

Pubblicato il 17/01/2025

N. 00364/2025REG.PROV.COLL.
N. 04294/2024 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

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

contro

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

nei confronti

Regione Calabria, non costituita in giudizio;

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

per la riforma

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

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

visti tutti gli atti della causa;

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

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

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

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

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

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

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

DIRITTO

6. Viene all'esame del Collegio il ricorso in appello proposto dal Commissario di Governo per il Contrasto del Dissesto Idrogeologico nel Territorio della Regione Calabria avverso la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria con la quale il medesimo TAR ha accolto il ricorso avverso:

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

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

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

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

8. L'appello è infondato.

9. Il divieto di avvalimento a cascata serve a evitare che l'impresa ausiliaria, priva del requisito che intende mettere a disposizione del concorrente ausiliato, lo acquisisca a sua volta mediante avvalimento da altro soggetto. Ma

qui non c'è un altro soggetto dato che il Consorzio stabile è un soggetto che può prestare i requisiti.

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

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

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

13. Sulla questione il Collegio intende fornire ulteriori chiarimenti.

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

15. La disciplina dell'avvalimento contenuta nel Codice del 2023 è espressione di un cambio di impostazione netto rispetto a quella contenuta nell'art. 89 del Codice del 2016. Essa non è più incentrata sul mero prestito dei requisiti, ma sullo stesso contratto di avvalimento. L'avvalimento è il contratto, in forma scritta a pena di nullità e di norma oneroso, con il quale una o più imprese ausiliarie si obbligano a mettere a disposizione del concorrente, per tutta la

durata dell'appalto, le dotazioni tecniche e le risorse umane e strumentali di cui necessita. La disposizione, quindi, comprende sia la disciplina dell'avvalimento c.d. operativo (riguardante i requisiti di capacità tecnico professionale), sia la disciplina dell'avvalimento c.d. di garanzia (concernente le capacità economico finanziarie). Tanto l'avvalimento non è più incentrato sul mero prestito di requisiti, che può essere utilizzato anche per migliorare la propria offerta (avvalimento premiale). Il contratto di avvalimento genera un rapporto di collaborazione tra imprese.

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

requisiti si realizzerebbe un avvalimento a cascata (cfr. la già citata sentenza di questa Sezione 3 settembre 2021, n. 6212).

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

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

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

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

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

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

Francesco Caringella, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Gianluca Rovelli

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO

