

9 FEBBRAIO 2022

Considerazioni sul criterio di
qualificazione dei consorzi stabili negli
appalti pubblici c.d. del “cumulo alla
rinfusa”

di Francesco Scalia

Professore straordinario di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale

Considerazioni sul criterio di qualificazione dei consorzi stabili negli appalti pubblici c.d. del “cumulo alla rinfusa”*

di Francesco Scalia

Professore straordinario di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale

Abstract [It]: Il criterio c.d. del “cumulo alla rinfusa”, ovvero la possibilità per i consorzi stabili di qualificarsi nelle gare di affidamento di appalti pubblici utilizzando i requisiti delle proprie consorziate, è il protagonista di una storia travagliata, costellata di confusi, a volte contraddittori, interventi normativi e di contrastanti interpretazioni dottrinarie e giurisprudenziali. L’ultimo tratto di questa storia è segnato dal D.L. 18 aprile 2019, n. 32 (c.d. “sblocca cantieri”) e da un *obiter dictum* della sentenza dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 18 marzo 2021, n. 5. Il saggio, muovendo da un rapido cenno all’istituto del consorzio stabile, ripercorre questa storia, per poi analizzare con considerazioni (assai) critiche la citata pronuncia dell’Adunanza Plenaria nella parte in cui l’alto consesso esplica la sua funzione nomofilattica (anch’essa comunque rilevante per l’oggetto della presente indagine) e argomentare perché, invece, l’*obiter dictum* colga il portato dell’ultimo intervento del legislatore.

Title: Considerations on the qualification criterion for stable consortia in public procurement, so-called “cumulation in bulk”.

Abstract [En]: The criterion of the “reliance on the capacities of other entities”, the so-called the “*cumulo alla rinfusa*” i.e., the possibility for permanent consortiums to qualify in public procurement tenders using the requirements of their members, is the protagonist of a tormented story, studded with confused, sometimes contradictory, legal measures and with conflicting doctrinal and jurisprudential interpretations. The last section of this story is highlighted by the D.L. 18 April 2019, n. 32 (the so-called “*sblocca cantieri*”) and by an *obiter dictum* of the judgment of the State Council Plenary Assembly of 18 March 2021, n. 5. This paper retraces this story by starting with a quick nod to the institute of the permanent consortium. Then, it analysis and provides (very) critical considerations on the above-mentioned ruling of the Plenary Session expressly, the part in which the High Assembly fulfils its nomophilactic function (also relevant to the subject of this research) and argues why, instead, the *obiter dictum* captures the result of the last intervention made by the Legislator.

Parole chiave: Consorzio stabile, cumulo alla rinfusa, Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, interpretazione, contrasto giurisprudenziale

Keywords: Permanent consortium, reliance on the capacities of other entities, State Council, Plenary Session, legal interpretation, jurisprudential contrast

Sommario: 1. Premessa. 2. Il consorzio stabile. 3. La “travagliata” storia del criterio di qualificazione c.d. del “cumulo alla rinfusa”. 4. *Segue.* Il sistema introdotto dal «nuovo» codice dei contratti *ante* correttivo. 5. *Segue.* L’art. 47, comma 2, *post* correttivo. 6. *Segue.* La sentenza dell’Adunanza Plenaria n. 5 del 2021. 7. *Segue.* Considerazioni critiche sulla sentenza dell’Adunanza Plenaria. 8. La disciplina vigente del “cumulo alla rinfusa”. 9. *Segue.* Il primo comma dell’art. 47. 10. *Segue.* Il secondo comma dell’art. 47. 11. *Segue.* Il comma 2-*bis* dell’art. 47. 12. Conclusioni.

* Articolo sottoposto a referaggio.

1. Premessa

Il criterio c.d. del “cumulo alla rinfusa”, ovvero la possibilità per i consorzi stabili di qualificarsi nelle gare di affidamento di appalti pubblici utilizzando i requisiti delle proprie consorziate, è il protagonista di una storia travagliata, costellata di confusi, a volte contraddittori, interventi normativi e di contrastanti interpretazioni dottrinarie e giurisprudenziali.

L'ultimo tratto di questa storia è segnato dal D.L. 18 aprile 2019, n. 32 (c.d. “sblocca cantieri”) e da un *obiter dictum* della sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 18 marzo 2021, n. 5¹.

Chi scrive ritiene che l'ultimo intervento del legislatore abbia contribuito a far chiarezza sul criterio di qualificazione oggetto di indagine e che la portata di tale intervento sia stata correttamente colta dall'alto consesso della giustizia amministrativa. La giurisprudenza dei Tribunali Amministrativi Regionali è di contrario avviso e, muovendo dalla considerazione che la pronuncia dell'Adunanza sul punto è fuori dal perimetro della sua funzione nomofilattica, se ne discosta apertamente.

Il saggio, muovendo da un rapido cenno all'istituto del consorzio stabile, ripercorre questa storia, per poi analizzare con considerazioni (assai) critiche la citata pronuncia dell'Adunanza Plenaria nella parte in cui l'alto consesso esplica la sua funzione nomofilattica (anch'essa comunque rilevante per l'oggetto della presente indagine) e argomentare perché, invece, l'*obiter dictum* colga il portato dell'ultimo intervento del Legislatore.

2. Il consorzio stabile

Il consorzio stabile è stato introdotto nel nostro ordinamento dall'art. 10, comma 1, lett. c), L. 11 febbraio 1994, n. 109, all'esito di un «*pervorso di tipizzazione normativa del fenomeno della cooperazione tra imprese*»² nell'esecuzione di commesse pubbliche, che ha visto nel tempo il riconoscimento delle associazioni temporanee di imprese e dei consorzi di cooperative di produzione e lavoro regolati dalla L. 25 giugno 1909, n. 422, con l'art. 20, L. 8 agosto 1977, n. 584³, e la disciplina dei consorzi ordinari, con L. 17 febbraio 1987, n. 80. Esso rappresenta una particolare categoria dei consorzi disciplinati dal codice civile⁴ ed è soggetto, pertanto, sia alla disciplina generale dettata dallo stesso codice, sia a quella speciale dettata dal codice dei contratti pubblici⁵.

¹ ECLI:IT:CDS:2021:5APLE, in www.giustizia-amministrativa.it.

² S. ABRATE, *Consorzio stabile*, in *L'amministrativista*, 26 gennaio 2017, p. 2.

³ Di recepimento della direttiva 71/305/CEE.

⁴ F. LATTANZI, *Consorzi stabili*, in M.A. SANDULLI - R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, II, Milano, 2019, p. 595, afferma che l'istituto del consorzio stabile costituisce una evoluzione della figura tradizionale disciplinata dagli artt. 2602 ss. c.c. e si colloca in una posizione intermedia fra le associazioni temporanee e gli organismi societari risultanti dalla fusione fra imprese.

⁵ M. CARDI - S. ABRATE, *Consorzi stabili per la gestione degli appalti*, Roma, 2011, p. 30, che scrivevano nel vigore dell'art. 36, comma 4, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, il quale espressamente disponeva che «*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'art. 118*». La mancata riproduzione

L'istituto si inquadra nel più ampio fenomeno della partecipazione aggregata alle procedure di evidenza pubblica; fenomeno legittimato e presidiato dai principi del *favor participationis* e della neutralità delle forme giuridiche dei soggetti partecipanti alla procedura di gara posti dalla legislazione prima comunitaria e poi euro-unitaria⁶.

Autorevole dottrina⁷ individua nell'art. 19, par. 2, direttiva 2014/24/UE «la base giuridica di modalità partecipativa di una pluralità di operatori economici, la cui tipizzazione viene rimessa al legislatore nazionale, secondo principi di proporzionalità e di non discriminazione», evidenziando che il legislatore interno, in sede di recepimento, non ha colto la portata di tale disposizione, soprattutto alla luce del divieto di *gold plating*, che avrebbe sconsigliato una eccessiva formalizzazione delle diverse tipologie di operatore economico, e indicando proprio nella disciplina del consorzio stabile «una sicura deviazione dall'impianto europeo».

E invero, l'art. 45, comma 2, lett. c), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, indica i consorzi stabili tra i soggetti che rientrano nella definizione di operatori economici, prescrivendo che siano «costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'art. 2615 ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro. I consorzi stabili sono formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa».

L'opera di tipizzazione del legislatore interno si è articolata non solo nella previsione di un numero minimo di partecipanti al consorzio e delle modalità di partecipazione, quant'anche nell'elencazione dei soggetti che possono costituirlo. Il tema del carattere tassativo di tale elenco – sostenuto in dottrina⁸ – è stato, però, superato dall'art. 8 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito dalla l. 11 settembre 2020, n. 120,

dell'espresso rinvio al codice civile nelle disposizioni sui consorzi stabili del nuovo codice degli appalti non va però intesa come limitazione della disciplina degli stessi nell'ambito dello stesso. Ciò sia perché l'art. 30, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 dispone che «per quanto non previsto nel presente codice e negli atti attuativi, [...] alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile» (cfr., in questo senso, P. CARBONE, *La disciplina dei consorzi stabili nel codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, dopo il primo decreto correttivo (d.lgs. n. 56 del 2017)*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, n. 1/2018, pp. 25-26), sia soprattutto perché il consorzio stabile, per sua natura, non può non avere attività esterna, con conseguente necessaria applicazione dell'art. 2612 c.c.. Si veda anche M.G. VIVARELLI, *Commento all'art. 45, d.lgs. n. 50 del 2016*, in G.M. ESPOSITO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici. Commentario di dottrina e giurisprudenza*, I, Torino, 2017, p. 499, che afferma che «è al modulo organizzativo proprio del consorzio con attività esterna (art. 2612 cod. civ.) che si è riferito il codice degli appalti nel configurare la categoria dei consorzi stabili».

⁶ Il principio di neutralità delle forme giuridiche è stato confermato dagli artt. 19, par. 2, della direttiva 2014/24/UE, relativa ai settori ordinari, 37, par. 2, della direttiva 2014/25/UE, relativa ai settori speciali e 26, par. 2, della direttiva 2014/23/UE, relativa alle concessioni, a mente dei quali i raggruppamenti di operatori economici non possono essere obbligati dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori ad avere una forma giuridica specifica ai fini della presentazione di un'offerta o di una domanda di partecipazione.

⁷ F. CARDARELLI, *Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici*, in M.A. SANDULLI - R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, op. cit., spec. pp. 630-631.

⁸ M.G. VIVARELLI, *Commento all'art. 45, d.lgs. n. 50 del 2016*, op. cit., p. 499, afferma che l'elenco dei soggetti che possono costituire i consorzi stabili ha carattere tassativo e comporta che non possono far parte di questi né i consorzi di cooperative, né i consorzi di imprese artigiane e né altri consorzi stabili. Cfr. anche, in tal senso, il commento all'art. 45 del d.lgs. n. 50 del 2016 di A. CHIETTINI, in R. GAROFOLI - G. FERRARI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, VII ed., I, Roma, 2017, p. 831.

che, modificando l'art. 48 del codice, prevede che designato per l'esecuzione da parte di un consorzio stabile possa essere un consorzio fra cooperative di produzione e lavoro o fra imprese artigiane («di cui all'art. 45, comma 2, lett. b»), nel qual caso questi dovrà indicare, in sede di offerta, i consorziati per i quali concorre. Quindi, l'elenco dei soggetti che possono costituire un consorzio stabile non è tassativo, potendo rientrare tra questi sicuramente i consorzi previsti dall'art. 45, comma 2, lett. b)⁹.

È la comune struttura di impresa che caratterizza il consorzio stabile¹⁰, distinguendolo dalle altre forme di partecipazione aggregata alle gare per l'affidamento di contratti pubblici.

⁹ L'art. 48, comma 7, così come modificato, indica come possibili consorziati i soli consorzi previsti dall'art. 45, comma 2, lett. b), ovvero i consorzi di cooperative di produzione e lavoro, costituiti a norma della l. 25 giugno 1909, n. 422, e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, e i consorzi tra imprese artigiane di cui alla l. 8 agosto 1985, n. 443. È da ritenere però che – in ragione anche dell'assimilazione operata in giurisprudenza tra i consorzi di cui alle lettere b) e c) – anche i consorzi stabili possano partecipare alla costituzione di altri consorzi stabili. Infatti, i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro presentano caratteristiche analoghe a quelle dei consorzi stabili, in quanto costituiscono un soggetto giuridico distinto dai consorziati e sono dotati di una struttura permanente (cfr. TAR Campania, Sez. II, 10 novembre 2017, n. 5300, ECLI:IT:TARNA:2017:5300SENT; TAR Sardegna, Sez. I, 10 aprile 2015, n. 693, ECLI:IT:TARSAR:2015:593SENB, in www.giustizia-amministrativa.it). Pertanto, secondo la costante giurisprudenza amministrativa, il consorzio della categoria in questione partecipa alle procedure di affidamento in qualità di ente soggettivamente a sé stante, portatore di un interesse proprio, sia pure finalisticamente collegato allo scopo mutualistico delle consorziate (Cons. St., Sez. VI, 29 aprile 2003, n. 2183, ECLI:IT:CDS:2003:2183SENT; TAR Campania, Sez. VIII, 23 settembre 2014, n. 5003, ECLI:IT:TARNA:2014:5003SENT, in www.giustizia-amministrativa.it), tanto da poter utilizzare requisiti di idoneità tecnica e finanziaria suoi propri (cfr., *ex plurimis*, Cons. St., Sez. V, 2 settembre 2019, n. 6024, ECLI:IT:CDS:2019:6024SENT; Id., Sez. V, 28 agosto 2019, n. 5926, ECLI:IT:CDS:2019:5926SENT; CGARS, Sez. I, 2 gennaio 2012, n. 12, ECLI:IT:CGARS:2012:12SENT; TAR Campania, Sez. I, 3 maggio 2011, n. 2436, ECLI:IT:TARNA:2011:2436SENT).

¹⁰ Già P. AVALLONE - S. TARULLO, *I consorzi stabili di cui all'art. 12, l. n. 109 del 1994 come modificato dall'art. 9, comma 22, l. n. 415 del 1998 «Merloni ter», in Rivista amministrativa degli appalti*, 1999, p. 146, individuavano nell'istituzione di una comune struttura di impresa «il dato essenziale caratterizzante questo nuovo istituto». Così anche l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici che, con determinazione n. 11 del 9 giugno 2004, recante l'Atto di indirizzi integrativi sulla natura e sulla qualificazione dei consorzi (GU Serie Generale, n. 156 del 6 luglio 2004, in gazzettaufficiale.it) ha affermato che la comune e stabile struttura di impresa costituisce «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». Anche la giurisprudenza ritiene elemento essenziale per attribuire al consorzio la qualifica di consorzio stabile 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, ovvero senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate, le presentazioni previste nel contratto (ferma restando la facoltà per il consorzio, che abbia tale struttura, di eseguire le prestazioni, nei limiti consentiti, attraverso le consorziate) (cfr., tra le tante, Cons. St., Ad. Plen., 18 marzo 2021, n. 5, *cit.*, CGARS, 4 ottobre 2021, n. 831, ECLI:IT:CGARS:2021:831SENT; Cons. St., Sez. V, 14 dicembre 2021, n. 8331, ECLI:IT:CDS:2021:8331SENT; Id., Sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165, ECLI:IT:CDS:2020:6165SENT; Id., Sez. III, 16 aprile 2019, n. 2493, ECLI:IT:CDS:2019:2493SENT; Id., Sez. V, 23 agosto 2018, n. 5036, ECLI:IT:CDS:2018:5036SENT; Id., Sez. V, 17 gennaio 2018, n. 276, ECLI:IT:CDS:2018:276SENT; Id., Sez. V, 2 maggio 2017, n. 1984, ECLI:IT:CDS:2017:1984SENT, tutte in www.giustizia-amministrativa.it). L'azienda consortile consegue per duplice via: mediante la creazione *ex novo* di una struttura aziendale con l'assunzione in capo al consorzio di proprio personale, unitamente all'acquisizione di propri macchinari, attrezzature e strumenti, con i quali, al pari delle imprese consorziate, dotarsi di capacità tecnico - professionali idonee ad eseguire commesse pubbliche, ma anche – rientrandovi nei limiti consentiti dalla nozione civilistica di “azienda” quale “complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa” – acquisendo la sola disponibilità giuridica di personale e mezzi che, al momento opportuno, il management consortile possa organizzare per procedere all'esecuzione diretta del contratto (cfr. Cons. St., Sez. III, 16 aprile 2019, n. 2493, *cit.*, cui si deve l'ulteriore specificazione per cui la disponibilità giuridica consiste in «un complesso di rapporti giuridici che consentono all'imprenditore di disporre di mezzi necessari all'esercizio dell'impresa» e la costituzione dell'azienda dipende da «la capacità giuridica dell'imprenditore medesimo di asservirli ad una nuova funzione produttiva, diversa da quelle delle imprese da cui quei mezzi siano eventualmente “prestati”»). In quest'ultimo caso, in definitiva, il consorzio potrà attingere dalle singole

Infatti, la disposizione citata delinea il consorzio stabile quale soggetto individuale, dotato di autonoma personalità giuridica, che svolge un'attività non limitata al singolo appalto e rappresenta una realtà imprenditoriale distinta rispetto a quella dei singoli consorziati, con dimensione organizzativa propria e con autonoma struttura a rilevanza esterna. I partecipanti al consorzio stabile danno vita ad una stabile struttura di impresa collettiva, la quale, oltre a presentare una propria soggettività giuridica con autonomia anche patrimoniale, rimane distinta e autonoma rispetto alle aziende dei singoli imprenditori ed è strutturata, quale azienda consortile, per eseguire, anche in proprio (ossia senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate), le prestazioni affidate a mezzo del contratto¹¹.

Quindi, in virtù della sua configurazione giuridica, il consorzio stabile può partecipare alle procedure d'appalto in nome proprio e nell'interesse proprio, oltre che anche nell'interesse di tutti o solo di alcuni consorziati. Se partecipa anche nell'interesse di alcuni consorziati, deve indicarli espressamente in sede di offerta¹². Costoro non potranno partecipare alla medesima gara in nessuna altra forma, pena l'esclusione loro e del consorzio. Viceversa, proprio per la struttura giuridica del consorzio stabile, la Corte di Giustizia UE¹³ è giunta ad ammettere la contemporanea partecipazione alla medesima gara del consorzio stabile e della consorziata, ove quest'ultima non sia stata designata per l'esecuzione del contratto e non abbia pertanto concordato la presentazione dell'offerta: soluzione definitivamente accolta dal nuovo codice dei contratti pubblici¹⁴.

consorziate il personale, i mezzi e le attrezzature, ma anche, eventualmente, le risorse finanziarie, che, organizzate in maniera originale, consentiranno l'esecuzione diretta del contratto (le ragioni che inducono a considerare valida anche questa seconda forma organizzativa sono esposte da Cons. St., Sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165, *cit.*, secondo cui l'alterità soggettiva che caratterizza il consorzio rispetto alle consorziate non può essere spinta fino al punto di imporre la nascita di un soggetto che sia integralmente slegato dalle imprese; se è vero, infatti, che la funzione del consorzio è quella di favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese alle procedure di gara cui non avrebbero potuto partecipare con i soli propri requisiti, al tempo stesso beneficiando di un rapporto mediato tra l'amministrazione e la consorziata data dal consorzio e dalla struttura consortile, la creazione di un consorzio stabile non può condurre alla nascita di un'impresa che sia necessariamente portata all'esecuzione in proprio del contratto, poiché ciò renderebbe inutile la previsione dell'istituto stesso del consorzio stabile).

¹¹ Così Cons. St., Sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165, *cit.*

¹² L'art. 48, comma 7, del codice, laddove dispone che i consorzi stabili «*sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre*», non va intesa come preclusiva per la partecipazione in nome proprio del consorzio. Osserva sul punto P. CARBONE, *La disciplina dei consorzi stabili nel codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, dopo il primo decreto correttivo (d.lgs. n. 56 del 2017), op. cit.*, p. 23, che «*l'obbligo - sancito dall'art. 48, co. 7 del codice dei contratti pubblici - di indicare per conto di quali consorziati il consorzio stabile concorra, non legittima l'affermazione che sia preclusa qualsiasi diversa modalità di partecipazione alla gara del consorzio stabile. L'indicato obbligo deve intendersi, appunto, come espressivo della necessità che il consorzio stabile debba indicare in sede di gara la modalità della propria partecipazione ad essa*».

¹³ Corte Giustizia, Sez. IV, 23 dicembre 2009, *Serrantoni Srl e Consorzio stabile edili Srl c. Comune di Milano*, in causa C-376/08, ECLI:EU:C:2009:808, in *eur-lex.europa.eu*. Si veda, in dottrina, 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 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163)*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2009, pp. 465 ss..

¹⁴ L'art. 48, comma 7, d.lgs. n. 50/2016, vietando espressamente che alla stessa procedura possano partecipare i consorziati indicati in sede di gara, implicitamente ammette la partecipazione tutti gli altri consorziati. Si veda, tra le tante, Cons. St., Sez. III, 4 febbraio 2019, n. 865 - ECLI:IT:CDS:2019:865SENT in *giustizia-amministrativa.it* - a mente della quale il divieto di doppia partecipazione vige unicamente nei confronti dei consorziati che siano stati indicati dal consorzio quali concorrenti in quella specifica selezione, con conseguente facoltà di gareggiare autonomamente per le

Evidente la distanza dai consorzi ordinari, che, pur essendo centri autonomi di imputazione di rapporti di giuridici e pur potendo avere una struttura organizzativa che provveda all'espletamento in comune di alcune funzioni, rimangono operatori plurisoggettivi, al pari dei raggruppamenti temporanei di impresa, operando il consorzio come mandatario di tutte le imprese della compagine¹⁵. Tant'è che l'art. 48, comma 7, del codice fa espresso divieto ai concorrenti di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti, ovvero di partecipare anche in forma individuale quando abbia partecipato alla stessa gara in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti¹⁶.

Anche nella prescrizione dell'istituzione di una comune struttura di impresa si inverte la «*deviazione dall'impianto europeo*» segnalata dalla dottrina citata. Questo si fonda su una nozione ampia di “operatore economico”¹⁷, non riducibile alla figura dell'imprenditore¹⁸; impostazione recepita dal legislatore interno

imprese non designate. In dottrina, sull'evoluzione normativa e giurisprudenziale della questione, 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 del 2017), *op. cit.*, nota n. 33, pp. 31-37.

¹⁵ Il Consorzio ordinario prende necessariamente parte alla gara per tutte le consorziate e si qualifica attraverso di esse, in quanto le stesse, nell'ipotesi di aggiudicazione, eseguiranno il servizio, mentre non può competere solo per conto di alcune associate (cfr., *ex multis*, Cons. St., Sez. V, 6 ottobre 2015, n. 4652 - ECLI:IT:CDS:2015:4652SENT, in *giustizia-amministrativa.it* - il quale ha statuito l'illegittimità della partecipazione di un consorzio ordinario che, pur riunendo due società, aveva dichiarato di gareggiare per conto di una sola di esse).

¹⁶ Si veda TAR Liguria, Sez. I, 23 gennaio 2021, n. 59, ECLI:IT:TARLIG:2021:59SENT, in *giustizia-amministrativa.it*, che ha affermato non violi il principio di parità di trattamento la diversa disciplina contemplata dall'art. 48, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016 in relazione ai consorzi stabili ed ai consorzi fra cooperative di produzione e lavoro, per i quali è ammessa la partecipazione plurima previa indicazione dei consorziati per i quali si concorre (contrariamente a quanto stabilito per i consorzi ordinari e i raggruppamenti temporanei), in quanto tale differenza costituisce la logica conseguenza della diversità di struttura fra i consorzi ordinari, da un lato, e i consorzi stabili o i consorzi fra cooperative di produzione e lavoro, dall'altro lato.

¹⁷ Cfr. il *Considerando* (14) della direttiva 2014/24/UE e il *Considerando* (17) della direttiva 2014/25/UE: «la nozione di “operatori economici” dovrebbe essere interpretata in senso ampio, in modo da comprendere qualunque persona e/o ente che offre sul mercato la realizzazione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi, a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale ha scelto di operare. Pertanto imprese, succursali, filiali, partenariati, società cooperative, società a responsabilità limitata, università pubbliche o private e altre forme di enti diverse dalle persone fisiche dovrebbero rientrare nella nozione di operatore economico, indipendentemente dal fatto che siano “persone giuridiche” o meno in ogni circostanza». Conseguentemente, l'art. 2, par. 10, della direttiva citata definisce «“operatore economico”: una persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, che offra la realizzazione di lavori e/o di un'opera, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi».

¹⁸ La Corte di Giustizia UE ha statuito che le disposizioni euro-unitarie che si riferiscono alla nozione di “operatore economico” devono essere interpretate nel senso che consentono a soggetti che non perseguono un preminente scopo di lucro, non dispongono della struttura organizzativa di un'impresa e non assicurano una presenza regolare sul mercato, di partecipare ad un appalto pubblico (cfr. Corte Giustizia UE, Sez. IV, 23 dicembre 2009, in causa C-305/08, *CoNISMa c Regione Marche*, ECLI:EU:C:2009:807, in *curia.europa.eu*). D'altronde, la Corte di Giustizia è costante nell'adottare una nozione funzionale di impresa, incentrata sullo svolgimento di attività economica, anziché sulle caratteristiche dell'operatore professionale: per “impresa” deve intendersi l'organismo che «*esercita un'attività economica, offrendo beni e servizi su un determinato mercato, a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento*» (a partire quanto meno da Corte Giustizia CE, 23 aprile 1991, in causa C-41/90, *Höfner*, ECLI:EU:C:1991:161, in *eur-lex.europa.eu*). All'indirizzo della Corte di Giustizia si è adeguata la giurisprudenza nazionale che ha ritenuto che «*per imprenditore deve intendersi qualsiasi operatore economico, persona fisica o giuridica, che offra sul mercato lavori, prodotti o servizi, secondo un principio di libertà di forme. Ne consegue che l'elenco dei soggetti ammessi alle gare, di cui all'art. 34, codice dei contratti pubblici – d.lgs. n. 163 del 2006, non è da considerarsi tassativo [...]*» (Cons. St., Sez. VI, 16 giugno 2009, n. 3897, in *Foro amm. CDS*, 2009, 6, p. 1542). Per commenti alla sentenza del Consiglio di Stato citata si vedano S. USAI, *La partecipazione delle fondazioni alle gare d'appalto*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 11, pp. 1321 ss. e S. MENTO, *La partecipazione delle fondazioni alle procedure per l'affidamento di contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, 2, pp. 151 ss..

nella relativa definizione (art. 3, comma 1, lett. *p*), d.lgs. n. 50/2016)¹⁹, a chiusura – anche a livello normativo – dell’accesso confronto tra istituzioni europee e nazionali sui confini della nozione stessa²⁰. Su questi presupposti, in dottrina si è ritenuto che «la “comune struttura d’impresa”, non può costituire elemento caratterizzante l’operatore economico e che essa non può più essere considerata quale elemento rientrante tra quelli che costituiscono il minimo comune denominatore dei tratti che connotano le varie figure riconducibili alla nozione di operatore economico, per cui l’eventuale carenza di essa non dovrebbe costituire motivo per escludere che il soggetto sia riconducibile alla figura dell’operatore economico ammissibile alle gare. In altri termini, un consorzio stabile privo della comune struttura di impresa non per questo cessa di essere operatore economico, sebbene tale carenza possa introdurre qualche dubbio sulla riconducibilità del soggetto stesso nel novero dei consorzi stabili»²¹.

Chi scrive, se condivide la considerazione che il consorzio stabile rappresenti una deviazione dal paradigma europeo di “operatore economico”, ritiene che tale deviazione non ridondi in conflitto, ma rappresenti l’individuazione da parte del legislatore nazionale – nell’esercizio della propria discrezionalità – di una figura particolare nell’ambito del più ampio genere definito dal legislatore europeo. In altre parole, il legislatore nazionale, nel recepire l’ampia nozione di “operatore economico”, caratterizzata solo dal dato oggettivo della realizzazione di lavori o opere, fornitura di prodotti e prestazione di servizi, ha

¹⁹ «“operatore economico”, una persona fisica o giuridica, un ente pubblico, un raggruppamento di tali persone o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, un ente senza personalità giuridica, ivi compreso il Gruppo europeo di interesse economico (GEIE) costituito ai sensi del d.lgs. 23 luglio 1991, n. 240, che offre sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi».

²⁰ S. FOÀ, *Gli operatori economici*, in C.E. GALLO (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici. Dalle direttive 2014 al codice 2016*, II ed., Torino, 2017, pp. 29 ss., indica nella nozione di “operatore economico” uno dei punti più accesi del confronto tra diritto europeo e diritto nazionale, contrapponendosi un’interpretazione estensiva di origine europea, funzionale alla massima apertura alla concorrenza, e un’elaborazione dei giudici nazionali più sensibile al rispetto della *par condicio* tra i soggetti ammessi a partecipare alle gare. Per la verità, anche l’art. 3, comma 19, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 dava una definizione di “operatore economico” coerente con l’impianto europeo e, quindi, fondata sul presupposto di natura oggettivo-sostanziale dell’offerta di beni e servizi sul mercato. Sennonché, l’art. 34 del decreto, in continuità con l’art. 10, comma 1, l. n. 109/1994, nella sua formulazione originaria limitava la partecipazione alle procedure di evidenza pubblica a soggetti qualificabili come imprenditori. La Commissione Europea, con nota C(2008)0108 del 30 gennaio 2008, aveva avviato una procedura di infrazione nei confronti dell’Italia per la non completa trasposizione delle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE. Tale procedura è stata superata con l’introduzione, ad opera del d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152, della lett. *f* bis al capoverso dell’art. 34, di estensione della partecipazione alle procedure di gara degli «operatori economici, ai sensi dell’art. 3, comma 22, stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi». Sul contrasto giurisprudenziale sulla legittimazione di soggetti privi di qualificazione imprenditoriale ad assumere la qualità di operatore economico e di appaltatore si veda S. FOÀ, *Gli operatori economici*, *op. cit.*, pp. 36-44.

²¹ P. CARBONE, *La disciplina dei consorzi stabili nel codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, dopo il primo decreto correttivo (d.lgs. n. 56 del 2017)*, *op. cit.*, pp. 7 ss., pp. 19-20. Conclude sul punto l’Autore affermando che «In definitiva, la “comune struttura di impresa” consortile non solo sembra essere diventata del tutto inutile, poiché essa assume rilievo solo nell’ipotesi – più teorica che concreta – che il consorzio stabile operi come impresa e realizzi direttamente le prestazioni (cioè senza designare per l’esecuzione alcuna consorziata o senza assegnarne l’esecuzione ad alcuna), ma – sulla scorta della più ampia estensione della nozione di “operatore economico” – non sembra più assumere il ruolo di connotato essenziale di tale figura, per cui essa sembra perdere di importanza quale tratto differenziale tra il consorzio stabile e quello ordinario, risultando sufficiente – ai fini dell’eventuale partecipazione alle procedure di gara – che entrambi abbiano una comune organizzazione per la gestione delle fasi di alcune attività dei soggetti consorziati» (*op. ult. cit.*, p. 30). Ribadisce, invece, anche nella vigenza del nuovo codice dei contratti pubblici, il carattere essenziale della comune struttura di impresa per l’esistenza del consorzio stabile M.G. VIVARELLI, *Commento all’art. 45, d.lgs. n. 50 del 2016*, *op. cit.*, pp. 500-501.

individuato nell'ambito della stessa la figura del consorzio stabile, che si caratterizza per requisiti più stringenti, anche di natura soggettiva, funzionali a consentire particolari modalità di partecipazione alle gare²² e, tra queste, il meccanismo di qualificazione c.d. del “cumulo alla rinfusa”²³.

3. La “travagliata” storia del criterio di qualificazione c.d. del “cumulo alla rinfusa”

Il criterio di qualificazione c.d. del “cumulo alla rinfusa” è stato oggetto, in pochi anni, di diversi – confusi – interventi normativi e di contrastanti interpretazioni giurisprudenziali.

L'art. 36, comma 7, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 prevedeva che il consorzio stabile si qualificasse sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate. La norma, riferendosi chiaramente ai soli consorzi di lavori²⁴, sembrava operare come eccezione alla regola generale posta dall'art. 35, a mente del quale i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei consorzi stabili dovevano essere posseduti e comprovati dagli stessi, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e di mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che andavano computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate. Di qui l'opinione della dottrina che operasse una disciplina differente in materia di qualificazione dei consorzi stabili di lavori rispetto a quelli di servizi e forniture²⁵.

²² Osservano sul punto F. CARINGELLA - M. GIUSTINIANI - P. MANTINI, *I contratti pubblici*, Roma, 2021, p. 629, nota n. 5, che «dato il principio della libertà della forma dell'operatore economico come richiamato dall'art. 45, comma 1, nel nuovo codice attraverso il richiamo alla relativa nozione, la questione non sembra porsi in termini di rapporto tra la nozione di operatore economico (che prescinde dalla sussistenza di una struttura di impresa e anche dalla natura di imprenditore) e quella di consorzio stabile (che viceversa detta struttura presuppone), tenuto conto che la presenza o meno di tale caratteristica dell'operatore economico non è condizione di ammissione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, né elemento che limiti in alcun modo la relativa partecipazione, quanto invece requisito perché possa essere applicata la particolare disciplina in ordine alla qualificazione dell'operatore e, sotto autonomo profilo, il particolare regime di responsabilità previsto anche in ragione di detto requisito».

²³ È tralatizia, ormai, - tanto da essere utilizzata ancora di recente, nonostante le vicende che hanno interessato tale criterio di qualificazione - l'affermazione giurisprudenziale che «il consorzio stabile è un soggetto giuridico autonomo, costituito in forma collettiva e con causa mutualistica, che opera in base a uno stabile rapporto organico con le imprese associate, il quale si può giovare, senza necessità di ricorrere all'avalimento, dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse, secondo il criterio del “cumulo alla rinfusa” (cfr. Cons. Stato, V, 2 febbraio 2021, n. 964; 11 dicembre 2020, n. 7943; VI, 13 ottobre 2020, n. 6165; III, 22 febbraio 2018, n. 1112; V, 22 gennaio 2015, n. 244; III, 4 marzo 2014, n. 1030)». Così Cons. St., Sez. V, 14 dicembre 2021, n. 8331, cit..

²⁴ Il comma 7 citato disciplinava l'acquisizione della qualificazione con riferimento alle categorie di opere generali o specialistiche nonché alle prestazioni di progettazione e costruzione. Peraltro, la norma riproduceva quanto aveva disposto l'art. 20 del d.p.r. 25 gennaio 2000, n. 34 (così come sostituito dall'art. 1 del d.p.r. 10 marzo 2004, n. 93), recante appunto il «Regolamento per l'istituzione di un sistema di qualificazione unico dei soggetti esecutori di lavori pubblici».

²⁵ Così F. CARINGELLA - M. GIUSTINIANI, *Manuale di diritto amministrativo, IV, I contratti pubblici*, Roma, 2014, p. 491. In questo senso, inizialmente, anche la giurisprudenza: cfr. Cons. St., Sez. VI, 20 maggio 2011, n. 3010, in *DeJure*, a mente del quale «l'art. 36, settimo comma, del d. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, anche dopo la modifica introdotta dall'art. 3 del d. Lgs. 31 luglio 2007, n. 113, si applica esclusivamente agli appalti di lavori; negli appalti di altro contenuto i consorzi stabili devono dimostrare il possesso dei requisiti per la partecipazione alle relative gare secondo la disciplina dettata dal precedente art. 35, il quale costituisce la norma di applicazione generale, alla quale fa eccezione l'invocato art. 36».

Tale opinione trovava conforto anche nel d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207, recante il regolamento di esecuzione ed attuazione del codice degli appalti²⁶, il quale dedicava due distinti articoli alla qualificazione dei consorzi stabili: il 94, relativo ai lavori, ed il 277 concernente i servizi e le forniture. Quest'ultimo articolo, in particolare, disponeva come applicabili ai consorzi per servizi e forniture i soli commi 1²⁷ e 4²⁸ dell'art. 94, non anche il comma 2, il quale – con evidente riferimento alla regola posta dal comma 7 dell'art. 36 del codice e in attuazione della stessa – disponeva che i consorzi stabili avrebbero conseguito la qualificazione a seguito di verifica dell'effettiva sussistenza in capo alle singole consorziate dei corrispondenti requisiti. Inoltre, l'art. 277, comma 3, riferendosi ai soli consorzi stabili per servizi e forniture, disponeva 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, andavano sommati; i restanti requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi andavano sommati con riferimento ai soli consorziati esecutori.

Quindi, il combinato disposto delle norme citate sembrava delineare per i consorzi stabili di lavori – da un lato – e per quelli di servizi e forniture – dall'altro – un distinto sistema di qualificazione e di dimostrazione dei requisiti per la partecipazione alle gare. Mentre i primi potevano cumulare i requisiti posseduti dalle singole imprese consorziate, ancorché non indicate come esecutrici dei lavori, i secondi avrebbero potuto cumulare i soli requisiti posseduti dai consorziati relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, non anche i restanti requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi, i quali potevano essere sommati a quelli delle sole imprese consorziate indicate come esecutrici.

La giurisprudenza²⁹, invece, ha dato una lettura estensiva del quadro normativo sopra delineato, ritenendo applicabile il criterio del c.d. cumulo alla rinfusa non solo ai consorzi stabili operanti nel settore dei lavori, quanto anche a quelli operanti nei servizi e nelle forniture. Invero, il Consiglio di Stato ha ritenuto che, anche in tali settori, dal combinato disposto degli artt. 35 e 36, comma 7, prima proposizione (*«Il consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate»*), doveva dedursi il

²⁶ Cui il secondo ed il terzo comma dell'art. 36 del codice degli appalti rinviavano per stabilire: 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 committente; i criteri di attribuzione ai consorziati dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi maturati a favore del consorzio in caso di scioglimento dello stesso; le norme per l'applicazione del sistema di qualificazione ai consorzi stabili e ai partecipanti ai consorzi medesimi.

²⁷ *«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».*

²⁸ *«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».*

²⁹ A partire da Cons. St., Sez. VI, 10 maggio 2013, n. 2563, in *DeJure*. Si veda nello stesso senso anche Id., Sez. III, 25 febbraio 2014, n. 895, ECLI:IT:CDS:2014:895SENT, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

principio della utilizzabilità da parte del consorzio, in sede di qualificazione ai fini della partecipazione ad una gara, dei requisiti posseduti da tutte le imprese consorziate, indipendentemente dall'essere o meno indicate come esecutrici del servizio o della fornitura. Tale lettura muoveva dalla natura del consorzio stabile, quale «*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*»³⁰. Proprio per questa sua natura, il consorzio stabile avrebbe potuto avvalersi di qualsiasi contributo (in termini di requisito) dei consorziati, senza dover ricorrere allo strumento dell'avvalimento, potendo comunque, in alternativa, qualificarsi con requisiti posseduti in proprio e direttamente. Il Consiglio di Stato, quindi, leggeva le disposizioni più sopra riportate, che pur nella lettera sembravano delineare due distinti sistemi di qualificazione per i consorzi stabili, in ragione del settore in cui gli stessi operavano, in un'ottica dallo stesso definita estensiva³¹, tale da riferire ai consorzi stabili operanti nei diversi settori la prima proposizione del comma 7 dell'art. 36, nonostante la restante parte del comma rimanesse chiaramente applicabile ai soli consorzi di lavori.

4. Segue. Il sistema introdotto dal «nuovo» codice dei contratti ante correttivo

Il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recante il nuovo codice dei contratti pubblici, nel delineare i tratti distintivi dei consorzi stabili, riproduce la disciplina previgente.

Quanto, invece, alla qualificazione, il primo comma dell'art. 47 del codice dispone che i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei consorzi di cooperative (art. 45, comma 2, lett. *b*) e dei consorzi stabili (lett. *c*) devono essere posseduti e comprovati dagli stessi 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 vanno computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate. Il secondo comma, nella sua formulazione originaria, introduceva, poi una deroga alla statuizione contenuta nel primo comma per i primi cinque anni dalla costituzione dei soli consorzi stabili (art. 45, comma 2, lett. *c*), periodo nel quale

³⁰ Cons. St., Sez. VI, 10 maggio 2013, n. 2563, *cit.*.

³¹ «*In tale ottica, la disposizione sulle attrezzature, mezzi d'opera e organico contenuta nell'art. 35 d.lgs. n. 163/2006 – che testualmente statuisce: “I requisiti di idoneità tecnica e finanziari per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all'art. 34, comma 1, lettere b) e c) (tra cui, appunto i consorzi stabili; n.d.e.), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi secondo quanto previsto dal regolamento, salvo che per i requisiti 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” – non può essere interpretata restrittivamente argomentando a contrariis, ma deve essere interpretata in modo estensivo, nel senso che essa sancisce l'applicazione, in ogni caso e in qualsiasi periodo di vita del consorzio stabile, del criterio del cumulo alla rinfusa per i requisiti da essa specificamente menzionati, e dunque non contraddice, in un'ottica di interpretazione sistematica, la sopra richiamata, prima proposizione normativa contenuta nel comma 7 dell'art. 36, affermativa del principio del cumulo dei requisiti. Inoltre, sul piano dell'interpretazione letterale, la locuzione “posseduti e comprovati dagli stessi” è suscettibile di essere interpretata come meramente ricognitiva della facoltà, in capo al consorzio stabile, di decidere come provare il possesso dei requisiti, se, cioè, con attribuzioni proprie e dirette del consorzio, oppure con quelle dei consorziati» (Cons. St., Sez. VI, 10 maggio 2013, n. 2563, *cit.*).*

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 quindi 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 secondo comma 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.

Senonché, l'art. 83 del codice, nel disciplinare i criteri di selezione, disponeva al comma 2 che *«Per i lavori, con linee guida dell'ANAC adottate entro un anno dalla data di entrata in vigore»* del codice sarebbero stati disciplinati *«i requisiti e le capacità che devono essere posseduti dal concorrente, anche in riferimento ai consorzi di cui all'articolo 45, lettere b) e c)»*. Fino all'adozione di dette linee guida avrebbe trovato applicazione l'art. 216, comma 14, a mente del quale avrebbero continuato ad applicarsi, in quanto compatibili, le disposizioni di cui alla parte II, titolo III del d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207.

Nonostante le linee guida di cui si doveva attendere l'adozione, ai fini dell'operatività del sistema di qualificazione, fossero riferite testualmente ai soli *«lavori»*, il TAR Lazio, con sentenza della Prima Sezione n. 1324 del 25 gennaio 2017³², ha ritenuto operante il rinvio – e, conseguentemente, applicabile la disciplina transitoria – per tutti i consorzi stabili, anche nei settori dei servizi e delle forniture, usando, per motivare la propria decisione, un argomento di carattere sistematico, uno di carattere testuale ed uno teleologico. Sosteneva, innanzitutto, il TAR che *«nel previgente ordinamento, per la questione qui controversa, non è rinvenibile alcuna differenziazione tra appalti di lavori e appalti di servizi»*, ritenendo, pertanto, non implausibile che *«che le future linee-guida, in disparte ogni questione in ordine alla loro formale riferibilità a una specifica tipologia di gara, siano suscettibili di concretare indicazioni di carattere generale, destinate, in quanto tali, a conformare l'intera materia»*. Il dato testuale sarebbe stato rappresentato invece dalla lettera dell'ultimo periodo dell'art. 83, comma 2 (*«Fino all'adozione di dette linee guida, si applica l'art. 216, comma 14»*): la circostanza che non fosse stata *«richiamata, anche in tal caso, la delimitazione che connota il periodo precedente (“per i lavori”)»* faceva ritenere al TAR che la scelta operata dal nuovo codice dei contratti fosse quella di fare salve, temporaneamente, le regole antecedenti e che tale scelta avrebbe avuto carattere assoluto. La sentenza citava a conforto le FAQ predisposte dall'ANAC *«sulle questioni interpretative relative all'applicazione delle disposizioni del d.lgs. 50/2016 nel periodo transitorio»*, di cui al Comunicato 8 giugno 2016, punto 3³³, le quali non avrebbero in alcun modo

³² ECLI:IT:TARLAZ:2017:1324SENB, in *giustizia-amministrativa.it*.

³³ L'ANAC in risposta al quesito circa quali fossero le norme applicabili alla qualificazione dei consorzi fino all'adozione delle linee guida previste dall'art. 83, comma 2, del codice così si esprimeva: *«I requisiti per la partecipazione dei consorzi alle gare sono individuati, in linea generale, dall'art. 47 del Codice. Inoltre, l'art. 216, comma 14, prevede che fino all'adozione delle linee guida previste dall'art. 83, comma 2, del Codice (che attengono anche ai requisiti e alle capacità che devono essere posseduti dai consorzi) si applica*

limitato il periodo transitorio di ultravigenza delle previgenti disposizioni agli appalti lavori. Infine, il criterio teleologico: l'art. 83 del nuovo codice, nel prescrivere che i requisiti e le capacità per le qualificazioni devono essere attinenti e proporzionali all'oggetto dell'appalto, richiama l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione. Ebbene, a giudizio del TAR Lazio, tale finalità sarebbe stata compromessa *«laddove – in presenza di un nuovo quadro normativo che non offre una compiuta regolamentazione delle modalità di partecipazione alle gare dei consorzi stabili, in quanto destinato a essere integrato da disposizioni di carattere secondario non ancora predisposte e di cui non si è in grado di apprezzare, allo stato, la latitudine, e in vista delle quali ricorre un periodo transitorio di ultravigenza delle norme anteriori – dovesse ritenersi, in assenza di inequivocabili previsioni in tal senso, che, solo per una parte della materia, il nuovo codice abbia previsto il repentino e generale sovvertimento delle norme previgenti»*.

Chi scrive, commentando la sentenza, manifestò le proprie perplessità sull'interpretazione ivi operata³⁴. Sia consentito ripercorrerle, in quanto hanno trovato puntuale conferma nella sentenza del Consiglio di Stato, Sezione Quinta, n. 5427 del 17 settembre 2018³⁵, che le ha riprese tutte letteralmente, anche evocando il titolo del commento³⁶.

Innanzitutto, il dato testuale. L'art. 83, comma 2, riferiva espressamente le linee guida dell'ANAC ai soli lavori (*«Per i lavori, con linee guida dell'ANAC adottate [...]»*). Il comma 2, che il TAR Lazio usava a sostegno della propria tesi in quanto non avrebbe replicato la limitazione ai lavori, richiamava chiaramente le linee guida di cui al primo periodo (*«Fino all'adozione di dette linee guida [...]»*), riferite appunto ai soli lavori. Quindi, il rinvio della piena operatività dell'art. 47 all'adozione delle linee guida avrebbe dovuto – al più – riguardare i soli consorzi stabili di lavori.

D'altronde, gli stessi chiarimenti dell'ANAC citati dal TAR Lazio – in disparte il fatto che non precisava se si riferissero ai consorzi stabili in generale o a quelli operanti nel settore dei lavori – premettevano che i requisiti per la partecipazione dei consorzi alle gare sono individuati, in linea generale, dall'art. 47 del codice. Se fosse stata fondata l'interpretazione del TAR, tale premessa non avrebbe avuto alcun senso in quanto l'art. 47 *in toto* non avrebbe potuto trovare applicazione fino all'adozione delle linee guida dell'ANAC.

la parte II, titolo III, del d.p.r. 207/2010. Tra queste disposizioni sono ricomprese anche quelle che disciplinano la qualificazione dei consorzi ed, in particolare, l'art. 81 che, attraverso un rinvio recettizio, dispone che la qualificazione dei consorzi stabili avviene secondo le disposizioni dell'art. 36, comma 7 del Codice».

³⁴ F. SCALIA, *La travagliata recente storia del “cumulo alla rinfusa” per la qualificazione dei consorzi stabili*, in *Urbanistica e appalti*, n. 1/2018, pp. 77 ss..

³⁵ ECLI:IT:CDS:2018:5427SENT, in *giustizia-amministrativa.it*.

³⁶ La sentenza introduce la motivazione evidenziando che *«il regime dei consorzi stabili, con particolare riferimento al criterio del c.d. cumulo alla rinfusa, si palesa – nella fase di transizione dal previgente d.lgs. n. 163/2006 all'attuale codice dei contratti – piuttosto complessa, incerta e travagliata, accompagnata com'è da un non perspicuo e persino confuso regime transitorio [...]»*.

Inoltre, l'art. 216, comma 14, disponeva 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». 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 lavori³⁷. Ancora, l'art. 84 d.lgs. n. 50/2016, nel disciplinare il «Sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici», rinviava, con il secondo comma, alle linee guida ANAC «di cui all'art. 83, comma 2», chiarendo definitivamente che quest'ultime si riferivano 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.

La lettera delle norme, sia singolarmente prese che coordinate tra di loro, non sembrava lasciare adito a dubbi³⁸.

³⁷ Allegato A: Categorie di Opere Generali e Specializzate; Allegato B: Schema certificato esecuzione lavori; Allegato C – parte 1: Corrispettivi per le attività di qualificazione delle SOA; Allegato D: incremento convenzionale premiante.

³⁸ In questi termini si sono espressi F. CARINGELLA - M. PROTTO (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Roma, 2016, pp. 195-196, che hanno rilevato come «con riferimento alle sole procedure di “lavori”, i requisiti e le capacità necessarie in capo al consorzio non sono individuate soltanto dal D.Lgs. n. 50/2016», quanto anche da apposite linee guida adottate dall'ANAC. Pertanto, secondo gli Autori, fino all'adozione di dette linee guida, i requisiti per l'ammissibilità dei consorzi a procedure di affidamento di lavori avrebbero continuato ad essere determinati, oltre che dall'art. 47 del codice (quindi immediatamente vigente), pure mediante il ricorso agli artt. 78 e 79 del d.p.r. n. 207/2010. Si veda anche G. FISCHIONE, *I consorzi stabili tra conferme e novità alla luce del D.Lgs. 50/2016*, in *Giustamm.it*, n. 9/2017. Condividevano, invece, la tesi del TAR Lazio, A. CHIETTINI, *Art. 47*, in R. GAROFOLI - G. FERRARI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, op. cit., p. 857 e G. PUGLISI, *Art. 47*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, p. 485. Afferma P. CARBONE, *La disciplina dei consorzi stabili nel codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, dopo il primo decreto correttivo (d.lgs. n. 56 del 2017)*, op. cit., p. 82, che «la disciplina transitoria – derivante dall'ultrattività di norme desunte dal precedente codice dei contratti e dal relativo regolamento di attuazione – sembra voler regolare tutti i consorzi stabili, sebbene la maggior parte delle norme regoli solo i consorzi stabili operanti nel settore dei lavori», derivandone la conseguenza che «anche per i servizi e le forniture [...] trovano transitoriamente applicazione le disposizioni contenute negli artt. 81 e 94, d.P.R. n. 207 del 2010, ferma restando – ovviamente – la necessità degli inevitabili adattamenti (è ovvio, ad esempio, che nei servizi e nelle forniture non vi sono categorie di opere generali e specialistiche)» (p. 96).

Anche l'argomento di carattere sistematico usato dal TAR Lazio non convinceva. Non è vero che «*nel previgente ordinamento, per la questione qui controversa, non è rinvenibile alcuna differenziazione tra appalti di lavori e appalti di servizi*». Vero è che la giurisprudenza del Consiglio di Stato, con interpretazione dallo stesso definita «*estensiva*», ha ritenuto applicabile il criterio del cumulo alla rinfusa anche nei settori dei servizi e delle forniture. Non si può dire però – ed il quadro normativo più sopra delineato lo dimostra – che nell'ordinamento previgente operasse la medesima disciplina in tema di qualificazione dei consorzi nei diversi settori. Tutt'altro. Solo per i lavori esiste un complesso sistema di qualificazione (SOA, categorie di opere generali e specializzate, etc.), ed è quindi naturale che, fin tanto che le linee guida dell'ANAC non lo avessero compiutamente ridefinito, avrebbe dovuto 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. Invece, per i servizi e le forniture non esiste un sistema di qualificazione, tant'è che la dimostrazione dei requisiti avviene gara per gara. Non si vede pertanto cos'altro avrebbero potuto aggiungere le linee guida alle norme del codice, le quali hanno sostanzialmente riproposto la disciplina previgente in materia di qualificazione dei consorzi stabili, con l'eccezione proprio di quanto disponeva l'art. 36, comma 7, del vecchio codice, norma che aveva consentito al Consiglio di Stato di elaborare la teoria del doppio binario di qualificazione dei consorzi stabili.

Si vuole dire, in buona sostanza, che già l'art. 35 del vecchio codice disponeva che i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei consorzi stabili dovevano essere posseduti e comprovati dagli stessi, secondo quanto previsto dal regolamento, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate. Inoltre, l'art. 277, comma 3, del regolamento (norma, come detto, oggi non più applicabile, in quanto non richiamata dall'art. 216, comma 14, del nuovo codice) disponeva 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*».

Quindi, l'art. 47 del nuovo codice, nella formulazione originaria, riproponeva per la qualificazione dei consorzi stabili di servizi e forniture la stessa disciplina prevista dal vecchio codice e dal relativo regolamento, con la variante della deroga prevista dal secondo comma dello stesso art. 47 e della mancata riproposizione di quanto prevedeva l'art. 36, comma 7, del vecchio codice.

Questa constatazione consente di confutare anche l'argomento teleologico usato dal TAR Lazio. Infatti, da un lato, le linee guida dell'ANAC null'altro avrebbero potuto aggiungere al sistema di qualificazione dei consorzi stabili di servizi e forniture, essendo lo stesso compiutamente disciplinato dal nuovo codice;

dall'altro, ritenere che anche per i consorzi di servizi e forniture si sarebbe dovuto attendere le linee guida dell'ANAC avrebbe comportato mantenere ancora operativo proprio quel sistema di qualificazione – fondato sull'interpretazione operata dal Consiglio di Stato dell'art. 36, comma 7, del vecchio codice – che il legislatore aveva inteso invece superare.

Il correttivo, approvato con d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, forniva ulteriori argomenti a favore delle considerazioni critiche in ordine alla sentenza del TAR Lazio. Innanzitutto, il correttivo ha modificato l'art. 83, comma 2, sostituendo le parole «*linee guida dell'ANAC adottate*» con le seguenti: «*decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti da adottare, su proposta dell'ANAC*» (cfr. art. 52 d.lgs. n. 56/2017). Ciò confermava che le linee guida da adottare erano relative esclusivamente ai lavori pubblici, altrimenti avrebbero debordato rispetto alla competenza del Ministero delle infrastrutture e trasporti. E infatti, la proposta formulata dall'ANAC riguardava la disciplina di qualificazione dei consorzi stabili nel solo settore dei lavori³⁹.

Inoltre, l'art. 31 del correttivo sostituiva il secondo comma dell'art. 47 con il seguente: «*2. I consorzi di cui agli articoli 45, comma 2, lettera c) e 46, comma 1, lettera f), al fine della qualificazione, possono utilizzare sia i requisiti di qualificazione maturati in proprio, sia quelli posseduti dalle singole imprese consorziate designate per l'esecuzione delle prestazioni, sia, mediante avalimento, quelli delle singole imprese consorziate non designate per l'esecuzione del contratto. Con le linee guida dell'ANAC di cui all'articolo 84, comma 2, sono stabiliti, ai fini della qualificazione, i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni*».

Ebbene, tale norma chiariva inequivocabilmente che il rinvio operato alle linee guida ANAC, ai fini della piena operatività del sistema di qualificazione dei consorzi stabili, fosse limitato esclusivamente ai consorzi di lavori. Infatti, quanto a quest'ultimo profilo, il nuovo secondo comma dell'art. 47 citava «*le linee guida dell'ANAC di cui all'articolo 84, comma 2*», quelle cioè che, nell'ambito del sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici, avrebbero dovuto individuare i livelli *standard* di qualità dei controlli che le SOA devono effettuare. Si tratta delle stesse linee guida previste con l'art. 83, comma 2 (espressamente richiamate dall'art. 84, comma 3⁴⁰) che avrebbero dovuto essere adottate su proposta dell'ANAC con decreto del MIT. Il fatto però che il nuovo secondo comma dell'art. 47 avesse citato l'art. 84, comma 3, invece dell'art. 83, comma 2, sembrava appalesare la volontà del legislatore, forse proprio in conseguenza dell'interpretazione operata dal TAR Lazio con la sentenza n. 1324/2017, di rimarcare che le linee guida dalla cui adozione dipendeva la piena operatività del sistema di qualificazione erano riferite esclusivamente ai lavori pubblici.

³⁹ Cfr. art. 23 della «*Proposta finalizzata all'adozione del decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti di cui all'art. 83, comma 2, del d.lgs. 50/2016 avente ad oggetto il sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro*», in *anticorruzione.it*.

⁴⁰ Cfr. art. 84, comma 2: «*L'ANAC, con il decreto di cui all'articolo 83, comma 2, individua [...]*».

Sulla scia del TAR Lazio si è posto il TAR Campania, che, con sentenza della Prima Sezione n. 3507 del 28 giugno 2017⁴¹, ha ritenuto che «l'operatività del “cumulo alla rinfusa” per i consorzi stabili non può ritenersi, allo stato, venuto meno nel nuovo quadro ordinamentale conseguente alla entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. n. 50/2016», e ciò perché gli artt. 83, comma 2, e 216, comma 15, del citato decreto «sanciscono la vigenza del descritto principio - nelle more dell'adozione di specifiche disposizioni ministeriali su proposta dell'Anac - scolpito dall'art. 36, comma 7, del D.Lgs. n. 163/2006, richiamato a sua volta dall'art. 81 del D.P.R. n. 207/2010». Il Giudice campano ammetteva il contrasto tra l'art. 47, comma 2, del codice appalti che limitava l'applicazione del beneficio esclusivamente ai consorzi stabili costituiti da non più di 5 anni e la propria lettura del quadro normativo vigente in materia di “cumulo alla rinfusa”, ma riteneva che – in presenza di tale contrasto – andasse preferita l'interpretazione che salvaguardasse la massima partecipazione delle imprese alle gare ad evidenza pubblica, coerentemente, tra l'altro, con la previsione contenuta nell'art. 83, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 che, nel prescrivere che i requisiti e le capacità per le qualificazioni devono essere attinenti e proporzionali all'oggetto dell'appalto, richiama l'interesse pubblico «ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione». La soluzione indicata dal TAR Lazio ha avuto anche l'avallò dell'ANAC⁴².

⁴¹ ECLI:IT:TARNA:2017:3507SENB, in *giustizia-amministrativa.it*.

⁴² Parere di Precontenzioso n. 33 del 10 gennaio 2018 - rif. PREC. 132/17/S: «La soluzione da adottare è quella indicata dal Tar Lazio con la sentenza n. 1324 del 25 gennaio 2017 secondo cui, allo stato attuale e fino all'adozione delle linee-guida previste dall'articolo 83, comma 2, del D.lgs. 50/2016, per la partecipazione dei consorzi stabili alle gare pubbliche, si applicano le previgenti disposizioni contenute nell'articolo 36, comma 7, del d.lgs. 163/2006, ovvero la regola per la quale i consorzi stabili si qualificano sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate, senza necessità di stipulare un contratto di avallimento. Tale regola, chiarisce il TAR, vale sia per gli appalti di lavori che di servizi infatti “nel previgente ordinamento, per la questione qui controversa, non è rinvenibile alcuna differenziazione tra appalti di lavori e appalti di servizi”. L'interpretazione del Collegio risponde anche a un criterio di natura teleologica evidenziando l'interesse pubblico alla più ampia partecipazione delle imprese nella fase di determinazione dei requisiti di ammissione. Inoltre, da un punto di vista sistematico, si evince che laddove il legislatore abbia voluto fornire una disciplina distinta per le tre principali tipologie contrattuali (lavori, servizi e forniture) vi sia sempre un'esplicita previsione in tal senso. L'operatività del “cumulo alla rinfusa” per i consorzi stabili quindi non può ritenersi venuta meno nel nuovo quadro ordinamentale conseguente alla entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. n. 50/2016. (T.A.R. Lazio, Roma, n. 1324/2017). La limitazione dell'applicazione del beneficio esclusivamente ai Consorzi stabili costituiti da non più di 5 anni – invocata dall'istante a sostegno della propria tesi - in virtù dell'art. 47, comma 2, del nuovo codice appalti vigente *ratione temporis*, antecedente alla novella attuata con il decreto correttivo D.Lgs. n. 56/2017 non è applicabile. In questo senso, la sentenza del Tar Lazio sopra citata (n. 1324 del 25 gennaio 2017) ha definitivamente chiarito che nel contrasto tra disposizioni che ammettono il “cumulo alla rinfusa” incondizionatamente e a prescindere dalla data di costituzione del consorzio stabile (i citati art. 83, comma 2, art. 216, comma 14, del D.Lgs. n. 50/2016 ed il previgente art. 36, comma 7, del D.Lgs. n. 163/2006) e quelle che, viceversa, ne ammettono l'applicazione solo ai consorzi neocostituiti (art. 47, comma 2, prima della novella del 2017) va preferita l'interpretazione che salvaguarda la massima partecipazione delle imprese alle gare ad evidenza pubblica coerentemente, tra l'altro, con la previsione contenuta nell'art. 83, comma 2, del D.Lgs. n. 50/2016 che, nel prescrivere che i requisiti e le capacità per le qualificazioni devono essere attinenti e proporzionali all'oggetto dell'appalto, richiama l'interesse pubblico “ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione”. A riprova di tanto, la limitazione temporale di cui al citato art. 47 comma 2 il legislatore l'ha poi eliminata con il decreto correttivo di cui al D.Lgs. n. 56/2017, mostrando così di recepire il principio favorevole all'applicazione generalizzata del cumulo dei requisiti in capo ai consorzi stabili. In proposito va ricordato che l'interpretazione è corroborata dai chiarimenti forniti dall'Anac nel proprio comunicato dell'8 giugno 2016 “sulle questioni interpretative relative all'applicazione delle disposizioni del d.lgs. 50/2016 nel periodo transitorio”. In tal sede, in relazione al quesito su quali siano le norme applicabili alla qualificazione dei consorzi sino all'adozione delle linee guida previste dall'art. 82, comma 2, del D.Lgs. n. 50/2016, l'Anac ha rilevato che i requisiti sono individuati in linea generale dall'art. 47 del nuovo codice, aggiungendo che “si applica la parte II, titolo III, del D.P.R. 207/2010. Tra queste disposizioni sono ricomprese anche quelle che disciplinano la qualificazione dei consorzi e, in particolare, l'art. 81,

Le due sentenze dei TAR del Lazio e della Campania non sono state appellate. Il Consiglio di Stato ha, però, avuto occasione di pronunciarsi sul tema, confermando la sentenza del TAR Toscana, Sezione Prima, n. 1385 del 15 novembre 2017⁴³, che aveva ritenuto la disciplina transitoria – di cui al combinato disposto degli artt. 83, comma 2, e 216, comma 14, del codice degli appalti – dettata con esclusivo riguardo alla materia dei lavori e, come tale, insuscettibile di applicazione nell'affidamento di servizi. Come detto, la sentenza n. 5427 del 17 settembre 2018 riprende tutte le esposte considerazioni critiche alla decisione del TAR Lazio per concludere che *«la disciplina transitoria di cui agli artt. 83, comma 2 e 216, comma 14 del Codice – nella parte in cui rende interinalmente operative le disposizioni del previgente Regolamento – non è applicabile, in quanto riferita esclusivamente agli appalti aventi ad oggetto l'affidamento di lavori»*.

5. Segue. L'art. 47, comma 2, post correttivo

Come già detto, il correttivo ha riformulato il secondo comma dell'art. 47 disponendo che i consorzi stabili (ed i consorzi di società di ingegneria) possono utilizzare sia i requisiti di qualificazione maturati in proprio, sia quelli delle singole consorziate designate per l'esecuzione delle prestazioni, sia, mediante avvalimento, quelli delle altre consorziate non designate per l'esecuzione del contratto.

Chi scrive, nel già citato commento, aveva affermato⁴⁴ che tale innovazione avesse determinato il superamento del criterio del c.d. cumulo alla rinfusa, in quanto, in ragione della nuova norma, i consorzi stabili potevano utilizzare i requisiti di qualificazione posseduti dalle sole imprese consorziate indicate quali esecutrici delle prestazioni; se avessero, invece, voluto utilizzare i requisiti delle altre consorziate, i consorzi avrebbero dovuto ricorrere all'istituto dell'avvalimento, come se fossero imprese estranee al

che, attraverso un rinvio recettizio, dispone che la qualificazione dei consorzi stabili avviene secondo le disposizioni dell'art. 36, comma 7, del codice».

⁴³ ECLI:IT:TARTOS:2017:1385SENB, in *giustizia-amministrativa.it*. Il Giudice toscano, mentre liquidava con poche battute il dato testuale (*«In primo luogo, le richiamate previsioni riguardano la sola qualificazione per l'affidamento di lavori, e non anche di servizi, come inequivocabilmente si ricava dal tenore letterale dell'art. 83 co. 2 cit.»*), usava un argomento sistematico che ad una prima lettura avrebbe potuto sembrare logicamente incoerente. Scriveva il TAR che *«il limite dichiarato della compatibilità con le nuove regole impedisce l'integrale applicazione del d.P.R. n. 207/2010, rimanendone esclusa, per quanto qui interessa, proprio la disciplina in materia di qualificazione dei consorzi, incompatibile con il testo originario del sopravvenuto art. 47 co. 2 del d.lgs. n. 59/2016 (l'art. 81 del d.P.R. n. 207/2010, astrattamente incluso nel rinvio disposto dal citato art. 216 co. 14, rimanda al criterio del cumulo alla rinfusa dettato dall'art. 36 co. 7 del d.lgs. n. 163/2006, 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)»*. Ebbene, avrebbe potuto sembrare sotto il profilo logico discutibile usare come argomento dell'immediata vigenza di una norma l'incompatibilità della stessa con la disciplina transitoria applicabile. Ciò a meno che non si ritenesse l'art. 47, nella sua formulazione originaria, comunque immediatamente vigente. Tale norma ha voluto superare per la qualificazione dei consorzi stabili, in qualsiasi settore operanti, il criterio del cumulo alla rinfusa; pertanto, la disciplina transitoria applicabile, in attesa dell'adozione delle linee guida ANAC con riferimento al settore dei lavori, sarebbe stato il sistema unico di qualificazione previsto dall'ordinamento previgente, nei limiti in cui fosse compatibile con i criteri posti dall'art. 47 citato. Questa conclusione portava ad escludere già nel periodo transitorio il criterio del cumulo alla rinfusa anche per la qualificazione dei consorzi stabili di lavori.

⁴⁴ Contrariamente a quanto sostenuto da A. CHIETTINI, *Art. 47*, in R. GAROFOLI - G. FERRARI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, op. cit., p. 858.

patto consortile⁴⁵. Il legislatore del correttivo avrebbe così assestato un duro colpo alla teoria organica del consorzio quale «*impresa operativa che fa leva sulla causa mutualistica*»⁴⁶.

Certo non aiutava questa opzione ermeneutica il parere che il Consiglio di Stato ha reso sullo schema di decreto correttivo⁴⁷. La formulazione definitiva dell'art. 47, comma 2, è stata infatti suggerita proprio in quella sede consultiva, in sostituzione della norma proposta dal Governo, giudicata oscura e tale da non chiarire se si fosse voluto superare l'indirizzo giurisprudenziale formatosi nel sistema previgente. Ebbene, il supremo consesso ha proposto la norma, poi recepita nel decreto, indicandola come una «*soluzione in linea con quella elaborata dalla giurisprudenza*». Riteneva, però, chi scrive, che fosse considerazione non confutabile quella per cui l'aver previsto che il consorzio potesse utilizzare i requisiti delle consorziate non indicate come esecutrici delle prestazioni solo mediante avvalimento determinasse una netta cesura con la giurisprudenza citata nello stesso parere, a mente della quale «*il modulo del consorzio stabile (...) realizza una particolare forma di avvalimento che poggia direttamente sul patto consortile e sulla causa mutualistica*».

Anche l'autorevole dottrina che non ha condiviso tale conclusione, ritenendola troppo «*drastica*», non ha messo in dubbio che la nuova disposizione si riferisse all'istituto dell'avvalimento⁴⁸.

In senso parzialmente diverso si è posta l'ANAC che, con l'art. 23, comma 3, della Proposta finalizzata all'adozione del decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti di cui all'art. 83, comma 2, del d.lgs. 50/2016, ha previsto che la qualificazione dei consorzi stabili nel settore dei lavori fosse conseguita

⁴⁵ Ciò a meno che non si ritenga, con parte della dottrina (F. CARINGELLA - M. PROTTO (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, op. cit., p. 196; si veda anche T. ROSSI, *L'applicazione del "cumulo alla rinfusa" ai consorzi di cooperative*, in *L'Amministrativista*, 15 novembre 2017), che il "cumulo alla rinfusa" rappresenti la qualificazione del consorzio mediante i requisiti delle imprese indicate come esecutrici delle prestazioni.

⁴⁶ Cons. St., Sez. VI, 10 maggio 2013, n. 2563, cit.

⁴⁷ Cons. St., Comm. Spec., 30 marzo 2017, n. 782.

⁴⁸ F. LATTANZI, *Consorzi stabili*, op. cit., pp. 608-610. L'Autore giudica ragionevole l'opzione fatta propria dal legislatore in sede di primo correttivo in quanto «*imponendo l'avvalimento per la proficua allegazione dei requisiti speciali della consorziate non designata da parte del consorzio stabile, previene la possibilità che essi vengano utilizzati più di una volta nella stessa gara, così realizzando una non consentita ipotesi di elusione del precetto di cui all'art. 89, co. 7, del codice, secondo cui "in relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, ovvero che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti"*. Mostra di ritenere che la disposizione si riferisca all'istituto dell'avvalimento anche P. CARBONE, *La disciplina dei consorzi stabili nel codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, dopo il primo decreto correttivo (d.lgs. n. 56 del 2017)*, op. cit., p. 90, n. 96, il quale, sul presupposto che, nel settore dei lavori, la disciplina transitoria (e, in prospettiva, definitiva, nel caso fosse stato adottato il decreto del MIT conformemente alla proposta dell'ANAC, su cui *infra*) consentisse al consorzio di qualificarsi con i requisiti di tutti i consorziati afferma di non comprendere «*il senso di una disposizione in forza della quale il consorzio potrebbe utilizzare i requisiti dei consorziati non designati per l'esecuzione in forza di avvalimento. Infatti, se i consorzi stabili conseguono la qualificazione mediante sommatoria dei requisiti dei singoli consorziati, non si comprende perché mai il consorzio debba ricorrere all'avvalimento per poter utilizzare i requisiti dei consorziati per conto dei quali non prenda parte alla gara*». Ancora, recentemente, F. CARINGELLA - M. GIUSTINIANI - P. MANTINI, *I contratti pubblici*, op. cit., pp. 635-636, affermano che il modulo organizzativo e gestionale che consentiva al consorzio di avvalersi di qualsiasi contributo (in termini di requisiti) dei consorziati, senza dover ricorrere allo strumento dell'avvalimento «*valeva per le imprese consorziate designate per l'esecuzione delle prestazioni, dovendosi fare ricorso all'avvalimento nella diversa ipotesi in cui il consorzio intendesse utilizzare ai fini della qualificazione i requisiti delle imprese, pure consorziate ma non indicate in sede di gara*». In senso diverso pare porsi R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge "sblocca cantieri"*, Torino, 2020, p. 637, che afferma: «*La previsione del correttivo sembrava superare quella del c. 1 dell'art. 47, che solo per alcuni requisiti consente il "cumulo alla rinfusa", laddove il nuovo c. 2 sembra consentirlo per tutti i requisiti*».

mediante la sommatoria dei requisiti delle singole imprese consorziate a seguito della verifica dell'effettiva sussistenza in capo ai consorziati dei corrispondenti requisiti, riprendendo così quanto disposto dall'art. 36, comma 7, d.lgs. n. 163 del 2006 e confermando, pertanto, il criterio del cumulo alla rinfusa nella qualificazione dei consorzi stabili di lavori. Al comma 6 dello stesso art. 23, però, l'Autorità ha previsto che 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 avvalimento»*. Quindi, l'ANAC sembrava interpretare l'art. 47, comma 2, post-correctivo, come abilitante il consorzio a qualificarsi con i requisiti di tutte le consorziate quando eseguisse direttamente i lavori; qualora, invece, il consorzio designasse una consorziata come esecutrice, questa avrebbe dovuto avere i requisiti richiesti per l'esecuzione dei lavori, potendo – in mancanza – avvalersi di quelli di altra impresa consorziata⁴⁹. Ora, in disparte la difficile compatibilità della proposta dell'Autorità con la lettera dell'art. 47, comma 2, citato (a mente del quale era il consorzio – non la consorziata designata come esecutrice – che poteva utilizzare mediante avvalimento i requisiti di qualificazione delle singole imprese consorziate non designate per l'esecuzione del contratto), è un dato che il riferimento all'«avvalimento» operato dalla disposizione era inteso in senso tecnico, tanto che l'Autorità stessa evidenziava in calce all'art. 23 che, *«nel documento di consultazione finalizzato alla formulazione della proposta del MIT per l'adozione del decreto di cui all'art. 83, comma 2, del codice nella parte relativa ai casi e alle modalità di avvalimento, di prossima pubblicazione, sarà proposta, quale possibile facilitazione da riconoscere in considerazione della natura del consorzio e della finalità mutualistica che lo caratterizza, che l'avvalimento tra imprese consorziate possa avvenire a prescindere da un contratto di avvalimento, sulla base di una dichiarazione unilaterale di impegno dell'impresa ausiliaria, analogamente a quanto consentito nel caso di avvalimento infragruppo»*⁵⁰.

⁴⁹ L'autorità, in calce all'art. 23 della Proposta, nell'invitare gli *«Stakeholder ad esprimere il loro avviso in ordine alla previsione che la consorziata deve esser in possesso dei requisiti richiesti per i lavori che le sono affidati»*, affermava di ritenere che *«con la previsione del comma 2 [è da ritenere - ancorché l'Autorità non lo specifichi - dell'art. 47, d.lgs. n. 50/2016, vigente al momento dell'adozione della proposta], il legislatore abbia voluto specificare che il consorzio stabile può partecipare ad una gara se è qualificato per le categorie e classifiche di lavorazioni richieste dal bando. Nel momento in cui dovrà designare la consorziata incaricata dell'esecuzione dei lavori, il consorzio avrà due possibilità: 1) scegliere una consorziata qualificata per le categorie richieste dal bando; 2) indicare quale impresa esecutrice una consorziata non qualificata per dette categorie. In tal caso, però, la consorziata esecutrice dovrà avvalersi dei requisiti di altra consorziata qualificata»*.

⁵⁰ E infatti, l'art. 3, comma 4, della *«Proposta al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti finalizzata all'adozione del decreto di cui all'art. 83, comma 2, del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nella parte relativa ai casi e alle modalità di avvalimento»* ([in anticorruzione.it](http://in.anticorruzione.it)), dispone: *«Nei casi di avvalimento infragruppo e di avvalimento tra imprese consorziate di cui all'art. 47, comma 2, del codice, le informazioni riportate al comma 1, devono risultare dalla dichiarazione unilaterale dell'impresa ausiliaria di cui all'art. 89, comma 1, anche con riferimento alla durata dell'impegno dalla stessa assunto»*. Da notare che la proposta dell'ANAC sul punto si poneva in contrasto con la giurisprudenza. Infatti, l'art. 89 non riproduce più, per il c.d. avvalimento infragruppo, le facilitazioni probatorie previste nell'art. 49, comma 2, lett. g), dell'abrogato d.lgs. n. 163 del 2006 (per cui, in luogo del contratto di avvalimento, vi era

6. Segue. La sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 5 del 2021

Ebbene, la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 18 marzo 2021, n. 5 ha messo in crisi questo quadro di comune consenso quanto meno sul significato del termine “avvalimento” nel contesto dell'art. 42, comma 2, post-correttivo.

L'alto consesso della giustizia amministrativa era stato chiamato a dirimere la questione, posta dal CGARS con ordinanza n. 1211/2020, «*se, nell'ipotesi di partecipazione ad una gara d'appalto di un consorzio stabile, che ripeta la propria qualificazione, necessaria ai sensi del bando, da una consorziata non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori, quest'ultima vada considerata come soggetto terzo rispetto al consorzio, equiparabile all'impresa ausiliaria nell'avvalimento, sicché la perdita da parte della stessa del requisito durante la gara imponga alla stazione appaltante di ordinarne la sostituzione, in applicazione dell'art. 89 co. 3, d.lgs. n. 50/2016 e/o dell'art. 63, direttiva 24/2014/UE, derogandosi, pertanto, al principio dell'obbligo del possesso continuativo dei requisiti nel corso della gara e fino all'affidamento dei lavori*».

Era accaduto che, dopo aver aggiudicato un appalto in favore di un consorzio stabile, la stazione appaltante avesse annullato l'aggiudicazione in sede di verifica dei requisiti avendo accertato che il consorzio aveva perso l'attestazione di qualificazione SOA dopo la presentazione della domanda di partecipazione, riacquistandola prima della conclusione della gara.

Più precisamente, il consorzio al momento della presentazione dell'istanza di partecipazione possedeva la qualificazione nella categoria richiesta dall'appalto tramite una propria consorziata, la quale, a sua volta, la derivava da un rapporto di avvalimento con altra impresa. Venuto meno tale rapporto, l'organismo di attestazione dichiarava decaduta la consorziata (e quindi il consorzio) dall'attestazione di qualificazione SOA. Il consorzio poi riacquistava il requisito inserendo direttamente l'impresa (originariamente) ausiliaria nella compagine consortile.

Con sentenza n. 640 del 17 marzo 2020⁵¹, il TAR Sicilia (Sezione Prima) aveva respinto il ricorso del consorzio, richiamando, per un verso, il principio di continuità nel possesso dei requisiti di ammissione sancito dall'Adunanza plenaria nella decisione n. 8 del 2015⁵², e ritenendo, per altro verso, inapplicabile l'art. 89, comma 3, d.lgs. n. 50/2016, il quale, nell'ambito della disciplina dell'avvalimento, dispone che

la possibilità di presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo). Ciò ha indotto la giurisprudenza a ritenere che anche in caso in cui l'impresa ausiliaria appartenga al medesimo gruppo societario dell'ausiliata, quest'ultima è tenuta comunque a produrre, pena l'esclusione dalla gara, un contratto di avvalimento nel quale siano cristallizzati gli impegni assunti nei suoi confronti dall'ausiliaria c.d. infragruppo. Cfr. Cons. St., Sez. VI, 13 febbraio 2018, n. 907, ECLI:IT:CDS:2018:907SENT; TAR Lazio, Sez. II, 15 febbraio 2021, n. 1841, ECLI:IT:TARLAZ:2021:1841SENB; Id., Sez. II-*quater*, 1° aprile 2021, n. 4686, ECLI:IT:TARLAZ:2021:4686SENT; Id., Sez. III, 9 maggio 2017, n. 5545, ECLI:IT:TARLAZ:2017:5545SENT, tutte in www.giustizia-amministrativa.it. Sul tema, per la dottrina, M. AMITRANO ZINGALE, *Avvalimento operativo riguardante certificazione ISO ed avvalimento infragruppo*, in *Urbanistica e appalti*, n. 4/2021, pp. 546 ss..

⁵¹ ECLI:IT:TARPA:2020:640SENT, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵² Cons. Stato, Ad. Pl., 20 luglio 2015, n. 8, ECLI:IT:CDS:2015:8APPLE, in www.giustizia-amministrativa.it.

l'operatore economico possa sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione.

Il Giudice di appello ha quindi posto la questione indicata all'Adunanza Plenaria, che ha fondato la soluzione positiva sui seguenti argomenti.

L'alto consesso muove dalla natura del consorzio stabile e dal suo rappresentare una stabile struttura di impresa collettiva, con propria soggettività giuridica distinta ed autonoma rispetto ai singoli consorziati, tanto da poter eseguire anche in proprio le prestazioni affidate con il contratto; quindi, si sofferma sulla versione dell'art. 46 del codice applicabile *ratione temporis* (ovvero, quella vigente tra il primo correttivo - d.l.gs. n. 56/2017 - ed il c.d. "sblocca cantieri" - d.l. n. 32/2019), affermando che questa consentiva un ricorso ampio al meccanismo di qualificazione c.d. alla "rinfusa", laddove disponeva che i consorzi stabili potessero utilizzare, al fine della qualificazione, sia i requisiti 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. Siffatto meccanismo – a giudizio dell'Adunanza Plenaria – aveva radici nella natura del consorzio stabile, giustificandosi in ragione del patto consortile, caratterizzato dalla causa mutualistica, e del rapporto duraturo ed improntato a stretta collaborazione tra le imprese consorziate. Si sarebbe realizzato, in particolare, tra l'impresa non designata che prestava i requisiti ed il consorzio un rapporto molto simile a quello dell'avvalimento, anche se meno intenso: da una parte, il consorziato avrebbe prestato i requisiti senza partecipare all'offerta, similmente all'impresa avvalsa, dall'altra, pur facendo ciò, sarebbe rimasto esente da responsabilità (diversamente dall'impresa avvalsa).

Di qui la risposta affermativa del supremo Giudice amministrativo al quesito, in forza di un'interpretazione dell'art. 89, comma 3, del codice⁵³, orientata alla corretta applicazione dell'art. 63 della direttiva 2014/24/UE⁵⁴, che non dà – come invece ha fatto il legislatore italiano in sede di recepimento

⁵³ A mente del quale, la stazione appaltante *«impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione»*.

⁵⁴ Si veda, per un'interpretazione restrittiva della norma della direttiva e, conseguentemente, dell'art. 89, comma 3, del Codice, F. CARDARELLI-S. CARDARELLI-C. TRECROCI, *Le modificazioni soggettive degli operatori economici in corso di gara: RTI, subappalto, avvalimento e operazioni straordinarie*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc. 5, ottobre 2019, pp. 625 ss. Gli Autori, sulla scorta dei principi affermati dalla Corte di Giustizia, sia pure nel vigore delle direttive del 2004, ritengono che le modificazioni afferenti all'impresa ausiliaria dovrebbero ritenersi vietate *«se ed in quanto costituenti «una modifica sostanziale dell'offerta e dell'identità stessa dell'operatore economico»*. E in effetti, la Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con il diritto europeo del Codice De Lise, laddove prevedeva l'esclusione del concorrente nel caso in cui, dopo la presentazione dell'offerta, l'impresa ausiliaria avesse perso la qualificazione per la categoria di prestazione richiesta nel bando, ha affermato che *«consentire, in modo imprevedibile, esclusivamente a un raggruppamento d'impresе di sostituire un'impresa terza che fa parte del raggruppamento, e che ha perduto una qualificazione richiesta a pena di esclusione, costituirebbe una modifica sostanziale dell'offerta e dell'identità stessa del raggruppamento»* (Corte Giustizia UE, 14 settembre 2017, *Casertana Costruzioni*, Causa C-223/16, punto, 39, ECLI:EU:C:2017:685, in www.curia.europa.eu). Quanto alle modifiche relative ai soggetti aggiudicatari, la Corte – sempre nel vigore delle direttive del 2004 - ha ritenuto che la decisione volta ad autorizzare la modifica della composizione del raggruppamento aggiudicatario implica una modifica rispetto alla decisione di aggiudicazione che può essere ritenuta sostanziale se, alla

– rilevanza qualificante alla responsabilità solidale dei soggetti avvalsi. Infatti, se è possibile, in via eccezionale, sostituire il soggetto legato da un rapporto di avvalimento, *a fortiori* dev'essere possibile sostituire il consorziato nei confronti del quale sussiste un vincolo meno intenso.

La chiave interpretativa delineata non tocca – a giudizio dell'Alto Consesso - la perdurante validità del principio di necessaria continuità nel possesso dei requisiti, affermato dall'Adunanza Plenaria con sentenza n.8/2015, né il più generale principio di immodificabilità soggettiva del concorrente⁵⁵. Tale principio va oggi enucleato dal mutato quadro normativo che, per il tramite dell'art. 63 della direttiva 2014/24/UE, pacificamente impone che il soggetto avvalso, che nelle more del procedimento di gara o durante l'esecuzione del contratto perda i requisiti, venga sostituito.

È la sostituzione – conclude l'Adunanza Plenaria – lo strumento nuovo e alternativo che, alla luce del principio di proporzionalità, consente di garantire la continuità del possesso dei requisiti in tutti i casi in cui il concorrente si avvalga dell'ausilio di operatori terzi.

La decisione, pur senza citarla, evoca chiaramente, sul punto, la giurisprudenza più recente della Corte di giustizia UE che, muovendo dal *considerando* 101, terzo comma, della direttiva 2014/24, impone di valutare secondo il canone di proporzionalità cause di esclusione che non riguardino direttamente il concorrente, ma un soggetto estraneo alla sua impresa⁵⁶.

luce delle particolarità della procedura di appalto di cui trattasi, essa riguarda uno degli elementi essenziali che hanno determinato l'adozione della decisione di aggiudicazione. In tale ipotesi sarebbe necessario applicare le misure pertinenti previste dal diritto nazionale al fine di porre rimedio a tale situazione irregolare, che possono implicare anche l'organizzazione di una nuova procedura di aggiudicazione (Corte Giustizia UE, 8 maggio 2014, *Idrodinamica Spurgo Velox e a.*, C-161/13, ECLI:EU:C:2014:307, punto 39 nonché giurisprudenza ivi citata). Inoltre, nell'ambito dei contratti di concessione, la Corte ha dichiarato che la sostituzione del subappaltante, anche qualora la relativa possibilità sia prevista nel contratto, può in casi eccezionali costituire una modifica sostanziale di uno degli elementi essenziali del contratto di concessione, allorché il ricorso ad un subappaltante piuttosto che ad un altro, tenuto conto delle caratteristiche proprie della prestazione di cui trattasi, ha costituito un elemento determinante della conclusione del contratto (Corte Giustizia UE, 13 aprile 2010, *Wall*, C-91/08, EU:C:2010:182, punto 39).

⁵⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 26 aprile 2018, n. 2527, ECLI:IT:CDS:2018:2527SENT in www.giustizia-amministrativa.it, che ha definito la sostituzione dell'ausiliaria durante la procedura «*istituto patentemente derogatorio al principio dell'immodificabilità soggettiva del concorrente nel corso della procedura (nonché di coloro di cui intende avvalersi: e, per questa via, della stessa offerta)*».

⁵⁶ Corte Giustizia UE (Seconda Sezione), 30 gennaio 2020, *TIM S.p.A.*, Causa C-395/18, ECLI:EU:C:2020:58, punto 53 in curia.europa.eu. La Corte ha dichiarato che la normativa italiana in materia di contratti pubblici (art. 80, comma 5, lettera *η*), del Codice), nella parte in cui prevede l'esclusione automatica dei singoli concorrenti per la violazione della normativa sul lavoro dei disabili da parte dei propri subappaltatori (indicati nella domanda di partecipazione), non risulta conforme al principio di proporzionalità di matrice europea. In siffatte ipotesi occorre infatti una valutazione, “caso per caso”, in merito alle misure correttive eventualmente poste in essere dal concorrente stesso onde salvaguardare il proprio livello di integrità professionale. La pronuncia cita per analogia le sentenze del 19 maggio 2009, *Assitur*, C-538/07, ECLI:EU:C:2009:317, punto 30; del 13 dicembre 2012, *Forposta e ABC Direct Contact*, C-465/11, ECLI:EU:C:2012:801, punti 34 e 35, nonché del 26 settembre 2019, *Vitali*, C-63/18, ECLI:EU:C:2019:787, punti 40 e 41, in curia.europa.eu. Circa, invece, la necessaria compatibilità con il principio di parità di trattamento di modifiche della composizione soggettiva del concorrente si veda Corte Giustizia UE, 24 maggio 2016, *MT Højgaard A/S*, Causa C-396/14, ECLI:EU:C:2016:347, punto, 48, con nota di A. BROWN, *If one partner in two party bidding consortium drops out, may the remaining party continue as a tenderer in its own name? The EU Court of Justice ruling in case c-396/14 MT Højgaard and Zublin v Banednmark*, in *Public Procurement Law Review*, 2016, pp. 191 ss., a mente della quale il principio di parità di trattamento degli operatori economici, di cui all'articolo 10 della direttiva 2004/17, in combinato disposto con l'articolo 51 della medesima, deve essere interpretato nel senso che un ente aggiudicatore non viola tale principio se autorizza uno dei due

Ma - sia detto per inciso - forse è proprio il principio della continuità del possesso dei requisiti a dover essere rimeditato, anche a seguito della recente sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 2 del 25 gennaio 2022⁵⁷, che ha ritenuto che la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 da parte del mandatario o di una delle mandanti, è consentita non solo in sede di esecuzione, quanto anche in fase di gara, in tal senso interpretando l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter del Codice⁵⁸. È questo, però, tema che esula dalle finalità del presente lavoro.

Tornando invece alla sentenza n. 5/2001, questa è di estrema importanza per il tema della qualificazione dei consorzi stabili, in quanto non si limita a fornire – con i crismi della nomofilachia – l'interpretazione del testo dell'art. 47, comma 2, del codice in vigore tra il primo correttivo al codice e il d.l. n. 32/2019 (c.d. “sblocca cantieri”), ma – sia pure con un *obiter dictum* – offre la sua interpretazione del testo attualmente in vigore, affermando che questo avrebbe ripristinato l'originaria limitata perimetrazione del c.d. “cumulo alla rinfusa” ai soli aspetti relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo⁵⁹.

7. *Segue*. Considerazioni critiche sulla sentenza dell'Adunanza Plenaria

Con la sentenza citata, l'Adunanza Plenaria legge il riferimento all'avvalimento operato dall'art. 47, comma 2, *post* correttivo, non come rinvio al relativo istituto disciplinato dal codice, ma come evocazione di quella «speciale forma di avvalimento» che la giurisprudenza ha tradizionalmente individuato nei rapporti tra consorzio e consorziati. Ciò le consente di ritenere applicabile il criterio di qualificazione del “cumulo alla rinfusa” anche nel vigore dell'art. 47, comma 2, dopo le modifiche introdotte dal d.lgs. n. 56/2017,

operatori economici che facevano parte di un raggruppamento di imprese invitato, in quanto tale, da siffatto ente a presentare un'offerta, a subentrare a tale raggruppamento in seguito allo scioglimento del medesimo e a partecipare, in nome proprio, a una procedura negoziata di aggiudicazione di un appalto pubblico, purché sia dimostrato, da un lato, che tale operatore economico soddisfa da solo i requisiti definiti dall'ente di cui trattasi e, dall'altro, che la continuazione della sua partecipazione a tale procedura non comporta un deterioramento della situazione degli altri offerenti sotto il profilo della concorrenza. Si veda, inoltre, in dottrina F. CARDARELLI-S. CARDARELLI-C. TRECROCI, *Le modificazioni soggettive degli operatori economici in corso di gara: RTI, subappalto, avvalimento e operazioni straordinarie*, cit., i quali rilevano che «[s]econdo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, l'applicazione del principio di identità soggettiva dell'operatore economico che partecipa ad una procedura di gara è funzionale al rispetto della parità di trattamento e di trasparenza; detti principi sono immanenti nell'ambito dello svolgimento della serie procedimentale. Queste finalità devono essere tuttavia ponderate con il principio di concorrenza, e con l'applicazione del criterio di proporzionalità».

⁵⁷ ECLI:IT:CDS:2022:2APLE, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁸ È significativo che l'Adunanza rilevi, al punto 10.2., che «i commi 17, 18 e 19, quali norme di eccezione alla norma generale, introducono una pluralità di esclusioni a tale principio [quello generale di “immodificabilità” del raggruppamento], tali per la verità (stante il loro numero) da renderne sempre meno concreta l'applicazione».

⁵⁹ Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 18 marzo 2021, n. 5, *cit*, punto 8.2: «La disposizione ha avuto vigore sino al 2019. L'art. 1, comma 20, lett. l), n. 1), del D.L. 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 giugno 2019, n. 55, ha eliminato tale regola, ripristinando l'originaria e limitata perimetrazione del cd. cumulo alla rinfusa ai soli aspetti relativi alla “disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo”, i quali sono “computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate”».

statuendo che il consorzio stabile potesse ancora utilizzare, al fine della qualificazione, anche i requisiti posseduti dalle imprese consorziate non indicate per l'esecuzione del contratto, senza ricorrere all'istituto dell'avvalimento.

Con tutta la cautela che impone il commento di una decisione dell'organo deputato a svolgere la funzione nomofilattica nell'ambito della giustizia amministrativa, sembra a chi scrive di poter formulare le seguenti considerazioni critiche.

Innanzitutto, il termine "avvalimento", pur essendo formula linguistica di «*evidente labilità connotativa*»⁶⁰, individua pur sempre un particolare istituto giuridico, peraltro disciplinato dalla medesima fonte (il codice degli appalti) della disposizione oggetto dell'interpretazione dell'Adunanza Plenaria. Tant'è che la stessa citata sentenza del Consiglio di Stato, che ne evidenzia la «*genericità tipologica*», si perita di individuare sul piano giuridico gli elementi caratterizzanti l'istituto⁶¹.

"Avvalimento" è termine tecnico, quindi, usato dall'art. 89 del codice – sin dalla rubrica – per definire un particolare istituto giuridico: un «*istituto del tutto innovativo*», come sottolinea la stessa Adunanza Plenaria citando il Consiglio di Stato⁶² e la Corte di Giustizia UE⁶³. È termine che nel diritto dei contratti pubblici dovrebbe avere un significato univoco, come tutte quelle espressioni che in linguistica vengono definite "tecnicismi specifici"⁶⁴. Ovvero, facendo ricorso alla teoria dell'interpretazione, dovrebbe applicarsi al caso – in uno con quello letterale – l'argomento della "costanza terminologica", secondo cui esiste nella legge «*una corrispondenza rigida tra concetti normativi e termini degli enunciati*»⁶⁵; argomento tanto più forte quando è la medesima fonte legislativa a usare l'*enunciato*.

⁶⁰ In questi termini, Cons. St., Sez. V, 25 marzo 2021, n. 2526, ECLI:IT:TARPA:2021:2526SENT, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶¹ Cfr. Cons. St., Sez. V, 25 marzo 2021, n. 2526, *cit.*: «*La complessiva logica 'economica' sottesa al meccanismo partecipativo si traduce, sul piano 'giuridico', nella valorizzazione – in un contesto negoziale trilaterale, operante sia sul piano interno dei "legami" (peraltro formalmente non tipizzati) tra la concorrente ausiliata e l'impresa ausiliaria che sul piano esterno dei rapporti con la stazione appaltante (cfr. art. 89, comma 1 d. lgs. n. 50/2016, che pretende la formalizzazione di apposita dichiarazione promissoria impegnativa indirizzata ad utrasque) – di una effettiva 'messa a disposizione' di risorse di carattere economico, finanziario tecnico o professionale (corrispondenti al c.d. requisiti speciali, di ordine oggettivo, concretanti criteri di selezione delle offerte, ex art. 83 d. lgs. cit.) che, ferma restando la formale imputazione della esecuzione (cfr. art. 89, comma 8), giustifica (anche laddove l'ausiliaria non assuma, come pure è astrattamente possibile, il ruolo di impresa associata o subappaltatrice: cfr., rispettivamente, art. 89, commi 1 e 8) la responsabilità solidale per l'esatto adempimento (cfr. art. 89, comma 5)».*

⁶² Cons. St., Sez. III, 25 novembre 2015, n. 5359, ECLI:IT:CDS:2015:5359SENT, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶³ Corte Giustizia UE, 14 settembre 2017, in causa C-223/16, *Casertana costruzioni s.r.l.*, ECLI:EU:C:2017:68, in www.curia.europa.it.

⁶⁴ Si veda per la relativa definizione B. MORTARA GARAVELLI, *Le parole e la giustizia*, Torino, 2001, p. 10: «*I tecnicismi specifici, cioè propri ed esclusivi di ciascun settore, sono termini di significato univoco (almeno tendenzialmente univoco), che non hanno corso fuori del linguaggio specialistico o settoriale*».

⁶⁵ G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in A. CICU - F. MESSINEO - L. MENGONI (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, I, toma 2, Milano, 1980, p. 377.

Rimanendo sul piano letterale – che non può, però, essere scisso da quello logico⁶⁶ –, l’opzione ermeneutica dell’Adunanza Plenaria non convince anche perché il termine “avvalimento” pare usato dal legislatore del primo correttivo, all’art. 47, comma 2, proprio in senso tecnico, con evidente rinvio alla rubrica dell’art. 89 del codice, ove figura appunto la sostantivazione del – più diffuso nell’uso comune⁶⁷ – verbo “avvalersi”. Il termine è, inoltre, preceduto dalla preposizione “mediante”, che conferisce al sintagma dipendente il senso di “strumento” per un fine. La disposizione, infatti, recita che i consorzi stabili 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 dei lavori*». Difficile pensare che una costruzione così articolata (“*mediante avvalimento*”) sia stata usata dal legislatore per esprimere un concetto che avrebbe potuto rappresentare meglio – senza dar adito a dubbi interpretativi – omettendola⁶⁸.

E, invero, nella ricostruzione dell’Adunanza Plenaria, la frase “mediante avvalimento” è del tutto superflua, in quanto, se la norma fosse quella indicata, la disposizione avrebbe potuto – e, quindi, dovuto – ometterla. Il senso del testo sarebbe stato proprio quello voluto dal supremo Giudice: ovvero, che i consorzi avrebbero potuto qualificarsi utilizzando *sia* i requisiti delle singole imprese designate per l’esecuzione, *sia* i requisiti delle imprese non designate. Ciò che era esattamente il portato del criterio del “cumulo alla rinfusa” come risultante dalla disposizione del codice De Lise, il quale si limitava a disporre che il consorzio stabile «*si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate*», senza fare distinzione tra imprese designate o meno per l’esecuzione delle prestazioni (art. 36, comma 7).

Nel ragionamento dell’Adunanza Plenaria, invece, tale distinzione si imporrebbe ai fini dei legami che si instaurano nell’ambito della gara tra consorzio stabile e consorziate, diversi nell’un caso e nell’altro. Infatti, solo le consorziate designate per l’esecuzione dei lavori partecipano alla gara e concordano

⁶⁶ Si veda A. BELVEDERE, *Pragmatica e semantica dell’art. 12 Preleggi*, in D. VERONESI (a cura di), *Linguistica giuridica italiana e tedesca*, Padova, 2000, p. 50. L’Autore critica la contrapposizione tra interpretazione *letterale* e *logica*, perché «*già a livello terminologico induce a ritenere che la prima non richieda alcun ragionamento o valutazione (limitandosi ad una passiva ricognizione di dati di fatto linguistici), e che la seconda resti sostanzialmente estranea all’ambito linguistico (in quanto fondata su di una nozione estranea a tale ambito, la intenzione del legislatore). Occorre invece riconoscere una maggiore unitarietà al procedimento di interpretazione della legge, considerandolo correttamente come un fenomeno che in nessuno dei suoi aspetti può sottrarsi ad una analisi svolta secondo i canoni delle scienze del linguaggio, le cui categorie devono pertanto potersi utilizzare anche con riferimento alla intenzione del legislatore; si eviterà così di attribuire a questa nozione un carattere di eterogeneità rispetto al significato degli enunciati legislativi*».

⁶⁷ È significativo che il *Lessico del XXI Secolo* de L’Enciclopedia Treccani, in www.treccani.it, indichi il significato del termine “avvalimento” richiamando esclusivamente l’«*Istituto di derivazione comunitaria, che trova il suo ambito di applicazione nella materia dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture [...]*».

⁶⁸ E infatti, come si è già visto, P. CARBONE, *La disciplina dei consorzi stabili nel codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, dopo il primo decreto correttivo (d.lgs. n. 56 del 2017)*, op. cit., p. 90, n. 96, il quale ritiene che nel settore dei lavori operasse il cumulo alla rinfusa anche in costanza dell’art. 47, comma 2, come modificato dal primo correttivo, si chiede «*il senso di una disposizione in forza della quale il consorzio potrebbe utilizzare i requisiti dei consorziate non designati per l’esecuzione in forza di avvalimento. Infatti, se i consorzi stabili conseguono la qualificazione mediante sommatoria dei requisiti dei singoli consorziate, non si comprende perché mai il consorzio debba ricorrere all’avvalimento per poter utilizzare i requisiti dei consorziate per conto dei quali non prenda parte alla gara*».

l'offerta, assumendo una responsabilità in solido con il consorzio stabile nei confronti della stazione appaltante (art. 47, comma 2, del codice dei contratti). Per le altre, il consorzio – nella tesi dell'Adunanza – si limiterebbe a mutuare, *ex lege*, i requisiti oggettivi, senza che da ciò discenda alcun vincolo di responsabilità solidale per l'eventuale mancata o erronea esecuzione dell'appalto⁶⁹.

Senonché, tale distinzione rileva ai fini della responsabilità dell'impresa consorziata ed è scolpita, prima ancora che dal codice degli appalti, dal codice civile, il quale all'art. 2615 prevede che i diritti dei terzi possono essere fatti valere esclusivamente sul fondo consortile per le obbligazioni assunte dal consorzio in nome e nell'interesse proprio, chiarendo che i singoli consorziati rispondono solidalmente con il fondo consortile per le obbligazioni assunte dal consorzio per loro conto⁷⁰.

Tale distinzione, invece, non rileva ai fini della qualificazione del consorzio, potendo questi utilizzare, se si ritiene operante il criterio del cumulo alla rinfusa, indistintamente i requisiti di tutte le consorziate.

Diverso discorso sollecita l'approdo, che sempre l'Adunanza pare suggerire, dell'esistenza di due forme di avvalimento: l'una, disciplinata dal codice dei contratti pubblici, che implica la responsabilità solidale dell'impresa avvalsa; l'altra, di stampo europeo, che ha la sua fonte diretta nell'art. 63 della direttiva 2014/24/UE e che ricomprende tutti i casi in cui un operatore economico, per un determinato appalto, fa affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi, senza che abbia rilevanza qualificante la responsabilità solidale dei soggetti avvalsi. A ben vedere, però, tali due forme di avvalimento si differenzierebbero solo sul versante della responsabilità solidale: aspetto rimesso dalla stessa direttiva europea alla scelta discrezionale delle amministrazioni aggiudicatrici e tradotto in precetto di legge dal legislatore interno in sede di recepimento⁷¹.

Anche sul piano sistematico l'opzione ermeneutica scelta dall'Adunanza Plenaria non convince.

⁶⁹ Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 18 marzo 2021, n. 5, *cit.*, punto 9.

⁷⁰ Si veda in questo senso F. CARINGELLA - M. GIUSTINIANI - P. MANTINI, *I contratti pubblici, op. cit.*, p. 634, che riconducono all'interno di tale schema anche la fonte della responsabilità nei confronti dei subappaltatori e dei fornitori nei confronti dei quali sono solidalmente obbligati anche i consorziati per conto dei quali il consorzio ha concluso i relativi contratti. Si veda anche G. FISCHIONE, *I consorzi stabili tra conferme e novità alla luce del D.lgs. 50/2016*, in *www.giustamm.it*, n. 9, 2017, il quale osserva che il nuovo codice degli appalti non sembra contenere disposizioni puntuali sul regime della responsabilità del consorzio stabile e/o delle sue consorziate nei confronti della stazione appaltante per le obbligazioni assunte dal consorzio stesso e che «*Sembra allora rilevante il regime previsto dal Codice Civile e segnatamente dall'art. 2615 c.c. [...]*». Sembra ragionare diversamente CGARS, 4 ottobre 2021, n. 831, *cit.*, laddove afferma che la consorziata esecutrice si pone, rispetto al consorzio stabile, «*in una posizione difficilmente inquadrabile negli schemi civilistici di sostituzione del soggetto portatore dell'interesse sostanziale con altro soggetto, quali il mandato (con o senza rappresentanza) e il contratto a favore del terzo, attesa la contemporanea responsabilità solidale di entrambi i protagonisti, consorzio S. e consorziata esecutrice, nei confronti dell'Amministrazione, né nella promessa del fatto del terzo (atteso il regime della responsabilità che lo connota) e richiamando tutt'al più la cessione del contratto senza liberazione del cedente, ma con la differenza della mancata previsione, a tutela della posizione del soggetto pubblico, della previa richiesta di adempimento da rivolgere al consorzio*». Ad avviso di chi scrive, stante il rapporto interorganico tra consorzio e imprese consorziate, nessuna delle figure negoziali citate dal Giudice siciliano sembrerebbe rilevare.

⁷¹ Senza considerare, poi, che nel caso deciso dall'Adunanza Plenaria si sarebbe verificato un avvalimento a cascata, vietato dall'art. 89, comma 6, del codice, avendo l'impresa consorziata non designata messo a disposizione del consorzio un requisito di cui a sua volta aveva la disponibilità grazie a un contratto di avvalimento.

L'intento dichiarato dal massimo Giudice amministrativo è il «*colmare la lacuna normativa esistente*», estendendo la possibilità di sostituzione dell'impresa avvalsa, prevista dall'art. 89 del codice, a quella forma attenuata di avvalimento rappresentata dall'utilizzazione ad opera del consorzio stabile dei requisiti di impresa consorziata non designata per l'esecuzione delle prestazioni: «*se è possibile, in via eccezionale, sostituire il soggetto legato da un rapporto di avvalimento, a fortiori dev'essere possibile sostituire il consorziato nei confronti del quale sussiste un vincolo che rispetto all'avvalimento è meno intenso*».

È però, questa, conclusione che dà per assunta la premessa: ovvero che – nel vigore della disposizione oggetto di interpretazione – il consorzio stabile potesse utilizzare i requisiti di imprese consorziate non designate per l'esecuzione senza ricorrere all'istituto dell'avvalimento. Se invece si accede alla tesi – preferita da chi scrive – che il consorzio poteva utilizzare i requisiti delle consorziate non designate solo ricorrendo all'avvalimento, non vi sarebbe stata alcuna lacuna normativa da colmare, in quanto le imprese consorziate avvalse avrebbero potuto e dovuto essere sostituite ai sensi dell'art. 89, comma 3, del codice. Dal che, un ulteriore argomento: tra più interpretazioni possibili di un enunciato normativo va senz'altro preferita quella che consente di *prevenire* una lacuna normativa, in quanto «*le lacune seguono – non precedono – l'interpretazione. L'interpretazione, in un senso, produce le lacune e, come le produce, così può anche evitarle e prevenirle*»⁷². Ovvero, alla *creazione*⁷³ del diritto ricorrendo al procedimento analogico (*legis* o *iuris*) si dovrebbe arrivare solo quando ad una prima interpretazione nessuna disposizione esprime una norma idonea a regolare la fattispecie in esame.

Un'ultima indicazione sul significato della disposizione in commento può trarsi – per quel che può valere – dagli atti parlamentari. La relazione illustrativa del disegno di legge di conversione del d.l. 18 aprile 2019, n. 32 – che nella tesi dell'Adunanza Plenaria avrebbe ridimensionato il cumulo alla rinfusa, limitandolo alle sole attrezzature, mezzi d'opera e organico medio annuo – presenta invece la modifica al comma 2 dell'art. 47 come «*tesa a chiarire la disciplina dei consorzi stabili onde consentire l'operatività e sopravvivenza di tale strumento pro-concorrenziale*»⁷⁴. Pare più coerente con tale prospettiva che l'intervento del legislatore abbia inteso eliminare un vincolo all'operatività del “cumulo alla rinfusa” – ovvero, il necessario ricorso all'avvalimento per utilizzare i requisiti delle consorziate non esecutrici –, piuttosto che ridimensionare il criterio stesso.

⁷² R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in (già diretto da) A. CICU - F. MESSINEO - L. MENGONI (e continuato da) P. SCHLESINGER, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2011, p. 131.

⁷³ Sempre GUASTINI, *op. ult. cit.*, p. 133, afferma che «*l'interpretazione – se può produrre le lacune, o prevenirle – non può però colmare le lacune: la lacuna, se si presenta, si presenta solo ad interpretazione ormai avvenuta; per colmarla, non resta che integrare il diritto, ossia creare diritto nuovo; e la produzione di una norma nuova, idonea a colmare una lacuna, è cosa concettualmente diversa dall'interpretazione di una disposizione preesistente: trattasi non di interpretazione, ma di costruzione giuridica*».

⁷⁴ Cfr. disegno di legge n. 1248 comunicato alla Presidenza del Senato della Repubblica il 18 aprile 2019, p. 5, in www.senato.it.

Occorre però evidenziare che la sentenza dell'Adunanza Plenaria, nella sua lettura del secondo comma dell'art. 47 allora vigente, è in linea con la giurisprudenza consolidata del Consiglio di Stato, a mente della quale il consorzio stabile «*si può giovare, senza necessità di ricorrere all'avalimento, dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse, secondo il criterio del "cumulo alla rinfusa"*»⁷⁵.

8. La disciplina vigente del “cumulo alla rinfusa”

La pronuncia dell'Adunanza Plenaria ha importanti riflessi anche sulla disciplina in vigore del “cumulo alla rinfusa”, sia perché, come anticipato, offre sia pur con un *obiter dictum*, la sua interpretazione del nuovo art. 47, comma 2, come modificato dal decreto c.d. “sblocca cantieri”, sia perché, nei limiti di operatività del criterio, trova applicazione il principio di diritto dalla stessa enunciato: ovvero che il consorzio stabile possa sostituire l'impresa consorziata non designata per l'esecuzione delle prestazioni di cui abbia utilizzato i requisiti in sede di qualificazione, nel caso questa li abbia persi.

Per tentare di risalire alla disciplina vigente del “cumulo alla rinfusa” occorre muovere dal testo delle disposizioni che interessano tale criterio di qualificazione.

Il primo comma dell'art. 47 è rimasto – sin dall'entrata in vigore del codice – immutato e recita: «*I requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi con le modalità previste dal presente codice, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate*».

L'art. 1, comma 20, lett. l), n. 1, del d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, nella l. 14 giugno 2019, n. 55, ha sostituito il comma 2 dell'art. 47 del codice con la seguente disposizione: «*I consorzi stabili di cui agli articoli 45, comma 2, lettera c), e 46, comma 1, lettera f), eseguono le prestazioni o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante. Per i lavori, ai fini della qualificazione di cui all'articolo 84, con il regolamento di cui all'articolo 216, comma 27 octies, sono stabiliti i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni. L'affidamento delle prestazioni da parte dei soggetti di cui all'art. 45, comma 2, lettera b) ai propri consorziati non costituisce subappalto*».

L'art. 1, comma 20, lett. l), n. 2, dello stesso d.l. ha inoltre introdotto, nel medesimo articolo, il comma 2 bis, del seguente tenore: «*La sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara per l'affidamento di servizi e forniture è valutata, a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati. In caso di scioglimento del consorzio stabile per servizi e forniture, ai consorziati sono attribuiti pro quota*

⁷⁵ Cons. St., Sez. V, 2 febbraio 2021, n. 96, ECLI:IT:CDS:2021:96SENT, in www.giustizia-amministrativa.it, che cita Cons. St., Sez. V, 11 dicembre 2020, n. 7943 e Id., Sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165, *cit.*

i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi maturati a favore del consorzio e non assegnati in esecuzione ai consorziati. Le quote di assegnazione sono proporzionali all'apporto reso dai singoli consorziati nell'esecuzione delle prestazioni nel quinquennio antecedente».

9. Segue. Il primo comma dell'art. 47

Il primo comma dell'art. 47 è identico all'art. 35 del d.lgs. n. 163/2006⁷⁶.

Il nuovo codice, però, non riproduce il testo dell'art. 36, comma 7, del codice De Lise, il quale – come detto – aveva consentito alla giurisprudenza una applicazione estensiva del criterio del cumulo alla rinfusa, sia nel senso di ritenere identico l'ambito di operatività dello stesso tanto nel settore dei lavori quanto in quelli dei servizi e delle forniture, sia nel senso di declinare il criterio nella sua portata massima.

La mancata riproduzione del testo dell'art. 36, comma 7, del vecchio codice suggerisce di ritenere superata quella giurisprudenza e di affermare che oggi – così come ritenuto dall'Adunanza Plenaria – il cumulo alla rinfusa ha il suo perimetro nei soli aspetti relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo.

Questa tesi non è però condivisa dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato, la quale ha affermato che *«Non è poi vero quanto sostiene l'originaria ricorrente, ovvero che ai sensi dell'art. 47 del Codice dei contratti pubblici, come modificato dal c.d. decreto sblocca-cantieri (decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 55) si sarebbe innovato il sistema di qualificazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici dei consorzi stabili. Ciò in particolare attraverso l'aggiunta alla citata disposizione del Codice di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, del comma 2-bis, che così dispone «(l)a sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara per l'affidamento di servizi e forniture è valutata, a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati». La disposizione, letta in combinato con la regola del c.d. cumulo alla rinfusa dei requisiti del consorzio stabile prevista dal medesimo art. 47, comma 1, deve ragionevolmente essere intesa nel senso che essa abbia inteso introdurre un onere di verifica dei requisiti di qualificazione da svolgere presso gli operatori economici partecipanti al consorzio stabile e che a quest'ultimo hanno apportato le loro rispettive capacità tecnico-professionali o economico-finanziarie. Dalla medesima disposizione non può invece desumersi che il singolo consorziato, indicato in gara come esecutore dell'appalto, debba essere a sua volta in possesso dei requisiti di partecipazione»⁷⁷.*

In disparte, per un momento, le considerazioni sul nuovo comma 2-bis – su cui ci si soffermerà *infra* – la Quinta Sezione legge il primo comma dell'art. 47 come disciplinante il cumulo alla rinfusa nella sua portata più estesa (corrispondente a quella in vigore con il codice De Lise), contro la lettera della

⁷⁶ *«I requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all'articolo 34, comma 1, lettere b) e c), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi, secondo quanto previsto dal regolamento salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate».*

⁷⁷ Sentenza 29 marzo 2021, n. 2588, ECLI:IT:CDS:2021:2588SENT, in *giustizia-amministrativa.it*.

disposizione, ma coerentemente con «*le finalità pro concorrenziali dell'istituto del consorzio stabile, oltre che il suo stesso fondamento causale, enunciato dall'art. 45, comma 2, lett. c), del Codice dei contratti pubblici, ed incentrato sullo stabile apporto di capacità e mezzi aziendali in una «comune struttura di impresa» deputata ad operare nel settore dei contratti pubblici ed unica controparte delle stazioni appaltanti, secondo quanto previsto dall'art. 47, comma 2, del Codice»*. Vero che la sentenza della Quinta Sezione precede quella dell'Adunanza Plenaria. Vero anche, però, che le considerazioni di questa circa la portata del primo comma dell'art. 47 non sono parte del principio di diritto dalla stessa enunciato, restando, quindi, fuori del perimetro della funzione nomofilattica. Tant'è che la posizione assunta dalla Quinta Sezione trova conferma anche in sentenze di Tribunali Amministrativi Regionali successive a quella dell'Adunanza Plenaria⁷⁸. Tra queste, in particolare TAR

⁷⁸ Cfr. TAR Lazio, Latina, Sez. I, 25 novembre 2021, n. 643, ECLI:IT:TARLT:2021:643SENT, in www.giustizia-amministrativa.it: «*La modifica all'art. 47 del T.U. n. 50/2016 apportata dal cd. decreto "sblocca cantieri" (D.L. n. 32/2019, convertito in L. n. 55/2019) ha aggiunto alcune precisazioni, con particolare riferimento (comma 2 bis aggiunto) agli appalti di servizi e forniture (T.A.R. Veneto, I, 5.7.2021 n. 896; v. anche la relazione di accompagnamento al D.L. n. 32/2019), ma ha confermato l'istituto e l'applicazione del "cumulo alla rinfusa" per i consorzi stabili (cfr. T.A.R. Piemonte, II, 24.4.2018 n. 483; T.A.R. Campania, Napoli, I, 28.6.2017 n. 3507). La giurisprudenza amministrativa, anche di vecchia data, ha rinvenuto le ragioni del sistema nelle caratteristiche di "stabilità" dei consorzi di cui all'art. 45 del citato testo unico del 2016, identificati quali comuni strutture d'impresa dei consorziati (art. 45 cit., comma 2 lett. c; cfr. Cons.St., III, 26.4.2021 n. 3358; id., V, 2.2.2021 n. 964; T.A.R. Campania, Napoli, I, 25.5.2021 n. 3457; T.A.R. Sicilia, Palermo, I, 22.3.2021 n. 931). Talché i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria nelle gare d'appalto sono richiedibili solo in capo ai consorzi concorrenti, fruendo le imprese consorziate del beneficio di poter sommare i rispettivi requisiti, in ipotesi insufficienti, ai fini del raggiungimento delle soglie minime richieste dalla lex specialis della gara (Cons.St., V, 15.10.2010 n. 7524). Consorzi ai quali fanno capo le responsabilità contrattuali e decisionali e che pertanto assumono su di sé, con le qualificazioni possedute, l'onere della esecuzione delle prestazioni, a nulla rilevando che abbiano designato all'uopo una impresa consorziata non in possesso delle qualificazioni necessarie, giacché è il consorzio ad essere contraente necessario con l'Amministrazione e perciò è alla sua qualificazione che occorre fare riferimento (Cons.St., V, 27.4.2011 n. 2454; id. 15.10.2010 n. 7524)».* TAR Lazio, Sez. I quater, 24 novembre 2021, n. 12107, ECLI:IT:TARLAZ:2021:12107SENT, in www.giustizia-amministrativa.it, resa in un caso per il quale era già in vigore l'attuale art. 47 (il bando era stato pubblicato il 28 agosto 2020): «*osserva il Collegio che la costante giurisprudenza amministrativa delinea il consorzio stabile come soggetto giuridico autonomo, costituito in forma collettiva e con causa mutualistica, che opera in base a uno stabile rapporto organico con le imprese associate, in forza del quale può giovare, senza dover ricorrere all'avalimento, degli stessi requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse, secondo il criterio del "cumulo alla rinfusa" (cfr. Tar Campania, Salerno, n. 1709 del 2016 e n. 771 del 2019 e n. 508 del 2020). I consorzi stabili di cui all'art. 45, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, quindi, possono qualificarsi con i requisiti posseduti in proprio e direttamente, ma possono ricorrere anche alla sommatoria dei requisiti posseduti dalle singole imprese partecipanti, come chiarito ormai dall'art. 47, comma 2, dello stesso codice dei contratti pubblici (così Cons. Stato, n. 5057 del 2018 e n. 403 del 2019). Il criterio del "cumulo alla rinfusa" si sostanzia, insomma, nel fatto che il consorzio può scegliere di provare il possesso dei requisiti con requisiti propri, oppure attraverso quelli delle sue consorziate - esecutrici e non esecutrici».* In termini, TAR Campania, Sez. I, 25 maggio 2021, n. 3457, ECLI:IT:TARNA:2021:3457SENT, in www.giustizia-amministrativa.it, e TAR Lazio, Sez. III, 2 novembre 2021, n. 11171, ECLI:IT:TARLAZ:2021:11171SENT, in www.giustizia-amministrativa.it, nonostante quest'ultima citi TAR Lazio, Sez. III, 21 luglio 2021, n. 8752, ECLI:IT:TARLAZ:2021:8752SENT, in www.giustizia-amministrativa.it, che sembra affermare il contrario, laddove statuisce che «*il richiamo di cui all'art. 47, comma 2, alla esecuzione ("eseguono le prestazioni")*, e quello di cui al comma 2 bis, applicabile a servizi e forniture, alla verifica della effettiva esistenza dei requisiti richiesti dalla legge di gara, comporta che è l'effettivo possesso da parte della singola consorziata designata "per l'esecuzione" che nei servizi e forniture comprova il possesso del requisito richiesto, senza che sia individuabile alcuna differenza tra requisiti di idoneità e requisiti di partecipazione, tecnico-professionali».

Veneto, Sezione Prima, 5 luglio 2021, n. 896⁷⁹ e TAR Lazio, Sezione Prima, 20 aprile 2021, n. 4540⁸⁰, affrontano apertamente l'*obiter dictum* della sentenza n. 5/2021, affermando di non condividerlo e di dover «privilegiare una lettura sistematica di carattere proconcorrenziale che è insita nel meccanismo del cumulo alla rinfusa».

Ad avviso di chi scrive, pare, invece, preferibile la lettura offerta dal massimo Giudice amministrativo.

La disposizione si compone di due periodi. Il primo recita: «I requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi con le modalità previste dal presente codice». Se la disposizione si fosse fermata a questo

⁷⁹ ECLI:IT:TARVEN:2021:896SENT, in www.giustizia-amministrativa.it. Il TAR Veneto, pur essendo chiamato a decidere su un appalto di lavori – e, quindi, potendosela cavare applicando la disciplina transitoria tuttora vigente che consente per i lavori il cumulo alla rinfusa – affronta apertamente il tema posto dall'Adunanza Plenaria affermando: «Come è noto a seguito delle modifiche apportate all'art. 47, comma 2, del D.lgs. n. 50 del 2016, ad opera del decreto legge n. 32 del 2019, convertito in legge n. 55 del 2019, sono sorti dei dubbi circa la perdurante vigenza dell'ammissibilità del riconoscimento, in favore dei Consorzi stabili, del meccanismo del cumulo alla rinfusa dei requisiti posseduti dalle singole consorziate. L'incertezza interpretativa non è stata superata da un obiter dictum contenuto nel paragrafo 8.2 in diritto della pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato Adunanza Plenaria, 18 marzo 2021, n. 5, in cui si rileva incidentalmente (lo specifico oggetto della controversia esaminata in quella sede verteva su un'altra questione) che la normativa sopravvenuta ha ripristinato "l'originaria e limitata perimetrazione del cd. cumulo alla rinfusa ai soli aspetti relativi alla "disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo", i quali sono "computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate". Pur dando atto delle obiettive difficoltà interpretative della norma modificata, il Collegio ritiene di dover privilegiare una lettura sistematica di carattere proconcorrenziale che è insita nel meccanismo del cumulo alla rinfusa: il venir meno di questo meccanismo pregiudicherebbe infatti l'utilità stessa della costituzione dei Consorzi stabili perché l'accesso alle maggiori commesse pubbliche finirebbe per essere precluso alle imprese di più ridotte dimensioni che solo aggregandosi e sommando i requisiti posseduti dalle singole consorziate riescono a partecipare alle gare». La sentenza richiama il già citato Cons. St., Sez. V, n. 2588 del 2021 e TAR Campania, Sez. I, 26 gennaio 2021, n. 537 e 25 maggio 2021, n. 3457.

⁸⁰ ECLI:IT:TARLAZ:2021:4540SENT, in www.giustizia-amministrativa.it. Come la sentenza del TAR Veneto, anche questa si riferisce ad un appalto di lavori e, ciò nonostante afferma: «la ricorrente sostiene, richiamando a sostegno della propria tesi anche quanto affermato di recente nella pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 5 del 18 marzo 2021, che il nuovo testo dell'art. 47 non potrebbe che essere inteso nel senso che è ora imposto al Consorzio stabile di eseguire le prestazioni con una propria struttura oppure tramite una società consorziate, indicata in sede di gara e in possesso delle qualifiche richieste. Il Collegio, a fronte dei differenti orientamenti giurisprudenziali formati dopo la modifica dell'art. 47 del Codice, ritiene maggiormente convincente quello secondo cui alla luce della novella legislativa del 2019 non è venuto meno l'istituto del «cumulo alla rinfusa». In proposito, non è dirimente la recente pronuncia della Plenaria n. 5/2021, in cui si è incidentalmente osservato che il DL n. 32/2019 avrebbe ripristinato l'originaria e limitata perimetrazione del cd. cumulo alla rinfusa ai soli aspetti relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo. La pronuncia, infatti, ha esaminato e reso un principio di diritto che riguardava una specifica questione, vale a dire se la «La consorziate di un consorzio stabile, non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori [... sia o meno...] equiparabile, ai fini dell'applicazione dell'art. 63 della direttiva 24/2014/UE e dell'art. 89 co. 3 del d.lgs. n. 50/2016, all'impresa ausiliaria nell'avvalimento», e ha fornito a tale quesito risposta affermativa, alla luce della disciplina all'epoca della gara vigente, ossia prima della modifica del DL n. 32/2019. Avuto riguardo allo specifico argomento in discussione nella presente controversia, vale a dire quale sia la corretta interpretazione da darsi al novellato testo dell'art. 47 del Codice e se possa affermarsi o meno la sopravvivenza normativa del «cumulo alla rinfusa», si condividono le conclusioni a cui è recentemente pervenuto il Consiglio di Stato, nella decisione della sezione V n. 2588 del 29 marzo 2021». La medesima pronuncia ha altresì precisato che «in sostanza, l'intervento legislativo operato dal DL n. 32/2019 non può essere inteso nel senso di privare di significato ed alterare la natura stessa del Consorzio stabile, che si concretizza in un'impresa operativa che fa leva sulla causa mutualistica e, come tale, può avvalersi di qualsiasi contributo, in termini di requisito, dei consorziati, senza dover ricorrere allo strumento dell'avvalimento», ed infine che «nella stessa Relazione illustrativa della legge di conversione del D.L. n. 32/2019, del resto, si trova la conferma che la volontà del legislatore era quella di mantenere e, anzi, potenziare l'operatività del meccanismo del cumulo alla rinfusa. Detta Relazione, nell'illustrare la modifica apportata all'art. 47, comma 2, del Codice osserva che essa «è tesa a chiarire la disciplina dei consorzi stabili onde consentire l'operatività e sopravvivenza di tale strumento pro-concorrenziale» mentre, con riferimento al comma 2 bis, l'intento è stato quello di «colmare un vuoto normativo» relativo a servizi e forniture. Dunque, l'intervento del legislatore nel 2019 va correttamente inteso nel senso di avere chiarito che il consorzio stabile si può giovare, senza necessità di ricorrere all'avvalimento, dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse». La sentenza risulta appellata con udienza di merito fissata per il 27 gennaio 2022.

periodo, avrebbe potuto sostenersi, richiamando la natura del consorzio stabile, che questo potrebbe dichiarare di possedere e provare in sede di gara sia i requisiti posseduti in proprio che quelli di tutte le consorziate, indicate o meno per l'esecuzione dei lavori. E ciò anche se, quanto meno per i lavori, tale lettura sarebbe stata resa problematica dall'art. 84 del codice, il quale riferisce la prova del possesso dei requisiti «ai soggetti esecutori».

Il secondo periodo, però, opera come eccezione alla regola posta dal primo, disponendo: «salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate».

La disposizione è chiarissima nel limitare il cumulo alla rinfusa agli aspetti indicati e, operando, appunto, come eccezione alla regola che impone al consorzio stabile di possedere e comprovare in sede di gara i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria, chiarisce che questi non possono che essere che quelli maturati in proprio dalla struttura consortile, non potendo risultare dal cumulo dei requisiti delle imprese consorziate.

Quindi, se, nel vigore del vecchio codice, il più volte citato comma 7 dell'art. 36 consentiva una lettura dichiaratamente estensiva del cumulo alla rinfusa, risolvendosi così il conflitto con l'art. 35, che già allora limitava il cumulo ai mezzi d'opera, attrezzature e organico medio⁸¹, oggi non può assegnarsi alle parole dell'art. 47, comma 1, un senso diverso da quello che esprimono.

Né può trovare ingresso la dichiarata «lettura sistematica di carattere proconcorrenziale» della disciplina relativa al consorzio stabile. E ciò perché – in disparte la considerazione che, come si vedrà *infra*, tale disciplina, così come interpretata dall'Adunanza, mantiene la sua funzione di ampliamento della concorrenza, laddove consente a imprese consorziate prive di requisiti di eseguire le prestazioni per conto del consorzio, ancorché non designate dallo stesso in sede di gara – appare non superabile l'argomento che l'interpretazione sistematica non può consentire di attribuire alle disposizioni, pur lette in combinato tra di loro, un contenuto di senso diverso da quello che esprimono. E invero, il tenore letterale della disposizione – per come si è tentato di dimostrare – non è affatto ambiguo, come vorrebbe il TAR Veneto⁸², e come effettivamente era quando accanto alla analoga disposizione, per disciplinare la

⁸¹ Cfr. Cons. St., Sez. VI, 10 maggio 2013, n. 2563, cit.: «la disposizione sulle attrezzature, mezzi d'opera e organico contenuta nell'art. 35 d.lgs. n. 236/2006 [...] non può essere interpretata restrittivamente argomentando a contrariis, ma deve essere interpretata in modo estensivo, nel senso che essa sancisce l'applicazione, in ogni caso e in qualsiasi periodo di vita del consorzio stabile, del criterio del cumulo alla rinfusa per i requisiti da essa specificamente menzionati, e dunque non contraddice, in un'ottica di interpretazione sistematica, la sopra richiamata, prima proposizione normativa contenuta nel comma 7 dell'art. 36, affermativa del principio del cumulo dei requisiti».

⁸² Cfr. TAR Veneto, Sez. I, 5 luglio 2021, n. 896, cit.: «Alla luce delle argomentazioni enunciate da tali pronunce, che hanno il merito di favorire, nell'ambiguità del tenore letterale della norma, l'interpretazione pro concorrenziale che tende ad estendere il più possibile la platea dei concorrenti delle gare d'appalto anche alle imprese di minori dimensioni che possono acquisire i requisiti necessari solo aggregandosi nella forma dei consorzi stabili, il primo motivo deve essere accolto».

medesima fattispecie, ne figurava altra di diverso significato e portata (il più volte citato art. 36, comma 7, del codice De Lise).

Quella della giurisprudenza citata può definirsi, con autorevole dottrina, “interpretazione correttiva”⁸³, che non poggia, però, ad avviso di chi scrive, su un dato testuale, ma sulla asserita “natura” del consorzio stabile. Sennonché, questa non preesiste al legislatore, ma è il risultato di disposizioni normative, che possono essere sì interpretate estensivamente, ma non oltre i limiti di quanto è consentito dal significato delle stesse.

Mette conto, infine, rilevare che la conclusione preferita vale – al momento – per i soli settori dei servizi e forniture. Infatti, per i lavori opera ancora, in ragione del combinato disposto di cui all’art. 83, comma 2, e 216, comma 14, del codice, l’art. 81 del d.p.r. n. 207/2010, a mente del quale «*I requisiti per la qualificazione dei consorzi stabili sono quelli previsti dall’art. 36, comma 7, del codice*». La disposizione richiama proprio quella che ha consentito alla giurisprudenza l’interpretazione estensiva del cumulo alla rinfusa, legittimando – per il solo settore dei lavori⁸⁴ – la perpetuazione di tale indirizzo giurisprudenziale⁸⁵.

10. *Segue*. Il secondo comma dell’art. 47

Il secondo comma dell’art. 47 pone all’interprete un nuovo tema.

⁸³ P. CHIASSONI, *L’interpretazione dei documenti legislativi. Nozioni introduttive*, in M. BESSONE (a cura di), *Il metodo della giurisprudenza*, Torino, 1999, p. 27: «Mediante interpretazione correttiva, l’interprete, avendo “accertato” una discrepanza fra il testo della legge e la volontà del legislatore, rimedia alla (asserita) inadeguatezza dell’interpretazione letterale, sostituendola con un precetto il cui ambito di applicazione è, alternativamente, più ampio (lex minus dixit quam voluit) o più ristretto (lex magis dixit quam voluit), e rappresenta pertanto una interpretazione estensiva, oppure una interpretazione restrittiva, di una certa disposizione».

⁸⁴ Con l’eccezione degli appalti nel settore dei beni culturali, per i quali opera l’art. 146, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, il quale richiede il possesso di requisiti di qualificazione specifici e adeguati ad assicurare la tutela del bene oggetto di intervento in capo al soggetto designato per l’esecuzione del contratto, con conseguente preclusione del ricorso da parte dei concorsi stabili al criterio del cumulo alla rinfusa. Cfr., in tal senso, Cons. St., Sez. III, 25 settembre 2019, n. 6433, ECLI:IT:CDS:2019:6433SENT, in www.giustizia-amministrativa.it e Id., Sez. V, 16 gennaio 2019, n. 403, ECLI:IT:CDS:2019:403SENT, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁸⁵ È significativo che Cons. St., Sez. VI, 22 novembre 2021, n. 7763, ECLI:IT:CDS:2021:7763SENT, in www.giustizia-amministrativa.it, in un caso relativo ad affidamento di lavori, riportando le considerazioni della sentenza n. 5/2021 dell’Adunanza Plenaria, così concluda: «È evidente, pertanto, che l’Adunanza Plenaria non solo considera il cumulo alla rinfusa operante nel vigore della norma applicabile anche in questo caso, ma lo equipara ai fini dell’applicazione dell’art. 89, comma 3, d.lgs. 50/2016 all’avalimento, supponendo evidentemente che non sia necessario un apposito avalimento. La ragione per la quale la lettera della norma, che pure fa riferimento alla necessità dell’avalimento, per l’utilizzo da parte del consorzio dei requisiti delle singole imprese consorziate non designate per l’esecuzione del contratto, non opera, è quella individuata dal giudice di prime cure, ossia l’assenza della disciplina di dettaglio, ossia delle linee guida dell’ANAC di cui all’art. 84, comma 2, d. lgs. 50/2016. Il secondo periodo di cui al comma 2 dell’art. 47, trova la sua ratio proprio nell’esigenza di dettare una disciplina peculiare per l’ipotesi dei consorzi stabili e la loro comune struttura di impresa, non potendo gli stessi essere trattati a tal fine alla stessa stregua di un concorrente che utilizza i requisiti di un’impresa terza tramite un contratto di avalimento. E di ciò si ha ulteriore conferma proprio nel testo del comma 2 dell’art. 83, d.lgs. 50/2016, *ratione temporis vigente*». Si veda anche TAR Lazio, Sez. III, 21 luglio 2021, n. 8752, *cit.*, che, pur senza richiamare la disciplina transitoria, afferma che «nell’appalto di servizi, pertanto, sussiste una disciplina parzialmente differente, laddove la qualificazione del consorzio stabile si ottiene sommando i requisiti posseduti dalle imprese designate come esecutrici in sede di gara: ciò perché è l’art. 47, comma 2, del Codice che, a sua volta, prevede come i consorzi stabili possano utilizzare sia i requisiti di qualificazione maturati in proprio sia quelli posseduti dalle singole imprese consorziate designate per l’esecuzione delle prestazioni, a differenza dell’appalto di lavori ove il consorzio stabile consegue una qualificazione propria tramite il rilascio da parte di un organismo di attestazione di un proprio certificato Soa, nel quale vengono sommate le categorie e classifiche possedute dalle consorziate anche non esecutrici (TAR Lazio, Lt, 8.6.20, n. 193)».

Il comma si compone di tre periodi: il primo si riferisce ai soli consorzi stabili, di cui agli artt. 45, comma 2, lett. *c*) (tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro) e 46, comma 1, lett. *f*) (di società di professionisti e di società di ingegneria, anche in forma mista); il secondo è relativo al solo settore dei lavori e rinvia al regolamento unico⁸⁶ la fissazione dei criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni; il terzo si riferisce, infine, ai soli consorzi di cui all'art. 45, comma 2, lett. *c*) (tra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della l. 25 giugno 1909, n. 422, e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, e successivi modificazioni, e i consorzi tra imprese artigiane di cui alla l. 8 agosto 1985, n. 443).

È il confronto tra il primo e il terzo dei periodi citati che pone un nuovo problema interpretativo.

Infatti, stando alla lettera della disposizione, solo i consorzi definiti “stabili” dal codice (ovvero quelli di cui agli artt. 45, comma 2, lett. *c*) e 46, comma 1, lett. *f*) eseguono le prestazioni o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara.

È vero che anche il secondo comma dell'art. 47 *ante* d.l. n. 32/2019 si riferiva ai soli consorzi stabili e la giurisprudenza non ha avuto dubbi nel ritenerlo applicabile ai consorzi di cooperative⁸⁷. Il terzo periodo del nuovo secondo comma, però, rende necessaria un'ulteriore operazione ermeneutica per giungere alla medesima conclusione. Se, infatti, si ritiene che il primo periodo del comma in commento sia riferibile anche ai consorzi di cooperative e, conseguentemente, anche per questi valga la regola che l'affidamento delle prestazioni ai propri consorziati non costituisce subappalto, occorre individuare la ragione per cui il legislatore ha ritenuto necessario, con il terzo periodo del comma, ribadire tale regola per i detti consorzi. La giurisprudenza ha affermato la piena assimilazione tra i due tipi di consorzi⁸⁸, stante l'analogia tra gli stessi e, in particolare, il carattere permanente dei consorzi di cooperative, i quali «realizzano una nuova struttura soggettiva e costituiscono l'unica controparte del rapporto di appalto, integrando il rapporto tra struttura consortile e cooperative consorziate un rapporto di carattere organico, con la conseguenza che è il consorzio ad interloquire con l'amministrazione appaltante»⁸⁹. L'ANAC ha rinvenuto nella Costituzione le ragioni che giustificano tale analogia di disciplina, in quanto essa «realizza – per la partecipazione agli appalti pubblici – una di quelle forme di incentivazione alla mutualità che la Costituzione assegna alla legge per promuovere e favorire l'incremento della funzione sociale che la cooperazione rappresenta»⁹⁰.

⁸⁶ Previsto dall'art. 216, comma 27-*octies*, del codice.

⁸⁷ Cfr. TAR Campania, Sez. II, 10 novembre 2017, n. 5300, ECLI:IT:TARNA:2017:5300SENT, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁸⁸ Cfr. TAR Campania, Sez. I, 13 giugno 2019, n. 3231, ECLI:IT:TARNA:2019:3231SENB, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁸⁹ TAR Sardegna, Sez. I, 10 aprile 2015, n. 693, ECLI:IT:TARSAR:2015:693SENT, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹⁰ Parere ANAC sulla normativa AG/492013, del 9 ottobre 2013, in www.anticorruzione.it.

Non essendovi motivo di discostarsi da tale indirizzo giurisprudenziale – venendo altrimenti meno la *ratio* che sorregge la figura dei consorzi di cooperative e che si spiega con il favore del legislatore per l'incentivazione della mutualità⁹¹ – si deve ritenere, con la giurisprudenza citata, che anche i consorzi di cui all'art. 45, comma 2, lett. *b*) eseguono le prestazioni o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara, nonostante l'art. 47, comma 2, primo periodo – che tale regola pone – ad essi non si riferisca espressamente.

La ragione per cui il terzo periodo del secondo comma dell'art. 47 afferma per i soli consorzi di cui all'art. 45, comma 2, lett. *b*) che l'affidamento delle prestazioni ai propri consorziati non costituisce subappalto sta in ciò che la disposizione non dice, piuttosto che in quello che dice. Infatti, la stessa regola posta dal primo periodo del medesimo comma per i consorzi stabili è seguita dalla frase: «*ferma la responsabilità solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante*». Quindi, mentre le imprese consorziate indicate dai consorzi stabili per l'esecuzione delle prestazioni sono responsabili solidalmente con il consorzio nei confronti della stazione appaltante, le consorziate indicate dai consorzi di cooperative per l'esecuzione delle prestazioni sono esenti da tale responsabilità.

Conclusione, questa, in linea con quanto in passato affermato dall'Adunanza Plenaria sulla base della natura particolare dei consorzi di cooperative. Il supremo Giudice amministrativo ha, infatti, statuito che «*il consorzio fra società di cooperative di produzione e di lavoro costituito a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422, può partecipare alla procedura di gara utilizzando i requisiti suoi propri e, nel novero di questi, facendo valere i mezzi nella disponibilità delle cooperative che costituiscono, ai fini che qui rilevano, articolazioni organiche del soggetto collettivo, ossia suoi interna corporis. Il rapporto organico che lega le cooperative consorziate, ivi compresa quella incaricata dell'esecuzione dei lavori, infatti, è tale che l'attività compiuta dalle consorziate è imputata organicamente al consorzio, come unico ed autonomo centro di imputazione e di riferimento di interessi, per cui, diversamente da quanto accade in tema di associazioni temporanee e di consorzi stabili, la responsabilità per inadempimento degli obblighi contrattuali nei confronti della p.a. si appunta esclusivamente in capo al consorzio senza estendersi, in via solidale, alla cooperativa incaricata dell'esecuzione*»⁹².

11. Segue. Il comma 2-bis dell'art. 47

Il d.l. n. 32/2019 ha ripristinato l'originaria distinzione di disciplina dei consorzi stabili a seconda del settore nel quale operino. Mentre per i lavori, per i quali è previsto dall'art. 84 un sistema unico di qualificazione degli esecutori, il secondo comma dell'art. 47 rinvia al regolamento unico la fissazione dei criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni, per i servizi e forniture il nuovo comma 2-bis detta – come indica la relazione illustrativa al

⁹¹ Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 20 maggio 2013, n. 14, ECLI:IT:CDS:2013:14APLE, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹² Cons. St., Ad. Plen., 20 maggio 2013, n. 14, *cit.*.

disegno di legge di conversione – disposizioni «*in continuità con il passato, di fatto colmando, a regime, un vuoto normativo per tali settori*»⁹³.

La disposizione recita, in particolare, che «*La sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara per l'affidamento di servizi e forniture è valutata, a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati*».

Si è visto che il Consiglio di Stato ha ritenuto che tale disposizione, letta in combinato con la regola del c.d. cumulo alla rinfusa dei requisiti del consorzio stabile prevista dal medesimo art. 47, comma 1, debba essere intesa nel senso che essa abbia voluto introdurre un onere di verifica dei requisiti di qualificazione da svolgere presso gli operatori economici partecipanti al consorzio stabile e che a quest'ultimo hanno apportato le loro rispettive capacità tecnico-professionali o economico-finanziarie; mentre dalla medesima disposizione non potrebbe invece desumersi che il singolo consorziato, indicato in gara come esecutore dell'appalto, debba essere a sua volta in possesso dei requisiti di partecipazione⁹⁴.

Ebbene, l'interpretazione che chi scrive preferisce del primo comma dell'art. 47 – in linea con quanto affermato dall'Adunanza Plenaria – porta a conclusione diversa: proprio perché i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria devono essere posseduti e comprovati dai consorzi con le modalità stabilite dal codice, non operando con riguardo agli stessi il criterio del cumulo alla rinfusa, la disposizione sembra imporre la verifica dei requisiti richiesti nel bando di gara in capo ai consorziati indicati per l'esecuzione delle prestazioni. E ciò coerentemente con un sistema di qualificazione che, per i servizi e forniture, avviene gara per gara⁹⁵.

Tale lettura trova conferma nell'art. 48, comma 7-bis, del codice; disposizione che, consentendo ai consorzi di cui all'art. 45, comma 2, lettere b) e c), per le ragioni indicate dai successivi commi 17, 18 e 19 o per fatti o atti sopravvenuti, di designare ai fini dell'esecuzione dei lavori o dei servizi, un'impresa consorziata diversa da quella indicata in sede di gara, «*a condizione che la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere in tale sede la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata*», sembra richiedere

⁹³ Cfr. disegno di legge n. 1248 comunicato alla Presidenza del Senato della Repubblica il 18 aprile 2019, p. 5, in www.senato.it.

⁹⁴ Cfr. Cons. St., Sez. V, 29 marzo 2021, n. 2588, *cit.*, punto 6.

⁹⁵ La giurisprudenza già citata dei TAR che mostra di non seguire sul punto l'indicazione dell'Adunanza Plenaria, ovviamente, giunge a conclusioni opposte. Cfr. TAR Lazio, Sez. I *quater*, 24 novembre 2021, n. 12107, *cit.*: «*Il criterio del "cumulo alla rinfusa" si sostanzia, insomma, nel fatto che il consorzio può scegliere di provare il possesso dei requisiti con requisiti propri, oppure attraverso quelli delle sue consorziate - esecutrici e non esecutrici. Ed è ciò che è accaduto nel caso di specie, in cui CMF ha partecipato "in nome e per conto proprio senza indicare alcuna consorziata esecutrice" alla gara per cui è causa (cfr. all. n. 6 al ricorso introduttivo) ed ha dichiarato "la sussistenza, ai sensi dell'art. 47 – Requisiti per la partecipazione dei Consorzi alle gare – comma 2-bis del D.Lgs. 50/2016 e s.m.i., attraverso i requisiti in capo alle proprie consorziate, sulla base del principio del c.d. cumulo alla rinfusa, dei requisiti richiesti nel disciplinare di gara e precisamente" del requisito di capacità economico e finanziaria costituito dal fatturato globale medio annuo (di cui all'art. 6.2, lett c) del disciplinare di gara) e del requisito di capacità tecnica e professionale costituito dall'aver eseguito, nell'ultimo triennio antecedente alla data di pubblicazione della procedura, almeno 3 contratti su servizi analoghi a quelli oggetto dell'appalto il cui importo complessivo deve essere pari ad almeno il 30% del valore del Lotto al quale si partecipa (di cui all'art. 6.3, lett. d) (cfr. all. n. 7 al ricorso introduttivo)*».

che il requisito di partecipazione sia in capo all'impresa consorziata indicata per l'esecuzione in sede di gara⁹⁶.

Inoltre, la soluzione prospettata pare potersi poggiare anche su un argomento "storico". La disposizione riproduce il comma 2 dell'art. 277 del d.p.r. n. 207/2010 che, per l'appunto, disponeva: «*La sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara per l'affidamento di servizi e forniture è valutata, a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati*». Ebbene, il terzo comma dello stesso articolo stabiliva 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*». Quindi, già nel vigore del codice De Lise e del suo regolamento di attuazione, la disposizione in commento si accompagnava ad altra che limitava il cumulo ai requisiti relativi ad attrezzature, mezzi d'opera e organico medio annuo.

L'assai poco perspicua disposizione di cui al citato comma 2-*bis* non deve, però, condurre all'estremo di ritenere che il consorzio non possa anche qualificarsi in proprio, spendendo i requisiti maturati con la propria struttura di impresa. Sarebbe, questa, conclusione che contraddirebbe la natura stessa dei consorzi stabili, così come forgiata dalle norme del codice dei contratti pubblici e del codice civile, a mente delle quali⁹⁷ questi sono «*entità giuridiche, autonome rispetto alle imprese consorziate, nonché portatrici di interessi e posizioni giuridiche soggettive, distinti da quelli delle imprese stesse*»⁹⁸.

La seconda parte del comma disciplina il criterio di attribuzione ai consorziati dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi maturati in favore del consorzio, in caso di scioglimento dello stesso. I singoli consorziati hanno, in tale evenienza, diritto all'assegnazione di una quota dei requisiti proporzionale all'apporto reso dagli stessi nell'esecuzione delle prestazioni nel quinquennio precedente. La disposizione, facendo salvi i requisiti «*assegnati in esecuzione ai consorziati*», conferma le due modalità di partecipazione agli appalti pubblici di servizi e forniture dei consorzi stabili. Questi possono partecipare in proprio, qualificandosi con i requisiti maturati ed eseguendo il contratto con la propria struttura ovvero assegnandolo alle imprese consorziate, senza indicarle per l'esecuzione delle prestazioni; oppure, possono

⁹⁶ Cfr., in questo senso, CGARS, 4 ottobre 2021, n. 831, *cit.*: «È peraltro lo stesso legislatore ad intestare la titolarità dei requisiti di partecipazione al soggetto che svolge le prestazioni contrattuali, laddove afferma che "è consentito, per le ragioni indicate ai successivi commi 17, 18 e 19 o per fatti o atti sopravvenuti, ai soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), designare ai fini dell'esecuzione dei lavori o dei servizi, un'impresa consorziata diversa da quella indicata in sede di gara, a condizione che la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere in tale sede la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata" (art. 48 comma 7-bis del d. lgs. n. 50 del 2016): nell'indicare le opzioni di sostituzione dell'impresa consorziata esecutrice è riferito espressamente a quest'ultima il requisito di partecipazione, che è indicato essere "in capo all'impresa consorziata"».

⁹⁷ Specialmente in seguito alla l. 10 maggio 1976, n. 377, che ha recato «*Modificazioni della disciplina del codice civile in tema di consorzi e di società consortili*».

⁹⁸ Così Cass. civ., Sez. I, 16 dicembre 2013, n. 28015, in www.ilfallimento.it.

designare in sede di gara le consorziate che eseguiranno le prestazioni. Nel primo caso, l'appalto consentirà di maturare ulteriori requisiti, che saranno imputati direttamente al consorzio e, in caso di scioglimento dello stesso, assegnati *pro quota* alle imprese consorziate in proporzione all'apporto dalle stesse reso nell'esecuzione delle prestazioni nel quinquennio precedente. Nel secondo caso, invece, i requisiti conseguiti con l'appalto saranno maturati direttamente dalle imprese consorziate indicate per l'esecuzione delle prestazioni.

12. Conclusioni

Il quadro delineato dal legislatore pare ormai chiaro, nonostante le posizioni assunte dalla giurisprudenza e di cui si è dato conto.

Il criterio di qualificazione del cumulo alla rinfusa ha il suo perimetro nei requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature e mezzi d'opera e all'organico medio annuo.

I consorzi stabili possono, quindi, partecipare alle gare qualificandosi in proprio, comprovando i propri requisiti di idoneità tecnica e finanziaria e potendo cumulare attrezzature, mezzi d'opera e organico medio annuo di tutte le consorziate. Ciò con un limite, non scritto nel codice, ma ricavabile in via interpretativa: qualora alla gara partecipi, oltre al consorzio, anche autonomamente una consorziata, il consorzio non potrà cumulare i requisiti della stessa. Si avrebbe altrimenti una duplicazione dei requisiti spesi in gara, oltre al paradosso di un'impresa che concorre alla qualificazione di un proprio concorrente.

Quando partecipano in proprio, i consorzi stabili possono eseguire le prestazioni con la propria struttura o per il tramite delle consorziate, ancorché non indicate come esecutrici in sede di gara⁹⁹.

È in ciò, in definitiva, che si realizza la funzione pro-concorrenziale del consorzio: questi può consentire, con i propri requisiti, a imprese consorziate che autonomamente ne fossero prive, di eseguire le prestazioni e partecipare così, sia pure indirettamente, a gare che sarebbero loro precluse.

Altrimenti, il consorzio può designare in sede di gara le imprese consorziate esecutrici delle prestazioni. L'Adunanza Plenaria, con la citata sentenza n. 5/2021, ha affermato che in tal caso le consorziate «partecipano alla gara e concordano l'offerta». È probabilmente quanto nella prassi a volte avviene, ancorché non paia discutibile che formalmente l'unico soggetto che partecipa alla gara è il consorzio, il quale è anche il solo che stipula il contratto.

La designazione in sede di gara delle consorziate esecutrici comporta – per i soli consorzi definiti stabili dal codice (ovvero quelli previsti dagli artt. 45, comma 2, lett. c) e 46, comma 1, lett. f) – la responsabilità

⁹⁹ Cfr., sul punto, CGARS, 4 ottobre 2021, n. 831, *cit.*, e Cons. St., Sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165, *cit.*, ECLI:IT:CDS:2020:6165SENT, in www.giustizia-amministrativa.it.



solidale delle stesse e – anche per i consorzi di cooperative, di cui all’art. 45, comma 2, lett. b) – la necessità che queste possiedano e comprovino i requisiti di partecipazione¹⁰⁰.

Infine, le consorziate indicate per l’esecuzione devono possedere e comprovare i requisiti richiesti dal bando di gara.

¹⁰⁰ Cfr. sul punto ancora CGARS, 4 ottobre 2021, n. 831, *cit.*, e Delibera ANAC 23 aprile 2021, n. 315, che in particolare ha affermato: «qualora il Consorzio abbia partecipato per conto di due consorziate, il requisito dell’iscrizione all’Albo Nazionale Gestori Ambientali de[ve] essere dimostrato in capo alle stesse, pena l’esclusione (cfr. ANAC, Delibera n. 787 del 7 ottobre 2020) e che qualora invece il Consorzio abbia invece partecipato con la propria struttura d’impresa, lo stesso de[ve] dimostrare, nel rispetto della normativa sopra richiamata e dei principi ermeneutici esplorati, il requisito dell’iscrizione all’Albo Nazionale Gestori Ambientali».