

Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza n. 71 del 3 gennaio 2024

Appalti di lavori – Consorzio stabile – Cumulo alla rinfusa – Consorziata esecutrice non è tenuta a possedere in proprio requisiti di qualificazione

Publicato il 03/01/2024

N. 00071/2024REG.PROV.COLL.

N. 07124/2023 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 7124 del 2023, proposto da (...) S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

(...) S.p.a., (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

(...) S.c. a r.l. Consorzio stabile, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

(...) S.r.l., (...) S.r.l., non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo (Sezione Prima) n. 378 del 2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di (...) e di (...) S.c. a r.l. Consorzio stabile;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 dicembre 2023 il Cons. Elena Quadri e uditi per le parti gli avvocati (...) e l'avvocato dello Stato (...);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

(...) S.r.l. ha impugnato l'ammissione di (...) S.c. a r.l. Consorzio stabile e la successiva aggiudicazione allo stesso della "*Procedura aperta per l'appalto dei lavori relativi a primi interventi di potenziamento e riqualificazione della SS 17 dell'Appennino Abruzzese- Lavori di manutenzione programmata per il miglioramento tecnico –funzionale delle condizioni di confort e sicurezza della circolazione stradale mediante la verniciatura delle gallerie lungo la SS 17 dell'Appennino Abruzzese dal Km 101 + 300 al Km 151 + 035, ricadenti nel centro di manutenzione A*" CIG (...).

Il Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo ha respinto il ricorso con sentenza n. 378 del 2023, appellata da (...) S.r.l. per il seguente motivo di diritto:

I) error in iudicando per violazione e falsa applicazione degli artt. 45 e 47 del d.lgs. n. 50 del 2016 anche in relazione al punto 7.4 del disciplinare di gara; *error in iudicando* per violazione e falsa applicazione degli art. 81 e 94 d.P.R. n.207/2010, e 36 d.lgs. n.163 del 2006; eccesso di potere per errata valutazione dei presupposti in fatto ed in diritto - sviamento e straripamento.

(...) ha chiesto, altresì, la dichiarazione di inefficacia del contratto, se nelle more stipulato, e/o il subingresso nello stesso, ed in via residuale il risarcimento del danno per equivalente da liquidare in relazione ai criteri indicati con il ricorso.

Si sono costituiti per resistere all'appello (...) e (...) S.c.a r.l. Consorzio stabile.

Successivamente le parti costituite hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza pubblica del 12 dicembre 2023 l'appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Giunge in decisione l'appello proposto da (...) S.r.l. per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo n. 378 del 2023 che ha respinto il suo ricorso per l'annullamento dell'ammissione di (...) S.c.a r.l. Consorzio stabile e della successiva aggiudicazione allo stesso della *“Procedura aperta per l'appalto dei lavori relativi a primi interventi di potenziamento e riqualificazione della SS 17 dell'Appennino Abruzzese- Lavori di manutenzione programmata per il miglioramento tecnico – funzionale delle condizioni di confort e sicurezza della circolazione stradale mediante la verniciatura delle gallerie lungo la SS 17 dell'Appennino Abruzzese dal Km 101 + 300 al Km 151 + 035, ricadenti nel centro di manutenzione A”* CIG (...).

L'appellante ha chiesto, altresì, la dichiarazione di inefficacia del contratto, se nelle more stipulato, e/o il subingresso nello stesso, ed in via residuale il risarcimento del danno per equivalente da liquidare in relazione ai criteri indicati con il ricorso di primo grado.

Per la sentenza appellata, dall'articolo 47, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, non potrebbe desumersi che la singola impresa consorziata, indicata in gara come esecutrice dell'appalto, debba essere a sua volta in possesso dei requisiti di qualificazione, i quali negli appalti di lavori devono essere posseduti e dimostrati esclusivamente dal consorzio stabile, che si qualifica con un proprio certificato SOA, rilasciato da un organismo di attestazione, nel quale vengono sommate le categorie e le classifiche possedute dalle imprese consorziate.

Con un unico motivo di gravame l'appallante ha dedotto l'erroneità della sentenza per aver respinto la terza censura del ricorso di prime cure.

L'appellante ha, invero, rinunciato già nelle more della decisione di merito in primo grado alle prime due censure, che concernevano l'illegittima ammissione alla procedura concorsuale del consorzio stabile (...) per avere designato, per l'esecuzione dei lavori, due consorziate ((...) S.r.l. e (...) S.r.l.) sprovviste dei requisiti di qualificazione per i lavori pubblici oggetto di gara (qualificazione SOA nelle categorie di lavori OS10 e OG3).

Per l'appellante, il cumulo alla rinfusa (possibilità per il consorzio di sommare i requisiti posseduti dalle singole consorziate per la propria partecipazione allegare), vuol significare che il consorzio può designare un'impresa che non ha la qualificazione nella categoria e classifica prevista dal bando, ma deve pur sempre avere una qualificazione SOA, mentre nel caso di specie (...) S.r.l. non possiede alcuna qualificazione SOA, dunque non ha alcuna attestazione relativa ad esperienze in lavori pubblici superiori a 150.000 euro; infatti, la società (...) ha dimostrato di possedere la sola iscrizione camerale.

Per l'appellante, tali conclusioni si ricaverebbero dalle seguenti disposizioni normative, di riferimento per la qualificazione dei consorzi stabili e per il loro "ruolo" di operatori economici, ai sensi dell'art. 45, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016:

art. 36, comma 7, d.lgs. n. 163/2006, per il quale il consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate. Per i lavori la qualificazione è acquisita con riferimento ad una determinata categoria di opere generali o specialistiche per la classifica corrispondente alla somma di quelle possedute dalle imprese consorziate;

art. 81 d.P.R. n. 207/2010, secondo cui i requisiti per la qualificazione dei consorzi stabili sono quelli previsti dall'articolo 36, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006;

art. 94 d.P.R. n. 207/2010 per il quale i consorzi stabili conseguono la qualificazione a seguito di verifica dell'effettiva sussistenza in capo alle singole consorziate dei corrispondenti requisiti; il conseguimento della qualificazione da parte del consorzio stabile non pregiudica la contemporanea qualificazione dei singoli consorziati, ma il documento di qualificazione di questi ultimi deve riportare la segnalazione di partecipazione ad un consorzio stabile;

art. 225, comma 13, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, per il quale, relativamente ai consorzi di cui all'articolo 45, comma 2, lettera c), del medesimo codice, ai fini della partecipazione alle gare e dell'esecuzione si applica il regime di qualificazione previsto dall'articolo 36, comma 7, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006 e dagli articoli 81 e 94 del regolamento di esecuzione ed attuazione di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207.

L'appello è infondato.

Le disposizioni citate dall'appellante devono ritenersi applicabili nei limiti di compatibilità con l'art. 47 del d.lgs. n. 50 del 2016, il quale, al comma 1, prevede il cumulo alla rinfusa per la qualificazione del consorzio stabile – da intendersi senza limiti alla luce della interpretazione autentica ai sensi dell'art. 225, comma 13, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 - e al comma 2 prevede che il consorzio stabile esegue la prestazione in proprio o tramite le consorziate, senza che questo possa essere qualificato come subappalto, e con responsabilità solidale che, per la formulazione letterale della norma, va intesa nel senso che sono responsabili in solido il consorzio stabile e la consorziata esecutrice.

Dal combinato disposto di tali due commi si desume anche che:

a) la qualificazione è richiesta in capo al consorzio stabile e non in capo alle singole consorziate, atteso che la qualificazione delle singole consorziate rileva solo ai fini del cumulo alla rinfusa e per verificare che il consorzio stabile sia qualificato;

- b) una volta che si accerti che il consorzio stabile è qualificato, non rileva verificare la qualificazione o meno delle singole consorziate;
- c) il cumulo alla rinfusa previsto dal comma 1 dell'art. 47 determina un avvalimento *ex lege* che si deve intendere bidirezionale alla luce del comma 2 della stessa norma;
- d) la esecuzione diretta o tramite consorziate, con responsabilità solidale, presuppone appunto un avvalimento *ex lege* che opera in senso bidirezionale;
- e) non ha alcuna rilevanza che la consorziata esecutrice non sia qualificata, perché da un lato rileva ed è richiesta solo la qualificazione del consorzio, dall'altro lato se il consorzio esegue tramite consorziata non qualificata, è responsabile in solido, ossia il consorzio opera come una ausiliaria *ex lege*.

In sostanza, il cumulo alla rinfusa è un avvalimento *ex lege*, con il relativo regime di responsabilità.

Occorre ragionare in termini di unicità del soggetto composto da consorzio stabile e consorziate, indipendentemente da chi ha i requisiti e chi esegue, atteso che in un avvalimento *ex lege* sono solidalmente responsabili i soggetti che hanno i requisiti e i soggetti che eseguono.

Ragionando in termini di unicità, secondo la logica dell'avvalimento *ex lege*, si può accettare anche la scissione tra il soggetto che ha i requisiti di qualificazione ma non esegue e il soggetto che esegue ma non ha i requisiti di qualificazione.

L'appellante confonde la necessità per il consorzio stabile di qualificarsi avvalendosi delle qualificazioni delle consorziate con l'obbligo, non previsto da alcuna disposizione normativa, che tutte le consorziate abbiano, in proprio, una qualificazione SOA per poter far parte di un consorzio stabile. Nel caso di specie il consorzio stabile (...) non si è qualificato grazie alla qualificazione di (...), bensì di altre consorziate.

Il Consorzio Stabile si caratterizza per la possibilità di qualificarsi attraverso i requisiti delle proprie consorziate, a prescindere dal fatto che le stesse siano

designate o meno in gara per l'esecuzione del contratto d'appalto. Ed invero, è il consorzio stabile (e non già ciascuna delle singole consorziate) ad assumere la qualifica di concorrente e contraente e, per l'effetto, a dover dimostrare il possesso dei relativi requisiti partecipativi (attestazione SOA per categorie e classifiche analoghe a quelle indicate dal bando).

Ed invero: *“Nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica 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 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”* (cfr., per tutte, Cons. Stato, V, 2 febbraio 2021, n. 964).

“Il principio del cumulo alla rinfusa per i consorzi stabili di cui all'art. 45, comma 2, lett. c), del D.Lgs. n. 50 del 2016 (i quali, ferma restando la possibilità di qualificarsi con i requisiti posseduti in proprio e direttamente, possono ricorrere anche alla sommatoria dei requisiti posseduti dalle singole imprese partecipanti), è ammesso in via generale nella legislazione in materia di contratti pubblici?” (Cons. giust. amm. Sicilia, 22 gennaio 2021, n. 49).

Come nell'avvalimento, la designata, anche se priva dei requisiti di qualificazione (della SOA), potendo usufruire delle risorse del consorzio, può eseguire l'appalto, avendo tutte le risorse necessarie a farlo, poiché usufruisce di quelle del consorzio attraverso il meccanismo del “cumulo alla rinfusa”.

E' il consorzio il soggetto concorrente, qualificato e direttamente “obbligato” nei confronti della stazione appaltante, anche se in solido con l'esecutrice.

Nella fattispecie in questione il consorzio stabile (...) ha allegato il possesso delle qualificazioni SOA, attestate dalla società organismo di attestazione Soa Consult, nelle categorie e nelle classifiche dei lavori OS10, classifica V, e OG3, classifica VII, indicate come prevalenti dal punto II.1.5 del bando di gara, nonché le visure ordinarie di iscrizione alla C.C.I.A.A. di Napoli delle due imprese consorziate esecutrici (...) S.r.l. e (...) S.r.l.

Ed invero, il punto 7.4 del disciplinare di gara disponeva che - a differenza della qualificazione SOA - il requisito di idoneità di cui al punto 7.1, lettera *a*), relativo alla *“iscrizione nel registro tenuto dalla Camera di commercio industria artigianato e agricoltura...per attività coerenti con quelle oggetto della presente procedura di gara”*, dovesse essere posseduto sia dal consorzio che dalle imprese consorziate indicate come esecutrici.

L'unico limite alla designazione era costituito, dunque, nella specie, dall'ipotesi (non sussistente) in cui mancasse in capo alla designata l'idoneità professionale, atteso che, nel caso in cui la designata non fosse stata iscritta alla CCIAA per eseguire tali tipologie di lavori, allora il (...) non l'avrebbe potuta designare come esecutrice.

Alla luce delle suesposte considerazioni l'appello va respinto e, per l'effetto, va confermata la sentenza appellata di reiezione del ricorso di primo grado.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come 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 appellata di reiezione del ricorso di primo grado.

Condanna l'appellante alla rifusione delle spese di giudizio nei confronti di (...) e di (...) S.r.l., che si liquidano in euro 3000 ciascuna, oltre oneri di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 dicembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

Gianluca Rovelli, Consigliere

L'ESTENSORE

Elena Quadri

IL PRESIDENTE

Rosanna De Nictolis

IL SEGRETARIO