

ConSORZI stabili di servizi

La travagliata recente storia del “cumulo alla rinfusa” per la qualificazione dei consorzi stabili

T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, 15 novembre 2017, n. 1385 - Pres. Atzeni - Est. Grauso - E. Consorzio Stabile c. Regione Toscana ed altri

Non è invocabile - ai fini dell'applicazione del criterio del cumulo alla rinfusa già previsto dal “vecchio” Codice dei contratti pubblici - la disciplina transitoria di cui al combinato disposto degli artt. 83, comma 2 e 216 comma 14, D.Lgs. n. 50/2016, in forza del quale - fino all'adozione delle linee guida su sistema di qualificazione, casi e modalità di avvalimento, requisiti e capacità dei concorrenti - continuano ad applicarsi “in quanto compatibili” le disposizioni di cui alla parte II, titolo III, del d.P.R. n. 207/2010. 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, comma 2, cit.; e, comunque, 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, comma 2, D.Lgs. n. 50/2016 (l'art. 81 del d.P.R. n. 207/2010, astrattamente incluso nel rinvio disposto dal citato art. 216, comma 14, rimanda al criterio del cumulo alla rinfusa dettato dall'art. 36, comma 7, 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).

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Non stati rinvenuti precedenti in termini.
Difforme	Non stati rinvenuti precedenti in termini.

Il T.A.R. (omissis)

Fatto e diritto

1. Il consorzio stabile E. ha partecipato alla procedura indetta dalla Regione Toscana per l'affidamento - diviso in tre lotti - del servizio di guardiania e portierato/reception, e delle attività a questo correlate, per la Giunta e il Consiglio Regionale, nonché per agenzie, enti dipendenti, enti del servizio sanitario ed enti locali insistenti sul territorio regionale.

Presentata la propria offerta per tutti e tre i lotti, il consorzio ricorrente è però incorso nell'esclusione dalla gara, disposta dalla stazione appaltante sul presupposto dell'assenza dei requisiti di capacità tecnica e professionale richiesti dalla *lex specialis*: in particolare, come si legge nella comunicazione inviata il 14 settembre 2017, la Regione ha ritenuto che il consorzio ricorrente - qualificatosi mediante i requisiti delle consorziate designate quali esecutrici del servizio - incorresse nella preclusione sancita dall'art. 47, comma 2, del D.Lgs. n. 50 del 2016, che limita(va) ai primi cinque anni di vita del

consorzio la possibilità di cumulare in capo al consorzio stesso i requisiti delle sue consorziate. Dal verbale di gara del 21 luglio 2017, si ricava altresì che la Regione ha ritenuto di non poter fare applicazione dell'art. 47, comma 2, cit., come sostituito dal D.Lgs. n. 56 del 2017, perché entrato in vigore in epoca successiva alla pubblicazione del bando di gara.

1.1. Dell'esclusione si duole il consorzio E., che, agendo dinanzi a questo T.A.R. ai sensi dell'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., ne chiede l'annullamento sulla scorta di due motivi in diritto.

1.2. Si è costituita in giudizio l'amministrazione procedente, che conclude per il rigetto del gravame.

1.3. La causa è stata discussa nella camera di consiglio del 25 ottobre 2017, fissata per la trattazione della domanda cautelare proposta con l'atto introduttivo, ed è stata trattata in decisione previo avvertimento alle parti circa la possibilità di definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata.

2. Il ricorso è manifestamente infondato e può essere deciso a norma dell'art. 60 c.p.a.

Con il primo motivo di impugnazione, il consorzio E. afferma che la pubblicità del bando di indizione della procedura per cui è causa si sarebbe perfezionata il 31 maggio 2017, con la pubblicazione sul B.U.R.T. Con ciò, ne risulterebbe smentito *per tabulas* l'assunto posto a base della disposta esclusione, atteso che, a quella data, l'art. 47, comma 2, D.Lgs. n. 50 del 2016 era oramai in vigore nel testo novellato dal D.Lgs. n. 56 del 2016 (la norma si applica a decorrere dal 20 maggio 2017); tanto più che gli effetti giuridici della pubblicazione dovrebbero farsi decorrere, ai sensi degli artt. 73 e 29 del medesimo D.Lgs. n. 50 del 2016, dalla pubblicazione sulla piattaforma digitale dei bandi di gara dell'ANAC oltre che sul profilo del committente, nella sezione "amministrazione trasparente", ai sensi del D.Lgs. n. 33 del 2013.

In ogni caso, la verifica in ordine al possesso dei requisiti soggettivi dei concorrenti avrebbe dovuto essere eseguita alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte (20 giugno 2017), di modo che la partecipazione del consorzio ricorrente sarebbe stata comunque pienamente legittima, e questo anche in virtù del regime transitorio di cui all'art. 216, comma 14, del D.Lgs. n. 50 del 2016.

Con il secondo motivo, il ricorrente sostiene che l'esclusione non soltanto sarebbe viziata, ma impedirebbe alla stessa stazione appaltante di giovare di un confronto concorrenziale quanto più aperto e trasparente, secondo il dettato normativo anche e/o soprattutto di derivazione Eurounitaria. La Regione, nel disporre l'esclusione, avrebbe ignorato la vera ragion d'essere della modifica apportata all'art. 47, comma 2, dal D.Lgs. n. 56 del 2017, con il quale il legislatore delegato avrebbe inteso ripristinare senza soluzione di continuità, in armonia con il diritto Europeo, il criterio del cumulo alla rinfusa già previsto dal "vecchio" Codice dei contratti pubblici (diversamente, dovrebbe registrarsi l'insanabile contrasto fra la norma, come applicata dalla Regione, e l'art. 58 della direttiva UE 24/2014, ovvero con la legge delega n. 11/2016).

2.1. Le censure saranno esaminate congiuntamente.

È da tempo invalso in giurisprudenza il principio, secondo cui le procedure di affidamento di contratti pubblici sono disciplinate dalla normativa vigente alla data di pubblicazione del bando e restano, perciò, insensibili allo *jus superveniens*. Diversamente, sarebbero sacrificati i valori della certezza e del buon andamento, insieme all'affidamento dei concorrenti, i quali si vedrebbero esposti - senza potervi reagire - alla maturazione di esiti imprevedibili della gara, dovuti al mutamento delle regole in corso d'opera (per tutte, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 7 giugno 2016, n. 2433).

Sul piano positivo, è noto che l'art. 66, comma 8, del D.Lgs. n. 163 del 2006 faceva decorrere dalla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica la produzione degli effetti giuridici connessi alla pubblicità del bando in ambito nazionale. La regola è stata riprodotta dall'art. 72, comma 5, del D.Lgs. n. 50 del 2016 ("Codice dei contratti pubblici"), che la riferisce alla pubblicazione sulla piattaforma digitale dell'ANAC, destinata a sostituire la pubblicazione sulla G.U.R.I.

Fino all'avvio di tale piattaforma, la disposizione transitoria dettata dall'art. 216, comma 11, D.Lgs. n. 50 del 2016 prevede che gli effetti giuridici della pubblicità continuino a decorrere dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, la quale, peraltro, attiene agli effetti processuali, e non a quelli sostanziali/amministrativi della pubblicità. Questi ultimi decorrono, infatti, dalla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, la cui preminenza è sancita dal secondo comma del sopra citato art. 72 D.Lgs. n. 50 del 2016 ("Gli avvisi e i bandi pubblicati a livello nazionale non contengono informazioni diverse da quelle contenute negli avvisi o bandi trasmessi all'ufficio delle pubblicazioni dell'unione Europea", analogamente a quanto già stabilito dall'art. 66, comma 10, del D.Lgs. n. 163 del 2006).

La distinzione tra effetti sostanziali e processuali della pubblicità è stata di recente fatta propria dalla giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. III, 29 maggio 2017, n. 2549). Su di essa non occorre intrattenersi, giacché, nella specie, le date della pubblicazione del bando sulla G.U.U.E. e sulla G.U.R.I. coincidono (19 aprile 2017) e precedono di un mese l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 56 del 2017 (20 maggio 2017): è pertanto indubitabile che la procedura sia sottoposta alla disciplina dettata dal Codice dei contratti pubblici del 2016 nella sua versione originaria.

Nessun argomento in senso contrario si trae dalla successiva rettifica del bando, parimenti pubblicata, sia in G.U.R.I., sia in G.U.C.E., prima dell'entrata in vigore del "correttivo" (la pubblicazione risale al 19 maggio 2017). Né alcun rilievo può attribuirsi, evidentemente, alla successiva pubblicazione della rettifica sul B.U.R.T., trattandosi di una forma di pubblicità-notizia che, a norma dell'art. 1, comma 1, della L.R. Toscana n. 23 del 2007, fa salvi gli effetti ricollegati alle altre forme di conoscenza e pubblicità previste dall'ordinamento vigente: non è da essa, ma dalla pubblicazione sulle Gazzette Ufficiali dell'Unione e della Repubblica, che discende, *ex artt.* 72 e 73 D.Lgs. n. 50 del 2016, la produzione dei complessi effetti giuridici sostanziali e processuali del bando.

Neppure è invocabile, nel senso auspicato dal consorzio ricorrente, la disciplina transitoria di cui al combinato disposto degli artt. 83, comma 2, e 216, comma 14, del D.Lgs. n. 50 del 2016, in forza del quale - fino all'adozione delle linee guida su sistema di qualificazione, casi e modalità di avvalimento, requisiti e capacità dei concorrenti - continuano ad applicarsi "in quanto compatibili" le disposizioni di cui alla parte II, titolo III, del d.P.R. n. 207 del 2010. In primo luogo, le richiamate previsioni riguardano la sola qualificazione per l'affidamento di lavori, e non anche di servizi, come inequivocabilmente si ricava dal tenore letterale dell'art. 83, comma 2 *cit.*; e, comunque, il limite dichiarato della compatibilità con le nuove regole impedisce l'integrale applicazione del d.P.R. n. 207 del 2010, rimanendone esclusa, per quanto qui interessa, proprio la disciplina in materia di qualificazione dei consorzi, incompatibile con il testo originario del sopravvenuto art. 47, comma 2, del D.Lgs. n. 50 del 2016 (l'art. 81 del d.P.R. n. 207 del 2010, astrattamente incluso nel rinvio disposto dal citato art. 216, comma 14, rimanda al criterio del cumulo

alla rinfusa dettato dall'art. 36, comma 7, del D.Lgs. n. 163 del 2006, incompatibile con la regola, inizialmente introdotta dal nuovo Codice dei contratti pubblici, che non permetteva di sommare in capo ai consorzi stabili i requisiti delle imprese esecutrici, una volta decorso il quinquennio dalla costituzione).

2.2. La previsione contenuta nel disciplinare di gara - secondo cui, ai fini della partecipazione dei consorzi, (solo) per i primi cinque anni dalla costituzione il requisito tecnico-organizzativo richiesto dal bando viene sommato in capo al consorzio, se posseduto dalle singole esecutrici consorziate - risulta dunque perfettamente conforme all'art. 47, comma 2, del D.Lgs. n. 50 del 2016, nel testo allora vigente e applicabile *ratione temporis* alla procedura ("Per i primi cinque anni dalla costituzione, ai fini della partecipazione dei consorzi di cui all'articolo 45, comma 2, lettera c), alle gare, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi previsti dalla normativa vigente posseduti dalle singole imprese consorziate esecutrici, vengono sommati in capo al consorzio").

Se così è, l'esclusione disposta dalla Regione Toscana in considerazione della pacifica assenza, in capo al consorzio ricorrente, dei requisiti di partecipazione (il consorzio ha dichiarato di partecipare in virtù dei requisiti delle consorziate), costituisce l'inevitabile conseguenza di una pedissequa applicazione della *lex specialis*, a sua volta meramente riprodotiva della previsione di legge. È ben vero, come sostiene il consorzio E., che il possesso dei requisiti di partecipazione deve essere valutato al momento della scadenza del termine per la presentazione delle domande di partecipazione e delle offerte, ma questo non toglie che la valutazione debba venire eseguita secondo le regole che governano la procedura, cristallizzate al momento della pubblicazione del bando.

Né l'esclusione avrebbe potuto essere legittimamente evitata dalla stazione appaltante attraverso l'esercizio del soccorso istruttorio, per consentire al concorrente di supplire al requisito mancante facendo ricorso all'avvalimento. Una scelta siffatta avrebbe comportato una

manifesta violazione della *par condicio*, non giustificata dalla pretesa, quanto insussistente, ambiguità delle clausole disciplinanti il possesso dei requisiti.

È irrilevante, per altro verso, stabilire se la modifica apportata dal D.Lgs. n. 56 del 2017 al secondo comma dell'art. 47 D.Lgs. n. 50 del 2016 rispetti o meno i limiti contenutistici cui il legislatore delegato soggiace nel dare corso alla decretazione correttiva (sul punto, si veda il parere n. 782 del 30 marzo 2017, reso dalla Commissione speciale istituita presso il Consiglio di Stato), posto che a essere in discussione non è la norma novellata, ma quella originaria.

Quanto, infine, alla dedotta non conformità della norma applicata dalla Regione resistente alla legge delega e alla superiore disciplina Eurounitaria, da un lato basti osservare che l'art. 1, comma 1, lett. uu) della L. n. 11 del 2016, recante la delega per l'attuazione delle Direttive UE nn. 23, 24 e 25 del 2014, demanda espressamente al legislatore delegato la "revisione del vigente sistema di qualificazione degli operatori economici in base a criteri di omogeneità, trasparenza e verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all'impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite ...", ed è nell'ambito di tale revisione che va inquadrato l'art. 47 D.Lgs. n. 50 del 2016, dedicato alle modalità di qualificazione dei consorzi fra cooperative e dei consorzi stabili. Dall'altro, la riconduzione dei consorzi al novero dei soggetti ammessi a partecipare alle gare è perfettamente in linea con l'ampia nozione Europea di "raggruppamento di operatori economici", fermo restando che la Direttiva 2014/24, all'art. 19 par. 2, rimette agli Stati membri la possibilità di stabilire con quali forme i raggruppamenti debbano essere chiamati a dimostrare il possesso dei requisiti di partecipazione.

3. Le considerazioni espone conducono al rigetto della domanda.

3.1. Le spese di lite possono essere compensate, stante la novità della questione.

T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I quater, 25 gennaio 2017, n. 1324 - Pres. Mezzacapo - Est. Bottiglieri - Consorzio S.S. società consortile a r.l. c. L.I. S.p.a.

Sulla base dell'art. 83, comma 2, D.Lgs. n. 50/2016, non sembra revocabile in dubbio che la partecipazione alle gare dei consorzi stabili trovi ancora, allo stato, le proprie disposizioni di riferimento nel precedente ordinamento di settore. Invero, in questo, per la questione qui controversa, non è rinvenibile alcuna differenziazione tra appalti di lavori e appalti di servizi. Non è dunque implausibile ritenere che le future linee-guida, in disparte ogni questione in ordine alla loro formale riferibilità ad una specifica tipologia di gara, siano suscettibili di concretare indicazioni di carattere generale, destinate, in quanto tali, a conformare l'intera materia. Del resto, in tale scenario, la scelta operata dal nuovo codice dei contratti è quella di fare salve, temporaneamente, le regole antecedenti, e tale scelta, ancorché espressa immediatamente dopo la rimessione all'ANAC del compito di predisporre le linee guida "per i lavori", è, però, di carattere assoluto ("Fino all'adozione di dette linee guida, si applica l'articolo 216, comma 14"), non essendo stata richiamata, anche in tal caso, la delimitazione che connota il periodo precedente ("per i lavori"). La prescelta interpretazione trova pertanto conforto in un dato di sistema e in un elemento testuale. Viepiù la stessa interpretazione è confortata dalle FAQ predisposte dall'ANAC "sulle questioni interpretative relative all'applicazione delle disposizioni del D.Lgs. n. 50/2016 nel periodo transitorio", di cui al Comunicato 8 giugno 2016, punto 3.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	(Con riferimento però ai Consorzi stabili di lavori) T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 28 giugno 2017, n. 3507.
Difforme	Non sono stati rinvenuti precedenti in termini.

Il T.A.R. (omissis)

Fatto e diritto

1. Con l'odierno gravame il Consorzio S.S. società consortile a r.l. ha interposto azione impugnatoria avverso il Provv. 2 novembre 2016, che ha escluso il Consorzio dalla procedura aperta bandita da L.I. s.p.a. il 29 giugno 2016, per l'affidamento dei servizi di pulizia locali, igiene ambientale, smaltimento rifiuti e facchinaggio presso i propri uffici, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di importo complessivo pari a Euro 291.528,00, e gli altri atti indicati in epigrafe.

2. Questo l'antefatto della controversia.

La *lex specialis* di gara disponeva all'art. 10 che "i concorrenti devono essere iscritti nel registro della camera di commercio, industriale, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato, a norma della L. 25 gennaio 1994, n. 82 e del D.M. 7 luglio 1997, n. 274 nella fascia di classificazione di cui all'art. 3, comma 1, lettera c) per l'esercizio dell'attività di pulizia e sanificazione, nonché a norma dell'art. 8 del D.M. 30 giugno 2003, 221, nella fascia di classificazione di cui all'art. 8, comma 2, lettera a), per l'esercizio delle attività di facchinaggio", precisando poi che "in caso di Consorzio stabile ... il suddetto requisito ... deve essere posseduto direttamente dal Consorzio, salvo quanto disposto dall'art. 47 del Codice", riferimento inteso al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (la gara è stata infatti bandita successivamente all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 50 del 2016).

Il Consorzio ricorrente presentava domanda di partecipazione alla gara, dichiarando, ai fini della qualificazione per il predetto requisito, che si sarebbe avvalso della fascia di qualificazione posseduta dalla consorziata Ge.p.i.r., indicata quale esecutrice del servizio nel DGUE.

La Commissione di gara, nella seduta del 29 settembre 2016, verbale n. 1, verificato il possesso in capo al Consorzio e a Ge.p.i.r. dei prescritti requisiti di partecipazione, e rilevata la carenza del contratto di avvalimento, riteneva la necessità di acquisire in via di soccorso istruttorio oneroso, la produzione di tale contratto. La richiesta di integrazione documentale veniva formalizzata il 4 ottobre 2016.

Il Consorzio contestava la richiesta durante la seduta di gara, invocando l'art. 47 del D.Lgs. n. 50 del 2016, espressamente richiamato dal disciplinare, da interpretarsi nel senso di computare direttamente in capo al consorzio stabile i requisiti delle consorziate, ma nel prosieguo produceva il richiesto contratto.

La Commissione di gara, nella seduta del 27 ottobre 2016, verbale n. 2, riteneva il contratto prodotto dal Consorzio privo dei requisiti necessari per l'ammissione alla gara (per sottoscrizione successiva al termine previsto per la

presentazione delle offerte; per mancanza della messa a disposizione dei requisiti in ordine al servizio di facchinaggio).

Il Consorzio veniva quindi escluso dalla gara.

3. La ricorrente contesta la legittimità dell'esclusione deducendo un'unica censura: violazione e falsa applicazione dell'art. 47 del D.Lgs. n. 50 del 2016, dell'art. 81 del d.P.R. n. 207 del 2010, dell'art. 36, comma 7, del D.Lgs. n. 163 del 2006, dell'art. 10 del disciplinare di gara; eccesso di potere; violazione del principio di par condicio e massima partecipazione; violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost.

Il percorso argomentativo racchiuso nelle predette doglianze può essere così sintetizzato:

- il disciplinare richiama espressamente l'art. 47 del D.Lgs. n. 50 del 2016, che dispone in ordine ai requisiti di idoneità tecnica e finanziaria che i consorzi stabili devono possedere per l'ammissione alle gare;

- l'art. 83, comma 2, dello stesso D.Lgs. n. 50 del 2016, stabilisce che l'ANAC disciplina, tra altro, il sistema di qualificazione, i casi e le modalità di avvalimento, i requisiti e le capacità che devono essere posseduti dai concorrenti, anche laddove consorzi stabili;

- l'ultimo periodo dello stesso art. 83, comma 2, D.Lgs. n. 50 del 2016 dispone che, sino all'adozione delle linee-guida, "si applica l'articolo 216, comma 14";

- l'art. 216, comma 14, del D.Lgs. n. 50 del 2016 prevede che, fino all'adozione delle linee-guida indicate all'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 d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207";

- l'ANAC, con le "FAQ sul periodo transitorio" conseguenti all'introduzione della nuova disciplina in tema di gare, ha rilevato che tra le disposizioni contenute nella Parte II, Titolo III, del d.P.R. n. 207 del 2010 sono ricomprese anche quelle attinenti alla qualificazione dei consorzi, e, 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 D.Lgs. n. 163 del 2006;

- troverebbe indi applicazione alla gara de qua - ai sensi del combinato disposto degli artt. 83 e 216 del D.Lgs. n. 50 del 2016 - l'art. 81 del d.P.R. n. 207 del 2010 e l'art. 36, comma 7, del D.Lgs. n. 163 del 2006, ovvero la regola per la quale i consorzi stabili si qualificano sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate.

- tale regola, di perdurante vigenza temporanea, come ampiamente declinata dalla giurisprudenza amministrativa e dall'ANAC, che ne hanno rilevato l'afferenza al particolare modulo organizzativo e gestionale che caratterizza il consorzio stabile, fondato sul patto consortile e sulla

causa mutualistica, realizza una particolare forma di avvalimento che non richiede il ricorso all'avvalimento ex art. 49, D.Lgs. n. 163 del 2006, con la conseguenza che il consorzio stabile può partecipare alle gare di appalto avvalendosi dei requisiti delle proprie consorziate, senza necessità di stipulare un contratto di avvalimento;

- applicando tali coordinate normative ed ermeneutiche alla fattispecie, la dichiarazione di volersi avvalere dei requisiti della indicata consorziata quale esecutrice dei servizi, resa dal Consorzio in sede di partecipazione alla gara per cui è causa, costituirebbe elemento sufficiente ai fini della regolare partecipazione: la SA non avrebbe pertanto potuto né richiedere la produzione del contratto di avvalimento, che la società ha presentato a soli fini collaborativi, né tanto più disporre l'esclusione del Consorzio sulla base delle irregolarità in esso rilevate.

Il Consorzio ricorrente domanda, pertanto, l'annullamento del provvedimento che lo ha escluso dalla procedura, occorrendo, degli atti presupposti, nonché la condanna della S.A. al risarcimento del danno in proprio favore, da disporsi in forma specifica, mediante riammissione in gara, previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more, ovvero, in subordine, e previa determinazione dei relativi criteri, per equivalente, con liquidazione in via equitativa ex art. 1226 c.c., oltre interessi e rivalutazione.

4. Si è costituita in resistenza L.I. s.p.a., affidando le proprie difese a due argomentazioni portanti.

Secondo la prima, il Consorzio ricorrente non potrebbe sottrarsi dalle conseguenze che egli stesso ha determinato, optando nel DGUE per la partecipazione alla gara in avvalimento della qualificazione posseduta dalla consorziata Ge.p.i.r.

Inoltre, la ricostruzione normativa operata in ricorso non terrebbe conto del fatto che la moratoria di cui all'art. 216, comma 14, del D.Lgs. n. 50 del 2016, invocata dalla ricorrente al fine di dimostrare l'applicabilità alla gara dell'art. 81 del d.P.R. n. 207 del 2010 e dell'art. 36, comma 7, del D.Lgs. n. 163 del 2006, e, indi, delle previste disposizioni sulle modalità di qualificazione dei consorzi stabili, è relativa alla predisposizione delle linee-guida ANAC, che l'art. 83, comma 2, del D.Lgs. n. 50 del 2016 prevede solo "per i lavori", come chiarisce l'incipit della disposizione.

Di talché, si prosegue, la qualificazione dei consorzi stabili negli appalti di servizi quali quello in esame sarebbe retta esclusivamente dall'art. 47 del D.Lgs. n. 50 del 2016: la norma, innovando il precedente sistema, stabilisce, al primo comma, che "i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi con le modalità previste dal presente codice", e introduce, al secondo comma, una deroga "per i primi cinque anni dalla costituzione, ai fini della partecipazione dei consorzi di cui all'articolo 45, comma 2, lettera c), alle gare, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi previsti dalla normativa vigente posseduti dalle singole imprese consorziate esecutrici, vengono sommati in

capo al consorzio" che non trova (pacificamente, n.d.r.) applicazione al Consorzio ricorrente.

Sulla scorta di tali considerazioni la parte resistente ha concluso per il rigetto del ricorso.

5. La controversia è stata trattata alla camera di consiglio del 17 gennaio 2017.

6. Il Collegio deve rilevare in via pregiudiziale che l'art. 120 del codice del processo amministrativo, alla novella di cui al comma 6-bis, stabilisce che nei casi previsti al comma 2-bis, ovvero laddove si controverta, come nella fattispecie, in ordine alle esclusioni dalle procedure di affidamento all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, "il giudizio è definito in una camera di consiglio da tenersi entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente. Su richiesta delle parti il ricorso è definito, negli stessi termini, in udienza pubblica".

La disposizione è applicabile alla controversia in esame, instaurata successivamente alla novella, introdotta dall'art. 204, comma 1, lett. d), del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, a decorrere dal 19 aprile 2016, ai sensi di quanto disposto dall'art. 220 dello stesso D.Lgs. n. 50 del 2016.

Per l'effetto, le parti sono state edotte nel corso della predetta camera di consiglio, senza che sul punto si sia registrata alcuna contestazione, che la controversia sarebbe stata trattenuta in decisione per il merito.

7. Il ricorso è fondato.

Il Collegio non ritiene invero di poter aderire alle tesi prospettiche di L.I.

8. La regola invocata dalla parte ricorrente in ordine alla qualificazione dei consorzi stabili nelle procedure di affidamento pubbliche era pacificamente applicabile sino all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 50 del 2016, secondo quanto ampiamente rappresentato in ricorso.

E se è vero che il D.Lgs. n. 50 del 2016 ha innovato sul punto, è altresì vero che le nuove regole non sono state compiutamente dettagliate, essendo state rimesse dall'art. 83, comma 2, alla predisposizione di linee-guida da parte dell'ANAC.

L'art. 83, comma 2, prevede infatti che "per i lavori, con linee guida dell'ANAC adottate entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente codice, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari, sono disciplinati, nel rispetto dei principi di cui al presente articolo e anche al fine di favorire l'accesso da parte delle microimprese e delle piccole e medie imprese, il sistema di qualificazione, i casi e le modalità di avvalimento, i requisiti e le capacità che devono essere posseduti dal concorrente, anche in riferimento ai consorzi di cui all'articolo 45, lettere b) e c) e la documentazione richiesta ai fini della dimostrazione del loro possesso di cui all'allegato XVII. Fino all'adozione di dette linee guida, si applica l'articolo 216, comma 14".

Sulla base di tale disposizione, non sembra revocabile in dubbio che la partecipazione alle gare dei consorzi stabili trovi ancora, allo stato, le proprie disposizioni di riferimento nel precedente ordinamento di settore, e che tale riferimento non possa intendersi limitato nei sensi voluti dalla parte resistente.

Invero, nel previgente ordinamento, per la questione qui controversa, non è rinvenibile alcuna differenziazione tra appalti di lavori e appalti di servizi.

Non è dunque implausibile ritenere che le future linee-guida, in disparte ogni questione in ordine alla loro formale riferibilità a una specifica tipologia di gara, siano suscettibili di concretare indicazioni di carattere generale, destinate, in quanto tali, a conformare l'intera materia.

Del resto, in tale scenario, la scelta operata dal nuovo codice dei contratti è quella di fare salve, temporaneamente, le regole antecedenti, e tale scelta, ancorché espressa immediatamente dopo la rimessione all'ANAC del compito di predisporre le linee guida "per i lavori", è, però, di carattere assoluto ("Fino all'adozione di dette linee guida, si applica l'articolo 216, comma 14"), non essendo stata richiamata, anche in tal caso, la delimitazione che connota il periodo precedente ("per i lavori"). La prescelta interpretazione trova pertanto conforto in un dato di sistema e in un elemento testuale.

Vieppiù, la stessa interpretazione è confortata dalle FAQ predisposte dall'ANAC "sulle questioni interpretative relative all'applicazione delle disposizioni del D.Lgs. n. 50 del 2016 nel periodo transitorio", di cui al Comunicato 8 giugno 2016, punto 3.

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 del 2016, l'ANAC rileva che i requisiti sono individuati in linea generale dall'art. 47 del nuovo codice, e, sul rilievo che "l'art. 261, 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 la parte II, titolo III, del d.P.R. n. 207 del 2010. Tra queste disposizioni sono ricomprese anche quelle che disciplinano la qualificazione dei consorzi e, 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".

L'ANAC non risulta, quindi, aver in alcun modo limitato il periodo transitorio di ultravigenza delle previgenti disposizioni agli appalti di lavori.

In ultimo, soccorre il criterio teleologico.

L'art. 83 del nuovo codice di cui al D.Lgs. n. 50 del 2016, 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".

Tale finalità risulterebbe 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 a 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.

Infine, quanto alla prima linea argomentativa di L.I., se ne rileva la natura meramente formale, atteso che il richiamo operato dal Consorzio ricorrente nel DGUE all'avvalimento risulta all'evidenza inteso in senso atecnico.

Deve concludersi, pertanto, che la locuzione di cui all'art. 83, comma 2, del D.Lgs. n. 50 del 2016 ("Fino all'adozione di dette linee guida, si applica l'articolo 216, comma 14") si interpreta nel senso dell'applicabilità della disposizione anche agli appalti di servizi.

9. Alle rassegnate conclusioni consegue l'accoglimento della domanda demolitoria nei limiti dell'interesse del ricorrente, e, per l'effetto, l'annullamento del provvedimento di esclusione del Consorzio dalla gara e, tenuto conto del fatto che la procedura in esame non risulta ancora conclusa, della connessa domanda di risarcimento del danno in forma specifica, con ordine di riammissione del Consorzio alla gara.

Le spese di lite possono essere integralmente compensate tra le parti, tenuto conto della novità della questione.

IL COMMENTO

di Francesco Scalia

Le due sentenze in commento offrono letture antitetiche della medesima norma, l'art. 47, comma 2, del "nuovo" codice degli appalti *ante* correttivo. Il T.A.R. Toscana ritiene tale norma immediatamente vigente, con conseguente superamento del criterio del "cumulo alla rinfusa"; il T.A.R. Lazio, invece, ha ritenuto la perdurante vigenza del sistema delineato dal "vecchio" codice degli appalti. L'articolo cerca di approfondire le ragioni dell'uno e dell'altro Giudice, dando conto anche del travaglio normativo e giurisprudenziale che ha caratterizzato la recente e (forse) breve storia di questo criterio di qualificazione dei consorzi.

Il consorzio stabile ed il criterio del "cumulo alla rinfusa" nel sistema previgente il "nuovo" codice degli appalti

La figura del consorzio stabile è stata introdotta nel nostro ordinamento dall'art. 10, comma 1, lett. c), L. 11 febbraio 1994, n. 109 all'esito di un "percorso di tipizzazione normativa del fenomeno della cooperazione tra imprese" (1) 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. 584 (2), e la disciplina dei consorzi ordinari, con L. 17 febbraio 1987, n. 80.

L'art. 36, comma 1, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 definiva consorzi stabili "quelli (...) 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, forniture, per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa". Il comma 7 dello stesso articolo prevedeva che il consorzio stabile si qualificasse sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate. La norma, riferendosi chiaramente ai soli consorzi di lavori (3),

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 forniture (4).

Tale opinione trovava conforto anche nel d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, recante il regolamento di esecuzione ed attuazione del codice degli appalti (5), 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 1 (6) e 4 (7) dell'art. 94, non anche il comma 2, in 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 i capo alle

(1) S. Abrate, *Consorzio stabile*, in *L'amministrativista*, 26 gennaio 2017, 2.

(2) Di recepimento della Dir. 71/305/Cee.

(3) 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".

(4) Così F. Caringella - M. Giustiniani, *Manuale di diritto amministrativo*, IV, *I contratti pubblici*, Roma, 2014, 491.

(5) Cui i commi 2 e 3 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.

(6) "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".

(7) "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".

single 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 giurisprudenza (8), 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 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" (9). 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, legge le disposizioni più sopra riportate, che pur nella lettera sembravano delineare due distinti sistemi di qualificazione per i consorzi stabili, a secondo del settore in cui gli stessi operavano, in un'ottica dallo stesso definita estensiva (10), 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.

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. L'art. 45, dedicato agli operatori economici, definisce consorzi stabili quelli costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'art. 2615 *ter* c.c., tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro, "formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa" (comma 2, lett. c).

(8) A partire da Cons. Stato, Sez. VI, 10 maggio 2013, n. 2563. Si vedano nello stesso senso anche Cons. Stato, Sez. III, 25 febbraio 2014, n. 895 e Id., Sez. V, 23 febbraio 2017, quest'ultima ancora riferita al D.Lgs. n. 163/2006.

(9) Cons. Stato, Sez. VI, n. 2563 del 2013, cit.

(10) "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. Stato, Sez. VI, n. 2563 del 2013, cit.).

Quanto al tema di questo commento, la formulazione originaria dell'art. 47 del codice disponeva 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) dovevano 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 andavano computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate. Il secondo comma 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 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 comma 2 dell'art. 47 per i primi cinque anni di costituzione dei consorzi stabili, avrebbe, invece, consentito di cumulare tutti i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi, posseduti, però, dalle sole imprese consorziate indicate come esecutrici.

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 T.A.R. Lazio, con la sentenza in commento, ha ritenuto operante il rinvio 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. Sostiene, innanzitutto, il T.A.R. 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 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 sia stata "richiamata, anche in tal caso, la delimitazione che connota il periodo precedente ("per i lavori")" fa ritenere al T.A.R. che la scelta operata dal nuovo codice dei contratti sia quella di fare salve, temporaneamente, le regole antecedenti e che tale scelta abbia carattere assoluto. La sentenza cita a conforto le FAQ predisposte dall'ANAC "sulle questioni interpretative relative all'applicazione delle disposizioni del D.Lgs. n. 50/2016 nel periodo transitorio", di cui al Comunicato 8 giugno 2016, punto 3 (11), le quali non avrebbero in alcun modo 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 T.A.R. Lazio, tale "finalità risulterebbe 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

(11) L'ANAC in risposta al quesito circa quali siano le norme applicabili alla qualificazione dei consorzi fino all'adozione delle linee guida previste dall'art. 83, comma 2, del Codice così si esprime: "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 la parte II, titolo III, del d.P.R. n. 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".

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”.

In realtà, per come poi sinteticamente rileverà il T.A.R. Toscana con la seconda sentenza in commento, l'interpretazione operata dal T.A.R. Lazio non pare condivisibile.

Innanzitutto il dato testuale. L'art. 83, comma 2, riferisce espressamente le linee guida dell'ANAC ai soli lavori (“Per i lavori, con linee guida dell'ANAC adottate ...”). Il comma 2, che il T.A.R. Lazio usa a sostegno della propria tesi in quanto non replicherebbe la limitazione ai lavori, richiama 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 dovrebbe - al più - riguardare i soli consorzi stabili di lavori.

D'altronde, la stessa FAQ dell'ANAC citata dal T.A.R. Lazio - in disparte il fatto che non precisa se si riferisca ai consorzi stabili in generale o a quelli operanti nel settore dei lavori - premette che i requisiti per la partecipazione dei consorzi alle gare sono individuati, in linea generale, dall'art. 47 del codice. Se fosse fondata l'interpretazione del TAR, tale premessa non avrebbe alcun senso in quanto l'art. 47 *in toto* non potrebbe trovare applicazione fino all'adozione delle linee guida dell'ANAC.

Inoltre, l'art. 216, comma 14, dispone che “Fino all'adozione delle linee guida indicate dall'art. 83, comma 2, continuano ad applicarsi, in quanto compatibili, le disposizioni di cui alla Parte II, Titolo III, nonché gli allegati e le parti di allegati ivi richiamate, del DPR 5 ottobre 2010, n. 207”. Orbene, l'art. 60 del citato d.P.R., rubricato “Ambito di applicazione in materia di qualificazione dei lavori”, dispone al primo comma che i Capi I, II e III della Parte II del Titolo III disciplinano, appunto, il sistema unico di qualificazione dei lavori. Anche l'art. 81, il cui rinvio recettizio farebbe rivivere l'art. 36, comma 7, del vecchio codice, è ricompreso nel capo III dedicato ai requisiti per la qualificazione delle imprese nel settore dei lavori e non può che riferirsi esclusivamente ai consorzi stabili di quel settore. L'art. 94, compreso nel capo IV del titolo III e rubricato “Consorzi stabili”, si riferisce chiaramente ed espressamente ai consorzi stabili che “eseguono i lavori”. Gli allegati e le parti di allegati dalle disposizioni della Parte

II, Titolo III del d.P.R. n. 207/2010, si riferiscono tutti al settore dei lavori (12). Ancora, l'art. 84 D.Lgs. n. 50/2016, nel disciplinare il “Sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici”, rinvia, con il secondo comma, alle linee guida ANAC “di cui all'art. 83, comma 2”, chiarendo definitivamente che quest'ultime si riferiscano esclusivamente ai lavori.

Non solo, ma l'art. 216, comma 14, citato non rinvia all'unica norma del d.P.R. n. 270 del 2010 dedicata ai “Consorzi stabili per servizi e fornitura”: 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 sembra lasciare adito a dubbi.

Anche l'argomento di carattere sistematico usato dal T.A.R. Lazio non convince. 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

(12) 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.

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 T.A.R. 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.

In questi termini credo possa essere letto l'argomento usato dal T.A.R. Toscana, nella sentenza in commento, per ritenere immediatamente vigente la disciplina introdotta dall'art. 47 del codice degli appalti. Il Giudice Toscano, mentre liquida 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, comma 2 cit."), usa un argomento sistematico che ad una prima lettura potrebbe sembrare logicamente incoerente. Scrive 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, comma 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, comma 14, rimanda al criterio del cumulo alla rinfusa dettato dall'art. 36, comma 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, sembrerebbe 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 ritenga 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 porta ad escludere già nel periodo transitorio il criterio del cumulo alla rinfusa anche per la qualificazione dei consorzi stabili di lavori (13).

In questi termini si è espressa parte della dottrina (14), che ha rilevato come "con riferimento alle sole

(13) Di diverso avviso T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 28 giugno 2017, n. 3507, che ha ritenuto, con riferimento ai consorzi stabili di lavori, nella vigenza del nuovo codice *ante* correttivo, l'operatività del "cumulo alla rinfusa" senza le limitazioni temporali poste dall'art. 47, comma 2. Il T.A.R. rileva che il contrasto tra il sistema previgente, che ammette il "cumulo alla rinfusa" incondizionatamente e a prescindere dalla data di costituzione del

consorzio stabile, e l'art. 47, comma 2, D.Lgs. n. 50/2016 (prima del correttivo) va risolto preferendo "l'interpretazione che salvaguarda la massima partecipazione delle imprese alle gare ad evidenza pubblica".

(14) F. Caringella - M. Protto (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Roma, 2016, 195-196.

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 citati, 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, d.P.R. n. 207/2010 (15).

Il correttivo, approvato con D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56, fornisce ulteriori argomenti a favore della lettura offerta dal T.A.R. Toscana della disciplina immediatamente previgente. Innanzitutto il correttivo modifica 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 conferma che le linee guida da adottare sono relative esclusivamente ai lavori pubblici, altrimenti esulerebbero dalla competenza del Ministero delle infrastrutture e trasporti.

Inoltre, l'art. 31 del correttivo sostituisce il comma 2 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 avvalimento, quelli delle singole imprese consorziate non designate per l'esecuzione del contratto. Con le linee guida dell'ANAC di cui all'articolo 84, comma 2, sono stabiliti, ai fini della qualificazione, i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni".

Ebbene, tale norma, da un lato - come si vedrà in seguito - evidenzia l'intenzione del legislatore di escludere definitivamente la possibilità per i consorzi di qualificarsi con i requisiti delle proprie consorziate non indicate come esecutrici delle prestazioni, dovendo questi nel caso stipulare con le stesse un apposito contratto di avvalimento; dall'altro chiarisce inequivocabilmente che il rinvio operato alle linee guida ANAC, ai fini della piena operatività del sistema di qualificazione dei consorzi stabili, è limitato esclusivamente ai consorzi di

lavori. Infatti, quanto a quest'ultimo profilo, il nuovo secondo comma dell'art. 47 cita "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, devono 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 3 (16)) che dovranno essere adottate su proposta dell'ANAC con decreto del MIT. Il fatto però che il nuovo secondo comma dell'art. 47 abbia citato l'art. 84, comma 3, invece dell'art. 83, comma 2, - cui la prima norma fa rinvio - sembra appalesare la volontà del Legislatore, forse proprio in conseguenza dell'interpretazione operata dal T.A.R. Lazio con la sentenza 1324/2017, di rimarcare che le linee guida dalla cui adozione dipende la piena operatività del sistema di qualificazione sono riferite esclusivamente ai lavori pubblici.

L'art. 47 post correttivo. La (parziale) resurrezione o il definitivo superamento del criterio del cumulo alla rinfusa?

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.

La norma, contrariamente a quanto sostenuto da parte della dottrina (17), innova profondamente il sistema previgente al nuovo codice degli appalti.

Il criterio c.d. del cumulo alla rinfusa è quello posto dal primo periodo dell'art. 36, comma 7, D.Lgs. n. 163/2006. Tale norma prevedeva che i consorzi stabili si qualificassero sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate (tutte), indipendentemente dall'essere queste indicate come esecutrici del contratto. Ebbene, questo criterio di qualificazione è stato definitivamente superato dal nuovo codice degli appalti.

Oggi i consorzi stabili possono utilizzare i requisiti di qualificazione posseduti dalle sole imprese consorziate indicate quali esecutrici delle prestazioni. Se

(15) Condividono, invece, la tesi del T.A.R. Lazio espressa nella sentenza in commento, R. Garofoli - G. Ferrari (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Tomo I, Molfetta, 2017, 857; L.R. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 485.

(16) Cfr. art. 84, comma 2: "L'ANAC, con il decreto di cui all'articolo 83, comma 2, individua ...".

(17) R. Garofoli - G. Ferrari (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, cit., 858.

vorranno utilizzare i requisiti delle altre consorziate, i consorzi dovranno stipulare con queste contratti di avvalimento, come se fossero imprese estranee al patto consortile.

Parte della dottrina (18) definisce “cumulo alla rinfusa” anche la qualificazione del consorzio mediante i requisiti delle imprese indicate come esecutrici delle prestazioni. Volendo aderire a questa impostazione, allora potremmo concludere per la (parziale) resurrezione con il correttivo di tale criterio, già previsto per i soli consorzi stabili di servizi e forniture dall’art. 277, comma 3, d.P.R. n. 207/2010.

Al di là delle questioni definitorie, però, il dato rilevante è che il nuovo codice dei contratti (tanto nella formulazione originaria, quanto in quella “corretta” dal D.Lgs. n. 56/2017) assesta un duro colpo alla teoria organica del consorzio 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” (19). Proprio per tale sua natura, la giurisprudenza citata ha ritenuto applicabile il criterio del cumulo alla rinfusa - dall’art. 36, comma 7 del vecchio codice riferito ai soli consorzi stabili di lavori - anche nei settori dei servizi e delle forniture (20).

Certo non aiuta l’opzione ermeneutica scelta il parere che il Consiglio di Stato ha reso sullo schema di decreto correttivo (21). 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”. È considerazione però, a giudizio di chi scrive, non confutabile quella per cui l’aver previsto che il consorzio possa utilizzare i requisiti delle consorziate non indicate come esecutrici delle prestazioni solo mediante appositi contratti di avvalimento determini 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”.

Un’ultima notazione. L’art. 47, comma 2, si riferisce ai consorzi stabili (art. 45, comma 2, lett. c) ed ai consorzi di società di ingegneria (art. 46, comma 2, lettera f). Non cita i consorzi di cooperative (art. 45, comma 2, lett. b), che pur la giurisprudenza formatasi sull’ordinamento previgente aveva assimilato ai consorzi stabili (22). Ebbene, proprio muovendo da tale giurisprudenza, il T.A.R. Campania, Sez. II, 10 novembre 2017, n. 5300, ha ritenuto applicabile la norma citata anche ai consorzi di cooperative.

(18) F. Caringella - M. Protto (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 196. Si veda anche T. Rossi, *L’applicazione del “cumulo alla rinfusa” ai consorzi di cooperative*, in *L’Amministrativista*, 15 novembre 2017.

(19) Cons. Stato, Sez. VI, n. 2563/2013, cit.

(20) Si veda recentemente, ma riferita al vecchio codice, Cons. Stato, Sez. V, n. 849/2017 cit.: “questo soggetto si qualifica in base al cumulo dei requisiti delle consorziate e tale disciplina si giustifica in ragione del patto consortile che si instaura nell’ambito

di un’organizzazione stabile, caratterizzato da un rapporto durativo ed improntato a stretta collaborazione tra le consorziate e dalla comune causa mutualistica, nell’ambito del quale la consorziata che si limiti a conferire il proprio requisito all’ente cui appartiene non partecipa all’esecuzione dell’appalto, al quale rimane estranea, tant’è che non sussiste alcuna responsabilità di sorta verso la stazione appaltante”.

(21) Cons. Stato, Comm. Spec. 30 marzo 2017, n. 782.

(22) Cfr. T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. I, 10 aprile 2015, n. 693.