i lavori", è, però, di carattere assoluto ("Fino all'adozione di dette linee guida, si applica l'articolo 216, comma 14"), non essendo stata richiamata, anche in tal caso, la delimitazione che connota il periodo precedente ("per i lavori"). La prescelta interpretazione trova pertanto conforto in un dato di sistema e in un elemento testuale. Viepiù la stessa interpretazione è confortata dalle FAQ predisposte dall'ANAC "sulle questioni interpretative relative all'applicazione delle disposizioni del d.lgs. n. 50/2016 nel periodo transitorio", di cui al Comunicato 8 giugno 2016, punto 3."

¹⁷ Si veda F. SCALIA, La travagliata recente storia del "cumulo alla rinfusa" per la qualificazione dei consorzi stabili, in *Urbanistica e appalti*, 2018, p. 89.

ad essi non si applichi che il solo art. 47, co. 1. Conseguentemente, nei settori dei servizi e delle forniture, l'istituto del cumulo alla rinfusa sarebbe applicabile unicamente con riferimento a organico medio annuo, mezzi e attrezzature. Questa posizione, invero, lascia irrisolte una serie di tematiche applicative e segnatamente quelle relative alla possibilità ed ai limiti del ricorso alle imprese consorziate in fase esecutiva, fino all'idea – inusuale rispetto alla tradizione operativa e dissacrante rispetto al mutualismo organicistico tipico dell'istituto – di ritenere utilizzabili da parte del consorzio solo mezzi e attrezzature delle proprie consorziate, senza facoltà di avvalersi espressamente di esse in fase esecutiva, indicandole appunto come esecutrici. La tesi, invero, avrebbe dalla sua di avvalorare il concetto di comune struttura di impresa che l'art. 45, co. 1, lett. c) richiede quale momento connotativo dei consorzi stabili¹⁸. Resta, tuttavia, inspiegato per quale motivo il legislatore avrebbe deciso – pur a fronte dell'unitarietà dell'istituto del consorzio stabile – di differenziare la disciplina applicabile ai consorzi di lavori da quella relativa ai servizi e alle forniture;

- il secondo orientamento muove proprio da quest'osservazione critica, facendo discendere – di necessità – l'impossibilità di ritenere che il comma 2 dell'art. 47 abbia assunto il termine *"qualificazione"* (e, dunque, l'applicabilità dell'intero comma 2) in senso strettamente tecnico e come riferito ai soli lavori. In quest'ottica, l'art. 47, comma 2 è ritenuto applicabile anche ai servizi e alle forniture, sia quando si addiverrà a regime (potendo il decreto ministeriale atteso sul regime di qualificazione in materia di lavori fornire indicazioni di sistema a valenza generale), sia nel corso del periodo transitorio (durante il quale il cumulo alla rinfusa continuerà ad operare per tutti e tre i settori indifferentemente, nell'ampiezza affermatasi sotto il vecchio codice).

Questa seconda prospettiva – che pur deve cimentarsi in un esercizio ermeneutico non del tutto agevole – appare quella maggiormente condivisibile, proprio per le premesse da cui muove (carattere unitario dei consorzi tanto di lavori che di servizi e di forniture) ma anche perché, effettivamente, il riferimento al termine *"qualificazione"* (art. 47 comma 2) può essere inteso in senso ampio. Da questo punto di vista, infatti, non è secondario notare che il comma 2 parli di qualificazione non *"staticamente"*, ovverosia quale momento – tipico ed esclusivo dei lavori – di ottenimento delle certificazioni SOA (avulso in quanto tale da qualsivoglia attinenza alla partecipazione a gare concrete); piuttosto, la norma chiama in causa la qualificazione *"dinamicamente"*, *id est* nel momento della partecipazione alle gare (significativamente assieme alle imprese designate e all'avvalimento), dunque, in un contesto nel quale la parola non sembra connotarsi di alcuna esclusività applicativa (i

¹⁸ Si veda la nota n. 13.

solli lavori) e può agevolmente (e verrebbe da dire coerentemente con l'unitarietà dell'istituto) riferirsi a ciascuno dei settori in rilievo (lavori, servizi e forniture).

Il precipitato di questa visione è inevitabilmente l'assoggettamento anche dei consorzi stabili nei settori delle forniture e dei servizi al regime transitorio. La previsione di chiusura dell'art. 47 (*"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"*), d'altronde, contiene prescrizioni neutre – valevoli per tutte le tipologie di consorzi – e così andrebbe trattata nella definizione dei contenuti del decreto ministeriale, il quale nella parte di interesse dovrebbe prevedere, per legittimazione stessa dell'art. 47 in esame, disposizioni applicabili a tutti i settori.

4. Considerazioni e previsioni sul regime da applicare all'istituto del cumulo alla rinfusa al termine del periodo transitorio.

Ferme le premesse, sin qui esposte, occorre ora esaminare e presagire (in attesa del decreto ministeriale che regolerà il sistema delle qualificazioni) quale possa essere il regime da applicarsi una volta terminato il periodo transitorio. Si seguirà, in particolare, l'idea che accomuna in un'unica disciplina giuridica tutti i consorzi (d'altronde, le conseguenze plausibilmente discendenti dall'isolamento regolatorio dei consorzi di servizi e forniture sono già state esaminate in precedenza).

A tal riguardo possono essere formulate le seguenti considerazioni. Si premette che le osservazioni appresso svolte non assumono il termine *"qualificazione"* in senso tecnico (tipico della disciplina dei lavori) ma generico (come riferito alla titolarità dei requisiti in ciascuno dei tre settori dei lavori, servizi e delle forniture). Il primo comma dell'art. 47 afferma chiaramente che i consorzi posseggono e comprovano i requisiti di capacità tecnica e finanziaria secondo le modalità dettate dal codice. Il consorzio stabile, dunque, risulta accomunato ad ogni altro operatore economico, al quale è riconosciuta la possibilità di comprovare i requisiti in parola singolarmente (se titolare dei medesimi), ovvero in mancanza di ricorrere alla costituzione di raggruppamenti temporanei (o ad una delle altre forme associative dell'art. 45) o, ancora, di stipulare contratti di avvalimento (o subappalto necessario) nei limiti ammessi dalle norme settoriali. Ciò con un'unica deroga: in nome del mutualismo tipico dell'istituto, è data la possibilità di cumulare (alla rinfusa) mezzi, organico medio e attrezzature, sicché il consorzio sarà ritenuto titolare in proprio dei requisiti di partecipazione nonostante abbia cumulato i requisiti innanzi citati delle sue consorziate. Da questa impostazione sembra discendere che in sede di partecipazione alle gare, il consorzio stabile che si sia qualificato in proprio, sfruttando il mutualismo che l'art. 47, comma 1 consente di avere in ordine a mezzi e attrezzature, non dovrà indicare alcuna impresa consorziata esecutrice, potendo attingere alla comune struttura di impresa, come fosse la propria (la norma non dice che il cumulo

abbia come riflesso l'obbligo di indicare in gara alcuna consorziata esecutrice ma esplicita unicamente la facoltà di avvalersi di quegli elementi in sede di qualificazione). In questi termini, la norma pare declinare l'idea della creazione di una comune struttura di impresa, data proprio dalla facoltà di attingere al patrimonio di ciascuna delle consorziate, in nome del mutualismo consortile.

Quanto al secondo comma dell'art. 47, pare necessario rileggerlo all'unisono con il primo comma; pertanto la possibilità di qualificarsi in proprio che anche il secondo comma riconosce non dovrebbe avere un significato differente da quello appena illustrato. L'art. 47, però, riconosce al consorzio – laddove manchi di un'autonoma capacità di requisiti – di qualificarsi in gara a mezzo delle proprie consorziate esecutrici ovvero mediante avvalimento delle consorziate non esecutrici. Questa disposizione sembra espressione di un intendimento legislativo volto per un verso a salvaguardare il mutualismo consortile (il consorzio non qualificato può avvalersi delle consorziate che lo siano), per altro ad assicurare l'interesse pubblico alla qualificazione del soggetto che materialmente si dedicherà all'esecuzione della commessa (l'impresa esecutrice che deve essere qualificata). In questi termini, la norma – pur nel silenzio espresso – suggerisce il superamento non solo dell'indiscriminato accesso al cumulo alla rinfusa quale sistema di qualificazione in proprio (limitandolo viceversa ai soli mezzi, attrezzature ed organico medio) ma anche dell'idea, cara alla tradizione dell'istituto, secondo cui, una volta qualificatosi in gara, il consorzio avrebbe sempre facoltà di ridistribuire l'esecuzione della commessa al proprio interno, anche in favore di imprese non qualificate. Il riferimento espresso all'istituto dell'avvalimento avvalora questa prospettiva. La norma, invero, non affronta, espressamente, il tema della possibilità per un consorzio, qualificato in proprio, di avvalersi di una consorziata non qualificata (il comma secondo, infatti, si riferisce alla sola ipotesi di consorzio non qualificato che si avvale di esecutrice qualificata). Nel silenzio della legge, potrebbe addirittura ritenersi che il legislatore abbia assunto la mutualità consortile esclusivamente in una triplice veste: a) qualificazione in proprio (sia pur con facoltà di ricorrere alla mutualità del comma 1, dell'art. 47) ed esecuzione ugualmente in proprio; b) esecuzione a mezzo di consorziata qualificata, non essendolo il consorzio; c) avvalimento da parte del consorzio o da parte della consorziata di altra ditta consortile. In realtà in nome del mutualismo consortile, non sembra doversi escludere che al consorzio qualificato in proprio sia precluso di avvalersi di imprese consorziate e ritenere che il ricorso a quest'ultime sia lecito solo in caso di consorzio non qualificato. Cionondimeno la previsione del comma secondo circa la necessaria qualificazione delle consorziate esecutrici (oltre al richiamo all'avvalimento) sembra offrire un indirizzo preciso in ordine alla generale necessità delle ditte esecutrici di disporre di qualificazioni corrispondenti alla quota di esecuzione imputata loro. Diversamente, ritenendo indispensabile la simmetria tra qualificazione ed esecuzione

unicamente solo in caso di ricorso ad imprese consorziate per mancanza di qualificazione in proprio del consorzio, l'intero sistema verrebbe a patire una asimmetria non adeguatamente spiegabile. Non si capirebbe, infatti, perché la qualificazione dell'impresa esecutrice sia indispensabile in caso di consorzio non qualificato e non lo sarebbe in caso di consorzio qualificato. Da questo punto di vista, l'idea che nel secondo caso la richiesta dei requisiti è soddisfatta a monte dal consorzio qualificato non risulta appagante, dal momento che si risolve in una sorta di "cartolarizzazione" delle qualificazioni creando una simmetria tra momento della gara (a qualificazione obbligatoria) e fase esecutiva (a qualificazione non necessitata in capo all'esecutrice) in contrasto con il profondo nesso funzionale tra qualificazione e momento esecutivo tipico di un sistema di evidenza pubblica basato sulle capacità concrete degli operatori economici volto a preservare il pubblico interesse nella fase esecutiva.

Questa prospettiva rende rilevante il raffronto con i sistemi di qualificazione ed esecuzione nell'ambito degli appalti pubblici, propri delle altre forme di cooperazione tra operatori economici, previste ai fini della partecipazione ad una gara pubblica. Ciò al fine di evidenziare come l'idea della necessaria qualificazione delle ditte materialmente esecutrici risulti, invero, tutt'altro che organica e generalizzata nel sistema della contrattualistica pubblica. Ed infatti, mentre nel settore dei lavori detta qualificazione è sempre richiesta (anche in caso di suddivisione della commessa tra membri di ATI; si veda da ultimo la recentissima Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 27 marzo 2019, n. 6) e nonostante l'inasprimento delle regole relative all'istituto dell'avvalimento (volto proprio all'effettività del trasferimento "in cantiere" delle capacità), tanto l'istituto della cooptazione che quello dei raggruppamenti temporanei nei settori dei servizi e delle forniture testimoniano la sussistenza di logiche differenti.

Per quel che concerne i raggruppamenti temporanei di imprese, si riscontra, nell'ambito degli appalti di servizi e forniture, l'idea che la richiesta dei requisiti, ai fini della qualificazione in una gara pubblica, sia soddisfatta dal raggruppamento nel suo complesso, non essendo più vigente *ex lege* il principio di necessaria corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa e la quota della prestazione di rispettiva pertinenza.

L'orientamento, maggioritario in giurisprudenza, è stato espresso, da ultimo, da una recente sentenza del Consiglio di Stato (Consiglio di Stato, Sez. III, 21 gennaio 2019, n. 491) la quale opera una ricostruzione della questione della corrispondenza dei requisiti di partecipazione, qualificazione ed esecuzione in capo alle imprese riunite in RTI concorrenti in una gara pubblica, alla luce del vecchio e del nuovo codice dei contratti e sottolineando la differenza della disciplina esistente per il settore dei lavori da quella esistente per i settori dei servizi e delle forniture. Il Giudice Amministrativo afferma sul punto che: "*L'art. 92, comma 2, del d.P.R. 207/2010 sancisce*

il principio di necessaria corrispondenza tra le quote di partecipazione al raggruppamento e i requisiti di qualificazione posseduti. Tale disposizione è stata mantenuta in vigore dall'art. 217, comma 1, lettera u), del d.lgs. 50/2016, in attesa dell'adozione degli atti attuativi del nuovo codice dei contratti pubblici, mentre, a regime, detto d.lgs. prevede l'obbligo, nel caso di lavori, forniture o servizi di specificare nell'offerta "le categorie di lavori o le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati" (art. 48, comma 4) e stabilisce, per i raggruppamenti temporanei, che "nel bando sono indicate le eventuali misure in cui gli stessi requisiti devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti" (art. 83, comma 4, nel testo modificato dal d.lgs. 157/2017). Dopo l'intervento dell'Adunanza Plenaria n. 27/2014, non può dubitarsi che negli appalti di servizi e forniture non vige ex lege il principio di necessaria corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa e la quota della prestazione di rispettiva pertinenza, essendo la relativa disciplina rimessa alle disposizioni della lex specialis della gara, con la precisazione che per i servizi e forniture, per i quali non vi è un sistema di qualificazione SOA normativo, spetta alla stazione appaltante decidere se introdurre sistemi di qualificazione e in che misura disporre la ripartizione in sede di ATI. Conseguentemente, qualora non sia richiesta dalla lex specialis la corrispondenza tra le quote di qualificazione e quelle di esecuzione (segnatamente là dove i requisiti di capacità tecnica siano previsti per l'intero raggruppamento, senza alcuna distinzione in relazione ai componenti) e in assenza di una norma imperativa con valenza etero integrativa, non può disporsi l'esclusione del concorrente in caso di insussistenza di detta corrispondenza (cfr. Cons. Stato, III, n. 6471/2018)". Già precedentemente, in senso positivo in merito alla possibilità che un'impresa, facente parte di un RTI, esegua i lavori senza avere gli effettivi requisiti di qualificazione ma giovandosi della titolarità degli stessi in capo al gruppo nel suo complesso si era espresso, recentemente, il TAR Puglia, Bari, Sezioni Unite, 1 ottobre 2018, n. 1250 affermando che: "E' possibile che nelle gare per l'affidamento di servizi cui partecipino RTI, nel caso di mancata definizione della soglia minima da parte della stazione appaltante, il servizio oggetto di gara possa essere svolto da esecutori privi del requisito. Nelle procedure di gara per l'affidamento di servizi cui partecipino raggruppamenti temporanei di imprese il possesso dei requisiti speciali di partecipazione "può", ma non "deve" attestarsi su una soglia minima, trattandosi di scelta rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante. Ne consegue che, nell'ipotesi di mancata definizione della soglia minima da parte della stazione appaltante, il servizio oggetto di gara può essere svolto da esecutori privi del requisito purché, naturalmente, il ridetto requisito sia posseduto cumulativamente dal raggruppamento. L'art. 83, comma 8, del d.lgs. 50/2016, infatti, dopo aver previsto che le stazioni appaltanti indichino le condizioni di partecipazione richieste, stabilisce che, per i raggruppamenti temporanei d'impresa, l'indicazione nel bando delle misure in cui i requisiti medesimi devono essere posseduti dai singoli partecipanti è meramente eventuale. Tutto questo risulta, d'altronde, essere pienamente conforme alla finalità propria del vincolo associativo dei

raggruppamenti temporanei d'impresa, nonché in linea con il generale principio del favor participationis nelle gare pubbliche".

Viceversa, per quanto riguarda il settore dei lavori, il Consiglio di Stato con la recentissima Adunanza Plenaria n. 6 del 27 marzo 2019 ha pronunciato il seguente principio di diritto: *" In applicazione dell'art. 92, co. 2, DPR 5 ottobre 2010 n. 207, la mancanza del requisito di qualificazione in misura corrispondente alla quota dei lavori, cui si è impegnata una delle imprese costituenti il raggruppamento temporaneo in sede di presentazione dell'offerta, è causa di esclusione dell'intero raggruppamento, anche se lo scostamento sia minimo ed anche nel caso in cui il raggruppamento nel suo insieme (ovvero un'altra delle imprese del medesimo) sia in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all'esecuzione dell'intera quota di lavori".* Già precedentemente, infatti, pur essendo venuto meno l'obbligo di corrispondenza tra quote di partecipazione al raggruppamento e quote di esecuzione dei lavori, si era formato un orientamento secondo il quale, *"se le imprese componenti il raggruppamento dichiarano, in sede di offerta, una quota di partecipazione corrispondente alla quota di lavori da eseguire, è necessario che il requisito di qualificazione sia coerente con entrambi"* (cfr. Cons. Stato, V, n. 4036/2018, n. 3623/2018, n. 730/2018, n. 3666/2016). Era stato anche puntualizzato (cfr. Cons. Stato, VI, n. 5919/2018), che i requisiti di qualificazione devono 'coprire' la quota di partecipazione dichiarata nell'offerta, nel senso che possono essere posseduti in eccesso, ma non in difetto rispetto alla quota dichiarata". Il T.A.R. Bolzano, Trentino-Alto Adige Sez. I, 5 aprile 2018, n.113, ha, inoltre, affermato il principio in base al quale il raggruppamento temporaneo può modificare dopo l'aggiudicazione le quote originarie di esecuzione rispetto a quelle di partecipazione, ciò in virtù della netta distinzione tra requisiti di partecipazione, di qualificazione e di esecuzione dei lavori da parte dei raggruppamenti di imprese. Tuttavia, l'esigenza primaria che viene in rilievo è che la singola impresa che esegue i lavori sia dotata dei necessari requisiti di qualificazione, a prescindere da una corrispondenza degli stessi con le quote di partecipazione.

Quanto, invece, alla disciplina prevista in tema di imprese cooptate, si rammenta che tale forma associativa tra imprese è prevista all'articolo 92, comma 5 del DPR 207/2010. Tale disposizione stabilisce che le imprese raggruppate, già di per sé in possesso della necessaria qualificazione, possono associare altre imprese qualificate anche per categorie e importi diversi da quelli previsti dal bando, a condizione che tali ultime imprese – appunto le così dette "cooptate" – eseguano lavori nei limiti del 20% dell'importo complessivo dell'appalto e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni da esse possedute sia almeno pari all'importo dei lavori affidati alle medesime. La *ratio* dell'istituto risulta essere quella di consentire a imprese già qualificate nel settore dei lavori pubblici, ma per importi e categorie diversi da quelle richiesti per la specifica gara, di partecipare comunque alla stessa, all'evidente fine di maturare competenze diverse e ulteriori da quelle al momento possedute, così da facilitare la loro penetrazione sul mercato. Sulla base di tale *ratio*, emerge la natura



derogatoria e eccezionale della disciplina delle imprese cooptate, la quale comporta che le stesse – avendo una funzione aggiuntiva nell'ambito del raggruppamento – non devono necessariamente possedere tutti i requisiti richiesti alle altre imprese componenti il raggruppamento, ma solo quelli esplicitamente indicati dalla norma (derogatoria) di riferimento. Tuttavia, non può sottacersi la necessità, segnalata dalla giurisprudenza prevalente ed insita nell'interesse generale alla qualità dei lavori pubblici, che tali imprese cooptate posseggano comunque i requisiti di qualificazione richiesti per le prestazioni di propria pertinenza. In merito, relativamente al tema della necessaria corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa e la quota della prestazione di rispettiva pertinenza, si è pronunciato da ultimo il Consiglio di Stato, Sez. V, 13 giugno 2018, n. 3623, ai sensi del quale: *“Seppure non vige più il principio di necessaria corrispondenza tra requisiti di partecipazione e prestazioni da eseguire, essendo la relativa disciplina rimessa alle disposizioni della lex specialis (Cons. Stato, Ad. Plen., 28 agosto 2014, n. 27), permane la necessità che ciascuna impresa sia qualificata per la parte di prestazioni che si impegna ad eseguire (Cons. Stato, V, 22 agosto 2016, n. 3666), specie negli appalti di lavori, ove tale disciplina è prevista anche dall'art. 92, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010.”* Ancora, il Consiglio di Stato, Sez. V, 10 settembre 2018, n. 5282 ha statuito, al fine di scongiurare un utilizzo dell'istituto della cooptazione a fini elusivi dei necessari requisiti di qualificazione, che: *“Il carattere eccezionale e derogatorio dell'istituto della cooptazione impone di ritenere che gli operatori economici che intendono avvalersene devono presentare una dichiarazione espressa ed univoca, per evitare un uso improprio con finalità elusive della disciplina inderogabile in tema di qualificazione e di partecipazione alle procedure di evidenza pubblica”*. Più dettagliatamente, in merito ai requisiti di qualificazione richiesti alle imprese cooptate ai fini dell'esecuzione dei lavori di loro pertinenza, si è espresso recentemente il T.A.R. Bolzano, Trentino-Alto Adige, Sez. I, 20 dicembre 2016, n. 354. Il Giudice amministrativo ha in quella sede affermato che il legislatore ha riservato all'impresa cooptata un ruolo nella sola fase esecutiva della gara, coerentemente con la finalità dell'istituto, al di fuori del vincolo associativo di partecipazione. Conseguentemente, l'obbligo di dimostrare il possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 non può essere legittimamente esteso dal bando anche alle imprese cooptate, perché in aperto contrasto con l'art. 92, comma 5, d.P.R. n. 207/2010, che è norma di carattere eccezionale. Il TAR chiarisce, infatti, che il raggruppamento temporaneo e la cooptazione sono due istituti diversi per chiara volontà del legislatore. Al raggruppamento cooptante viene richiesto di possedere tutti i requisiti per partecipare alla gara; l'impresa cooptata, invece, non definita dal legislatore « concorrente », non deve avere tutti i requisiti generali e, quanto ai requisiti speciali, può possedere una qualificazione anche per categorie e classifiche diverse da quelle richieste dal bando; i lavori « eseguiti » dall'impresa cooptata non devono superare il 20% dell'importo complessivo dell'appalto. Ciononostante, il TAR statuisce che

l'impresa cooptata deve necessariamente ed imprescindibilmente coprire con le classifiche relative alle qualificazioni possedute l'intero importo dei lavori che le saranno affidati. La finalità dell'istituto, come già detto, è quella di consentire a imprese già qualificate nel settore dei lavori pubblici, «*prive dei requisiti di cui ai commi 2 e 3 dello stesso D.P.R. n. 207 del 2010*», di partecipare alle gare, così maturando capacità tecniche in categorie di lavori diverse rispetto a quelle per le quali le stesse siano già iscritte. Dunque l'idoneità complessiva del concorrente è garantita dal possesso dei requisiti da parte delle imprese singole o associate che già, *ex se*, sarebbero in grado di partecipare alla gara, a cui, secondo la previsione del legislatore, viene aggiunto un *quid pluris*, rappresentato dalle potenzialità, anche minime o eterogenee delle imprese minori cooptate, che comunque non può che aumentare la potenzialità complessiva del soggetto partecipante.

Per contro a segnalare le ambivalenze di un sistema che non appare del tutto coerente, nel vigente sistema dei contratti pubblici risultano assai stringenti le condizioni previste ai fini dell'utilizzo dell'istituto dell'avvalimento, *ex art. 89 d.lgs. 50/2016*, introdotte proprio al fine di contrastare il fenomeno della cartolarizzazione dei requisiti e nell'ottica di preservare la qualità della fase esecutiva mediante l'imputazione delle attribuzioni in capo a soggetti effettivamente competenti (o divenuti realmente tali in virtù del contratto di avvalimento). In tal senso si è espresso, recentemente, il Consiglio di Stato, Sez. III, 5 marzo 2018, n.1338, affermando che: *"Non è consentito ai concorrenti, privi di taluni requisiti di qualificazione, di ottenerli in prestito, attraverso l'istituto dell'avvalimento, al fine di partecipare alle gare d'appalto senza che sussistano adeguate garanzie circa l'effettivo impiego e disponibilità, in fase di esecuzione contrattuale, delle risorse necessarie; l'impresa ausiliaria deve mettere a disposizione del concorrente non i requisiti di qualificazione, intesi come valore astratto, bensì le risorse ed i mezzi che li sostanziano e di cui l'ausiliata è carente per l'esecuzione del contratto; tanto perché l'avvalimento, per com'è configurato dalla legge, deve essere reale e non astratto, cioè non è sufficiente "prestare" il requisito o la certificazione posseduta ed al contempo assumere sul punto impegni del tutto generici, a pena di svuotare di significato l'essenza dell'istituto, che serve non già ad arricchire la capacità tecnica ed economica del concorrente, bensì a consentire a soggetti che ne siano sprovvisti di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti"*. Si veda anche Consiglio di Stato, Sez. IV, 26 luglio 2017, n. 3682, il quale ha disposto che: *"Se è vero che nelle gare pubbliche, ai fini della determinabilità dell'oggetto, il contratto di avvalimento non deve spingersi sino alla rigida quantificazione dei mezzi d'opera, alla esatta indicazione delle qualifiche del personale messo a disposizione, alla indicazione numerica dello stesso personale, non può negarsi che in esso non possono però mancare l'individuazione delle esatte funzioni che l'impresa ausiliaria andrà a svolgere, direttamente o in ausilio all'impresa ausiliata, e i parametri cui rapportare le risorse messe a disposizione; ed invero, per essere determinabile, l'oggetto (accessivo a*



contratto concernente la conduzione e manutenzione delle linee di smistamento bagagli e la manutenzione di scale mobili e ascensori) deve prevedere: a) la messa a disposizione di personale qualificato, specificando se per la diretta esecuzione del servizio (di smistamento bagagli o di manutenzione di scale mobili e ascensori) o per la formazione del personale dipendente dell'impresa ausiliata; b) i criteri per la quantificazione dello stesso in ragione di variabili collegate al numero dei nastri esistenti ovvero degli ascensori e delle scale mobili, al volume del traffico aereo e alla sua variabilità; in mancanza di criteri di determinabilità possono essere concreti i rischi di un uso strumentale del contratto di avvalimento e diviene rilevante l'esigenza di prevenirli".

Ferma questa digressione, ritornando all'art. 47, il primo e il secondo comma sembrano dischiudere per i consorzi stabili le seguenti facoltà organizzative:

- il consorzio può partecipare alla gara in proprio (mutualizzando unicamente mezzi, organico medio annuo e attrezzature al fine della copertura dei requisiti), senza necessità di indicare imprese consorziate quali esecutrici e ferma la facoltà di attingere al patrimonio di attrezzature e mezzi di queste in fase esecutiva;
- il consorzio può presentarsi in gara nell'ambito di un raggruppamento temporaneo ovvero partecipare ancora una volta in proprio nei termini anzidetti ovvero all'occorrenza ricorrendo all'avvalimento di imprese consorziate e/o di soggetti terzi estranei al consorzio (tale ultima possibilità trova fondamento nell'art. 47, comma 1 riconosce al consorzio la facoltà di qualificarsi ai sensi del codice);
- il consorzio può indicare in sede di gara, come esecutrici, le imprese consorziate qualificate (sia nel caso in cui il consorzio sia qualificato in proprio, sia nel caso in cui non lo sia), le quali a propria volta possono avvalersi delle consorziate qualificate ma non esecutrici.

Il ricorso all'avvalimento da parte delle consorziate esecutrici, sia nel caso di avvalimento di altre consorziate sia di soggetti terzi, non sembra incorrere nel divieto di avvalimento a cascata. Di contrario avviso sembra l'ANAC, la quale all'art. 55 (Divieto di avvalimento a cascata) della *"Proposta finalizzata all'adozione del decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti di cui all'articolo 83, comma 2, del decreto legislativo 50/2016 avente ad oggetto il sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro"*, precisa che rientra tra le fattispecie (vietate) dell'avvalimento a cascata anche il caso in cui l'impresa consorziata indicata come esecutrice si avvalga dei requisiti di un'impresa non appartenente al consorzio¹⁹. La posizione, invero, appare non condivisibile alla luce

¹⁹ Articolo 55 – Divieto di avvalimento a cascata

1. Si ha un avvalimento a cascata, vietato dall'articolo 89, comma 6, del codice dei contratti pubblici, quando un'impresa ausiliaria si avvale a sua volta dei requisiti di un'altra impresa. Rientra tra le fattispecie dell'avvalimento a cascata anche il caso in cui l'impresa consorziata indicata come esecutrice si avvalga dei requisiti di un'impresa non appartenente al consorzio.

2. Nel caso previsto all'articolo 30, commi 4 e 5, il progettista indicato in sede di offerta non può avvalersi a sua volta di altro soggetto per la dimostrazione dei requisiti richiesti.

del mutualismo organicistico connaturale alla natura dei consorzi stabili, in virtù del quale - sia che si tratti del consorzio in quanto tale sia che si tratti del consorzio che abbia attinto, coinvolgendole direttamente nell'esecuzione della commessa, alle imprese consorziate qualificate - l'avvalimento risulta pur sempre di primo livello e, dunque, non a cascata. Ciò anche nel caso di impresa consorziata esecutrice che si avvale di un'ausiliaria terza, dal momento che è la prima, almeno nelle porzioni a lei affidate, il materiale esecutore del contratto aggiudicato al consorzio mentre quest'ultimo rileva nella sua funzione di mero centro organizzativo (sicché sotto il profilo materiale l'avvalimento è sempre diretto e non di seconda istanza, dunque a cascata).

Tanto chiarito non può sottacersi che l'orientamento dell'ANAC - specificamente dedicato al momento statico della qualificazione SOA - sembra divergere da quanto appena illustrato. Sul tema appare assai conveniente la proposta dell'ANAC denominata *"Proposta finalizzata all'adozione del decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti di cui all'articolo 83, comma 2, del decreto legislativo 50/2016 avente ad oggetto il sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro"*. Vi si legge, in particolare (art. 41), che la qualificazione dei consorzi stabili è ottenuta sulla base dei requisiti maturati dalle singole consorziate ed è conseguita con riferimento a una determinata categoria di opere generali o specialistiche per la classifica corrispondente alla somma di quelle possedute dalle imprese consorziate. A tale qualificazione possono essere sommati i requisiti eventualmente maturati in proprio dal consorzio²⁰.

²⁰ Articolo 41 - Consorzi stabili e reti d'impresa.

1. Ai consorzi stabili si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui al capo II del titolo X del libro quinto del codice civile, nonché l'articolo 105 del codice dei contratti pubblici. È vietata la partecipazione a più di un consorzio stabile.

2. La qualificazione dei consorzi stabili è ottenuta sulla base dei requisiti maturati dalle singole consorziate ed è conseguita con riferimento a una determinata categoria di opere generali o specialistiche per la classifica corrispondente alla somma di quelle possedute dalle imprese consorziate. A tale qualificazione possono essere sommati i requisiti eventualmente maturati in proprio dal consorzio. Per la qualificazione alla classifica di importo illimitato, è in ogni caso necessario che il consorzio o 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 IX e almeno due con classifica VII o superiore, ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno tre con qualificazione per classifica VIII. Per la qualificazione per prestazioni di progettazione e costruzione, nonché per la fruizione dei meccanismi premiali di cui all'articolo 93, comma 7, del codice, è in ogni caso sufficiente che i corrispondenti requisiti siano posseduti da almeno una delle imprese consorziate. Qualora la qualificazione risultante dalla somma dei requisiti di cui sopra non coincida con una delle classifiche di cui all'allegato A, 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.

3. La qualificazione mediante sommatoria dei requisiti delle singole imprese consorziate è attribuita a seguito di verifica dell'effettiva sussistenza in capo alle singole consorziate dei corrispondenti requisiti.

4. I consorzi stabili che abbiano conseguito l'attestazione di qualificazione mediante sommatoria dei requisiti delle singole imprese consorziate possono dimostrare il requisito relativo alle attrezzature tecniche di cui

Stando, dunque, all'ANAC, l'ottenimento in proprio delle qualificazioni SOA da parte del consorzio stabile potrà avvenire – in coerenza con la prospettiva assunta nel vecchio codice (art. 36, comma 7) e sempre che l'atteso decreto ministeriale faccia propria la prospettiva dell'ANAC – sulla base dei requisiti maturati dalle singole consorziate, nei termini di cui all'art. 41, comma 2 della *Proposta finalizzata all'adozione del decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti di cui all'articolo 83, comma 2, del decreto legislativo 50/2016 avente ad oggetto il sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro*, cui si aggiunge la facoltà di sommare i requisiti propri del consorzio.

Tale esegesi sembra invero collidere con la lettera dell'art. 47, comma 1 ed i limiti al cumulo in essa posti e parrebbe fondarsi sulla specificità del sistema di qualificazione nei lavori posta dal comma secondo dell'art. 47, la quale, invero, per le ragioni anzidette, non risulta comunque facilmente ritraibile né dall'art. 47, comma 2, né dall'esame complessivo dell'intero articolo (tenuto conto del portato di incertezza sistematica discendente da una diversificazione di disciplina tra lavori da una parte e servizi e forniture dall'altra).

all'articolo 28, comma 7, mediante l'attrezzatura in dotazione stabile ai propri consorziati; il requisito relativo all'organico medio annuo di cui all'articolo 28, comma 9, attraverso il costo del personale dipendente proprio e dei soggetti consorziati.

5. 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 e 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.

6. 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 al consorzio stabile.

7. Le SOA che hanno rilasciato l'attestazione di qualificazione a consorzi stabili hanno l'obbligo di comunicare, entro sette giorni, il rilascio delle attestazioni di qualificazioni alle SOA che hanno emesso le attestazioni delle imprese aderenti, affinché queste provvedano a rilasciare una attestazione di qualificazione aggiornata alla luce della partecipazione al consorzio.

8. La durata dell'attestazione di qualificazione di un consorzio stabile è quella indicata all'articolo 84, comma 11, del codice dei contratti pubblici; nel caso in cui l'attestazione di uno dei consorziati scada prima dei tre anni ovvero dei cinque anni (scadenza intermedia) - come pure nei casi di variazione di classifica o di categorie delle attestazioni dei consorziati o di variazione dei soggetti consorziati qualora esse comportino una riduzione della qualificazione posseduta - il consorzio deve richiedere alla SOA l'adeguamento della propria attestazione.

9. L'attestazione di un consorzio stabile deve riportare la data di scadenza intermedia qualora essa sia precedente a quella di verifica triennale e - per le attestazioni rilasciate in sede di verifica triennale o dopo la suddetta verifica - qualora la scadenza intermedia sia precedente la scadenza quinquennale dell'attestazione.

10. Le disposizioni del presente articolo si applicano alle imprese aderenti al contratto di rete alle condizioni indicate dall'articolo 48, comma 14, del codice dei contratti pubblici. Ai fini previsti all'articolo 69, i consorzi e le imprese di rete comunicano all'Osservatorio centrale, entro trenta giorni dal loro verificarsi, le variazioni della composizione del consorzio o della rete.

Si rileva infine che la proposta dell'ANAC non prende posizione espressa sul tema della sussistenza o meno di vincoli alla facoltà del consorzio di ridistribuire liberamente la commessa tra le proprie consorziate esecutrici.

Si rammenta, tuttavia, che nel documento di consultazione della *Proposta finalizzata all'adozione del decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti di cui all'articolo 83, comma 2, del decreto legislativo 50/2016 avente ad oggetto il sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro* era stato sviluppato un insieme di possibilità: a) necessità dell'integrale qualificazione in misura corrispondente alla quota di lavori assunta dall'esecutrice; b) ammettere che la consorziata possa eseguire i lavori anche in assenza di qualificazione per la corrispondente categoria e classifica; c) prevedere una disciplina simile a quella introdotta per le imprese cooptate; d) scegliere una consorziata qualificata per le categorie richieste dal bando (ovvero indicare quale impresa esecutrice una consorziata non qualificata che dovrà avvalersi dei requisiti di altra consorziata qualificata). Il medesimo documento di consultazione al comma 6, dell'art. 23 prevedeva: *"I consorzi stabili eseguono i lavori o con la propria struttura o tramite le consorziate indicate in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante. Se la consorziata esecutrice non è in possesso della qualificazione nella categoria richiesta per l'esecuzione dei lavori, la stessa deve avvalersi dei requisiti di altra impresa consorziata con le modalità indicate nella proposta al MIT finalizzata all'adozione del decreto di cui all'art. 83, comma 2, del codice nella parte relativa ai casi e alle modalità di avalimento"*.

Si sono innanzi espone le ragioni che portano a ritenere preferibile la soluzione di cui al punto d).