

Publicato il 09/10/2023

N. 08767/2023 REG.PROV.COLL.
N. 03458/2023 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3458 del 2023, proposto dal Consorzio Stabile Ventimaggio S.C. A R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG 934159828A, rappresentato e difeso dagli avvocati Arturo Cancrini, Francesco Vagnucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Regione Lombardia, non costituito in giudizio;

Azienda Socio Sanitaria Territoriale (Asst) Rhodense, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Maurizio Zoppolato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio Maurizio Piero Zoppolato in Roma, via Properzio n.5;

nei confronti

Consorzio Stabile Appaltitalia, non costituito in giudizio;

Gr Electric S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,

rappresentato e difeso dall'avvocato Valeria Catalano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima) n. 00597/2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Socio Sanitaria Territoriale (Asst) Rhodense e della Gr Electric S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 settembre 2023 il Cons. Giovanni Pescatore e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. E' controverso l'esito della procedura negoziata indetta dall'Azienda Sanitaria Territoriale Rhodense con delibera 21 luglio 2022 n. 756 "*per l'affidamento dei lavori per l'adeguamento normativo in materia di prevenzione incendi del presidio ospedaliero di Passirana di Rho*".
2. Il disciplinare di gara richiedeva ai concorrenti il possesso dell'attestazione SOA. Alla procedura di gara ha partecipato, tra gli altri, il Consorzio Ventimaggio, che ha indicato quale consorziata esecutrice l'impresa Ital Group S.r.l..
3. Il consorzio è divenuto aggiudicatario della gara con delibera 15 settembre 2022 n. 896.
4. In data 3 ottobre 2022 la seconda classificata G.R. Electric S.r.l. ha trasmesso alla stazione appaltante un'istanza di esclusione del Consorzio aggiudicatario, motivata dal difetto in capo all'impresa esecutrice Ital Group S.r.l. delle attestazioni SOA richieste dal disciplinare di gara.

Nell'istanza di segnala che la carenza dei requisiti non può essere colmata dall'applicazione del cd. "*cumulo alla rinfusa*", ovvero attraverso la valorizzazione dei requisiti di qualificazione maturati dalle altre imprese consorziate.

5. L'istanza è stata accolta con delibera del 26 ottobre 2022 n. 1036, la quale ha disposto l'esclusione del consorzio stabile Ventimaggio e la nuova aggiudicazione dell'appalto a G.R. Electric.

6. Con sentenza n. 597 dell'8 marzo 2023 pronunciata sul ricorso del Consorzio Ventimaggio, il TAR ha confermato la legittimità del provvedimento di esclusione.

Dopo avere dato atto dell'esistenza di due orientamenti interpretativi elaborati in merito alla tematica della perdurante operatività nella disciplina degli appalti pubblici del cd. "*cumulo alla rinfusa*", il giudice di primo grado ha aderito all'indirizzo più restrittivo che ritiene il cumulo applicabile "*.. ai soli requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature dei mezzi d'opera nonché all'organico medio annuo*", per concludere quindi che "*la designazione da parte dell'aggiudicatario consorzio Ventimaggio della consorziata Ital Group S.r.l. quale esecutrice dei lavori appaltati non è legittimata dalla normativa vigente, difettando in capo alla esecutrice i requisiti di qualificazione specifici*".

7. Successivamente alla pubblicazione della sentenza, il contrasto interpretativo è stato ricomposto dal legislatore nazionale, mediante l'inserimento nel nuovo Codice dei contratti di un'apposita norma chiarificatrice della (corretta) interpretazione dell'art. 47, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 (art. 225, comma 13, del decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36).

8. L'appello ripropone gli argomenti già svolti a supporto della tesi estensiva (disattesa dal TAR), ulteriormente corroborati dalla norma di interpretazione autentica di recente introduzione.

9. Si oppongono l'Azienda Sanitaria Territoriale Rhodense e la G.R. Electric.

10. A seguito del rinvio al merito dell'istanza cautelare, la causa è passata in decisione all'udienza pubblica del 21 settembre 2023.

11. La disputa interpretativa sui margini applicativi del cd. "cumulo alla rinfusa" trae origine dalla seguente evoluzione normativa.

-- La prima formulazione dell'art. 47 secondo comma del d.lgs. n. 50 del 2016 prevedeva la possibilità dei consorzi stabili di lavori, servizi e forniture di utilizzare per i primi cinque anni dalla loro costituzione i requisiti di qualificazione delle imprese consortili (*"per i primi cinque anni dalla costituzione, ai fini della partecipazione dei consorzi di cui all'art. 45, comma 2, lettera c), alle gare, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi previsti dalla normativa vigente posseduti dalle singole imprese consorziate esecutrici, vengono sommati in capo al consorzio"*);

-- nella versione *ratione temporis* applicabile alla gara *de qua* – conseguente alle modifiche introdotte dall'art. 1, comma 20, lett. l), n. 1, del decreto legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n. 55 - il primo comma dell'art. 47 stabiliva, invece, 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), dovessero 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 sono computati cumulativamente in capo al consorzio, ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate"*;

-- la norma proseguiva prevedendo al comma 2 che i consorzi stabili dovessero eseguire 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"*; e aggiungeva che per i lavori, ai fini della qualificazione, i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni saranno stabiliti con il regolamento di cui all'articolo 216, comma 27 octies;

-- il successivo comma 2 bis precisava, ancora, 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?”*.

12. L'interpretazione del richiamato quadro normativo ha dato origine in giurisprudenza, come già anticipato, a due diversi orientamenti interpretativi.

12.1) Il primo di essi, al quale ha aderito il TAR sulla base degli argomenti di seguito riepilogati, ritiene che qualora il consorzio individui una consorziata come esecutrice, quest'ultima dovrà essere autonomamente in possesso del requisito di qualificazione, così come, in caso di esecuzione in proprio ad opera del consorzio, quest'ultimo dovrà possedere autonomamente il requisito; l'utilizzo della "maggiore" qualificazione del consorzio stabile non potrebbe, cioè, legittimare l'esecuzione di prestazioni da parte di piccole e medie imprese del tutto prive della qualificazione (Tar Lazio, sez. III, 3 marzo 2022, n. 2571; Cons. Stato, 22 agosto 2022, n. 7360; Tar Ancona, Sez. I, 25 febbraio 2023, n. 119; Tar Milano, Sez. I, nn. 397, 597 e 744 del 2023; Tar Napoli, sez. III, 22 febbraio 2023, n. 1152).

Questi gli argomenti addotti a sostegno di questa prima lettura.

-- Sul piano letterale, l'art. 47 comma 1 d.lgs. n. 50 del 2016 consentirebbe il cumulo solo con riferimento a determinati requisiti, vale a dire attrezzature, mezzi e organico medio anno; al di fuori di questi limiti, dovrebbe applicarsi la regola generale che impone a ciascun concorrente la dimostrazione del possesso dei requisiti e delle capacità di qualificazione (artt. 83 e 84 d.lgs. n. 50 del 2016).

-- Rileverebbe nel medesimo senso il nuovo contesto normativo, dal quale risulta espunta la previsione di cui al previgente art. 36, comma 7 d.lgs. n. 163 del 2006, che aveva legittimato un intendimento generalizzato del cumulo c.d. alla rinfusa. La soppressione della disposizione richiamata – oltre al tenore letterale dell'art. 47 d.lgs. n. 50 del 2016 – condurrebbe, dunque, a superare l'orientamento ampliativo ed a restringere la praticabilità del cumulo ai soli

aspetti relativi alla disponibilità delle attrezzature, dei mezzi d'opera e dell'organico medio annuo.

-- L'interpretazione restrittiva sarebbe inoltre confermata dal comma 2 dell'art. 47 d.lgs. n. 50 del 2016, come riformulato dal d.l. n. 32 del 2019, il quale non menziona più la facoltà del consorzio di ricorrere all'avvalimento, ai fini della utilizzazione dei requisiti di qualificazione delle consorziate non designate come esecutrici, limitandosi a prevedere l'alternativa facoltà di eseguire il contratto "*con la propria struttura*" ovvero "*tramite i consorziati*" all'uopo "*indicati in sede di gara*".

-- Sul piano funzionale, l'argomento della finalità pro-concorrenziale non risulterebbe ostativo alla tesi in commento: la tutela della concorrenza risiederebbe, infatti, nella stessa possibilità di utilizzare la forma del consorzio stabile, a prescindere dall'operatività o meno del cumulo alla rinfusa.

-- In definitiva, secondo l'impostazione in argomento, qualora il consorzio designa per l'esecuzione del contratto una o più delle imprese consorziate è necessario che queste ultime possiedano e comprovino in proprio (con la ribadita salvezza dei limitati e specifici casi di qualificazione cumulativa) i requisiti, tecnici e professionali, di partecipazione.

12.2) A questo primo indirizzo se ne contrappone un secondo che reputa ammissibile il generalizzato ricorso al cumulo alla rinfusa (Tar L'Aquila, Sez. I, 16 marzo 2023; Tar Palermo, sez. I, 2 marzo 2023, n. 657; Cons. Stato, Sez. V, n. 964 del 2 febbraio 2021; Cons. Stato, sez. V, 29 marzo 2021, n. 2588), sulla base dei seguenti passaggi argomentativi.

-- Sul versante normativo, viene contestata la lettura dell'art. 47 d.lgs. n. 50 del 2016 secondo la quale il singolo consorziato, indicato in gara come esecutore dell'appalto, deve essere a sua volta in possesso dei requisiti di partecipazione. Da un lato, infatti, l'art. 47, comma 2, non chiarisce espressamente (il che dà ragione al contrasto esegetico) le modalità di qualificazione dei consorziati designati per l'esecuzione, nel caso in cui i consorzi stabili intendano eseguire le prestazioni tramite le imprese consorziate; dall'altro, l'art. 47 comma 1 d.lgs.

n. 50 del 2016 reca una formulazione letterale identica a quella già trasfusa nel previgente art. 35 d.lgs. n. 163 del 2006, in vigore del quale era assolutamente pacifico il cumulo alla rinfusa;

-- lo stesso art. 47 comma 1 d.lgs. n. 50 del 2016 fa sostanziale rinvio all'art. 83 del medesimo codice dei contratti pubblici, il quale, al comma 2, a sua volta rinvia al regolamento di cui all'art. 216, comma 27-octies, ai sensi del quale, nelle more dell'adozione del regolamento (non ancora adottato), rimangono in vigore o restano efficaci le linee guida e i decreti adottati in attuazione della previgente disposizione di cui all'art. 36, comma 7, d.lgs. n. 163 del 2006. Ebbene, proprio in attuazione del citato art. 36 comma 7, l'art. 81 del d.P.R. n. 207 del 2010 stabilisce che *“i requisiti per la qualificazione dei consorzi stabili sono quelli previsti dall'articolo 36, comma 7, del codice”*. Ne consegue, una reviviscenza di quest'ultima disposizione, che non può dirsi espunta dall'ordinamento e che – unitamente agli artt. 81 e 94 del d.P.R. n. 207 del 2010 - delinea il regime di qualificazione dei consorzi stabili secondo il criterio del “pieno” cumulo alla rinfusa, salvo eccezioni;

-- a questo primo argomento se ne aggiunge un secondo, di carattere teleologico-sistematico, inteso a valorizzare sia l'asserita intenzione del legislatore di valorizzare nel tempo l'istituto in questione, quale importante strumento pro-concorrenziale (v. la relazione di accompagnamento al d.l. n. 32 del 2019 - c.d. Sblocca Cantieri); sia la *ratio* pro-concorrenziale insita nella disciplina dei consorzi stabili, essendo questa concepita al fine di consentire la partecipazione alle gare pubbliche ad imprese singolarmente prive dei requisiti di qualificazione richiesti dal bando, le quali possono cumulare i requisiti di cui dispongono con quelli di altre imprese fino a soddisfare il livello di qualificazione richiesto.

13. Così illustrati i termini essenziali della disputa interpretativa, il Collegio ritiene dirimente e assorbente la disposizione del nuovo Codice dei contratti pubblici (in vigore dal 1 aprile 2023 - cfr. l'art. 229, comma 1, d.lgs. n. 36 del 2023) di cui all'art. 225, comma 13, secondo periodo, d.lgs. n. 36 del 2023, la

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

13.1. Alla luce del chiarimento così intervenuto, la disposizione autenticamente interpretata (art. 47, comma 2-bis, cit.: «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. Le quote di assegnazione sono proporzionali all'apporto reso dai singoli consorziati nell'esecuzione delle prestazioni nel quinquennio antecedente») va intesa nel senso di consentire ai consorzi stabili di far ricorso in modo generalizzato al cd. “cumulo alla rinfusa” ai fini dell'affidamento di servizi e forniture, e dunque di poter ben integrare i requisiti previsti dalla *lex specialis* mediante quelli posseduti dalle proprie consorziate non esecutrici.

Ne consegue che “se il Consorzio stabile è in possesso, in proprio, dei requisiti partecipativi richiesti dalla legge di gara, a nulla rileva, in ragione dell'interpretazione offerta dalla suddetta disposizione, l'assenza della qualificazione SOA in capo alla consorziata esecutrice dei lavori” (Cons. Stato, Sez. V, 5 maggio 2023, n. 1761).

13.2. L'art. 5.2.2. del Disciplinare della gara qui controversa si pone in linea con questa impostazione, poiché stabilisce che i requisiti speciali debbano essere posseduti “direttamente dal consorzio ai sensi di quanto previsto dall'art. 47 del Codice”.

13.3. La Quinta sezione di questo Consiglio di Stato ha chiarito che l'art. 225, comma 13, secondo periodo, d.lgs. n. 36 del 2023 è “norma d'interpretazione autentica, provvista ex se di valore retroattivo, né soggetta al regime di cui al 2° comma dell'art. 229 di efficacia differita, riferibile alle altre disposizioni del decreto legislativo (cfr. Cons. Stato, V, ord. 5 maggio 2023, n. 1761; 14 aprile 2023, n. 1424)” (Cons. Stato, V, 4 luglio 2023, n. 6533).

La sua valenza di norma di interpretazione autentica risalta proprio alla luce del contrasto insorto in merito alla corretta lettura del quadro normativo e trae conferma dal dichiarato intento del legislatore di risolvere la disputa orientandola verso una delle due soluzioni interpretative sin qui consolidate nella esegesi del dato testuale.

Risultano rispettati, pertanto, i parametri richiesti affinché una norma di interpretazione autentica possa assumere efficacia retroattiva, a tal fine esigendosi che la stessa si limiti a chiarire la portata applicativa di una disposizione precedente, adottando un'opzione ermeneutica comunque desumibile dalla sua ermeneusi e senza integrarne il precetto; e che non sia violato l'affidamento dei consociati nella certezza dell'ordinamento giuridico, come sarebbe, invece, se si indicasse una soluzione interpretativa non prevedibile rispetto a quella formatasi nella prassi.

13.4. Va infine respinto, in quanto anche questo manifestamente infondato, il sospetto di incostituzionalità dell'art. 225, comma 13, secondo periodo, per eccesso di delega e violazione dell'art. 76 Cost., sollevato dalle parti resistenti sulla base dell'assunto per cui legge delega 78 del 2022 non avrebbe conferito al Governo alcun potere di introdurre norme interpretative del Codice del 2016.

L'art. 1 della legge delega n. 78 del 2022 dispone che *“Il governo è legittimato ad adottare ... uno o più decreti legislativi recanti la disciplina dei contratti pubblici, anche al fine di adeguarla al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali, e di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”* (comma 1);

- *“I decreti legislativi di cui al comma 1 abrogano espressamente tutte le disposizioni oggetto di riordino e comunque quelle con essi incompatibili e recano le opportune disposizioni di coordinamento in relazione alle disposizioni non abrogate o non modificate, nonché le necessarie disposizioni transitorie e finali”* (comma 3).

Dal combinato dei commi 1 e 3 dell'art. 1 della legge delega si ricava che il legislatore delegato è stato abilitato ad adottare disposizioni (non solo transitorie) volte a razionalizzare e riordinare la disciplina vigente dei contratti pubblici nonché ad adeguarla *“ai principi espressi ... dalle giurisdizioni superiori”*; e ad adottare *“le opportune disposizioni di coordinamento in relazione alle disposizioni non abrogate o non modificate”*. Di qui la piena legittimità dell'art. 225, comma 1, del d.lgs. n. 36 del 2023, in quanto disposizione volta a fornire, in chiave di certezza del diritto e di coerenza ordinamentale, l'interpretazione autentica dell'istituto del cumulo alla rinfusa sotto la vigenza dell'art. 47 del d.lgs. n. 50 del 2016, e ciò anche al fine di raccordare e coordinare vecchia e nuova disciplina, superando le incertezze giurisprudenziali registratesi in precedenza. La portata precettiva della disposizione interpretante va quindi ricondotta ad una finalità di razionalizzazione e di coordinamento certamente consentita dalla legge delega e giustificata da una interpretazione non univoca della disposizione interpretata.

14. Per le suesposte ragioni l'appello va accolto in relazione al primo motivo (con assorbimento delle altre censure riproposte in via gradata): in riforma della sentenza impugnata, va quindi accolto il ricorso di primo grado e annullato il provvedimento d'esclusione impugnato.

15. La natura della questione controversa e il sopraggiunto intervento normativo d'interpretazione autentica giustificano l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti in relazione ad entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado e annulla il provvedimento di esclusione gravato;

compensa integralmente le spese di lite fra le parti, in relazione ad entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 settembre 2023

con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere, Estensore

Nicola D'Angelo, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Pescatore

IL PRESIDENTE
Michele Corradino

IL SEGRETARIO