

Tar Sardegna, Sezione Prima, Sentenza n. 105 del 12 febbraio 2024

Appalti di lavori – Consorzio stabile – Cumulo alla rinfusa – Legittimità – Infondata questione di costituzionalità art. 225, comma 13 D.lgs. 36/2023

Publicato il 12/02/2024

N. 00105/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00053/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 53 del 2024, proposto da (...) S.r.l. a Socio Unico, in persona del legale rappresentante “pro tempore”, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentato e difeso dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell’avv. (...);

contro

(...) S.p.A., in persona del legale rappresentante “pro tempore”, rappresentato e difeso dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Consorzio (...), (...) S.r.l., (...) S.r.l., (...) S.r.l., (...) S.r.l., (...) S.r.l. a Socio Unico,

in persona dei rispettivi legali rappresentanti “pro tempore”, rappresentati e difesi dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. (...);

per l'annullamento

quanto al ricorso principale già promosso avanti al TAR Lazio, n. 5938/2023:

- del provvedimento di (...) S.p.A. dell'8.3.2023, prot. U0176348, di annullamento dell'aggiudicazione del lotto n. 2 dell'A.Q. disposta con provvedimento prot. 0896634-U del 23.12.2022;

- della comunicazione prot. 0096211 del 9.2.2023 di (...) S.p.A., di avvio del procedimento di annullamento in autotutela del riferito provvedimento di aggiudicazione;

- dei Punti 7, 16 e 18 del Disciplinare di gara, ove intesi nel senso di declinare le modalità di compilazione dell'offerta tecnica, nonché gli effetti della errata o carente compilazione, in termini altri rispetto a quelli prospettati in narrativa;

- della condotta omissiva da parte di (...) S.p.A., nella parte in cui la stessa non ha provveduto ad escludere dalla procedura di gara il RTI (...), per carenza del requisito di qualificazione da parte della (...), designata esecutrice del capogruppo mandatario Consorzio (...), indipendentemente dall'applicazione dell'art. 133, co.8, d.lgs. 50/2016;

- in via di subordine, della condotta omissiva da parte di (...) S.p.A., nella parte in cui, in esito all'aggiudicazione o, comunque, alla notifica del ricorso principale da parte del RTI (...), la stessa ha ommesso di procedere all'apertura della busta recante la documentazione amministrativa del secondo graduato e a disporre l'esclusione per carenza del requisito di qualificazione da parte della (...), designata esecutrice del capogruppo mandatario Consorzio (...);

- del Punto III1.4 del Bando di gara e dei Punti 2.5, 5, 7.2, 7.3, 7.4, 22 e 23 del Disciplinare di gara, ove intesi nel senso di consentire la partecipazione alla gara ai consorzi stabili, e di celebrare la procedura selettiva secondo il metodo

dell'inversione procedimentale, in termini altri rispetto a quelli prospettati in narrativa;

- dei verbali di gara tutti, ivi compreso quello recante l'ammissione alla gara del RTI Consorzio (...);

- di ogni atto ad essi correlato, antecedente o susseguente, ancorché non conosciuto”.

Quanto al ricorso per motivi aggiunti già promosso avanti al TAR Lazio, n. 5938/2023:

- del provvedimento di (...) S.p.A. prot. U0970286 del 7.12.2023, di aggiudicazione del Lotto n. 2 Sardegna CIG (...) in favore del RTI (...);

- della relativa comunicazione ai sensi dell'art. 76, d.lgs. 50/2016, prot. U0977650 del 12.12.2023;

- del Punto III 1.4 del Bando e dei Punti 7.3 e 7.4 del Disciplinare di gara, ove intesi nel senso di consentire la partecipazione alla gara ai RTI e ai consorzi stabili in termini altri rispetto a quelli prospettati in narrativa;

- dei verbali di gara tutti, ivi compresi quelli relativi alle sedute celebrate successivamente al deposito del ricorso principale;

- di ogni atto ad essi correlato, antecedente o susseguente, ancorché non conosciuto”.

E per la declaratoria di inefficacia:

ai sensi degli artt. 121-122 c.p.a., del Contratto di appalto che dovesse essere stato “medio tempore” stipulato fra l'Amministrazione e le odierne controinteressate;

e con espressa richiesta:

ai sensi dell'art. 124 c.p.a., di risarcimento in forma specifica con il conseguente subentro nel Contratto di appalto - subentro al quale l'odierna ricorrente si dichiara sin da subito disponibile -, ovvero, in via di mero subordine, per equivalente monetario.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di (...) S.p.A. e di Consorzio (...) e di (...) S.r.l. a Socio Unico;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 febbraio 2024 il dott. Gabriele Serra e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente (...), quale mandataria dell'ATI costituenda con l'Impresa (...), ha esposto di essere risultata aggiudicataria del Lotto n. 2 - Sardegna della procedura selettiva aperta, preordinata all'affidamento dell'“*Accordo quadro quadriennale per l'esecuzione di lavori di sistemazione di versanti rocciosi e protezione del corpo stradale – 2021 suddiviso in 16 lotti*”, del valore complessivo di € 160.000.000,00 comprensivi degli oneri della sicurezza non soggetti a ribasso, indetta da (...) S.p.a.

Tuttavia, e per quanto in questa sede rilevante, la seconda classificata, l'RTI con capofila il Consorzio Stabile (...), aveva presentato ricorso davanti al T.A.R. Sardegna, deducendo l'omessa attribuzione di punti 15 in relazione al sub-criterio B.2. del Disciplinare, associato alla esecuzione contemporanea di più contratti applicativi, come si vedrà nel prosieguo.

Ancor prima della decisione in sede giurisdizionale, (...) ha esercitato il potere di autotutela, procedendo a revisionare il proprio operato e, ritenendo sostanzialmente fondata la prospettazione dell'RTI (...), le ha attribuito il ridetto punteggio aggiuntivo, con conseguente annullamento dell'originaria aggiudicazione in favore dell'ATI (...) e nuova aggiudicazione in favore dell'RTI (...).

Di tal che, il giudizio inizialmente introdotto davanti al T.A.R. Sardegna con ricorso principale da parte dell'RTI (...), in seno al quale l'odierna ricorrente aveva

anche proposto ricorso incidentale escludente, veniva definito con sentenza n. 400/2023, che dichiarava l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse tanto del ricorso principale, quanto del ricorso incidentale.

2. L'odierna ricorrente ha esposto poi di aver impugnato, dapprima con ricorso principale, poi integrato da motivi aggiunti, gli atti epigrafati, con cui (...) ha aggiudicato la procedura in favore dell'odierno controinteressato RTI (...) davanti al T.A.R Lazio, sede di Roma, il quale, con ordinanza n. 930/2024 del 19.1.2024 resa ai sensi dell'art. 15, co. 2 e 4 C.P.A., declinava la propria competenza in favore del T.A.R. Sardegna, davanti al quale l'odierna ricorrente ha dunque riassunto la causa.

3. Il ricorso, tanto principale quanto per motivi aggiunti inizialmente proposto e qui riassunto, è affidato ai seguenti motivi di diritto:

- *I Violazione e/o errata applicazione della lex specialis, nonché degli artt. 30, 94 e 95 D. Lgs. 18.4.2016 n. 50 e ss.mm.ii., nonché dei principi di autoreponsabilità dei concorrenti e di parità di trattamento. Eccesso di potere per disparità di trattamento, ingiustizia manifesta*, in quanto è stata illegittima la scelta dell'amministrazione di intervenire in autotutela, riconoscendo il punteggio aggiuntivo pari a 15 punti per il sub-criterio B.2., il quale prevede l'attribuzione di un numero crescente di punti da 0 a 15, in relazione alla dichiarazione dei concorrenti circa la possibilità di gestire più cantieri contemporaneamente dislocati sul territorio nazionale, ove il massimo punteggio pari a 15 è riconosciuto in presenza di dichiarazione di gestione contemporanea di 5 cantieri.

Il punteggio non avrebbe dovuto essere riconosciuto in favore dell'RTI (...), poiché tale dichiarazione non era stata correttamente resa dalla controinteressata, in quanto l'allegato specificamente previsto a tal fine dalla legge di gara (allegato GT_D_01) non era stato compiutamente compilato dal controinteressato, che ha in tale sede omesso di indicare il numero di cantieri da gestire contemporaneamente.

Ed era infatti legittima la scelta iniziale della Commissione di non attribuire alcun punteggio aggiuntivo, mentre è illegittima la scelta di valutare, al fine di attribuire il punteggio, quanto indicato dall'RTI (...) nella Relazione tecnica che accompagna l'offerta, ove la stessa ha espresso il proprio impegno a gestire contemporaneamente 5 cantieri, *“come evidenziato nella relativa dichiarazione (allegato GT_D_01 – Dichiarazione contratti applicativi)”*, la quale è risultata non correttamente resa.

- II *Violazione di legge: violazione e/o falsa applicazione degli articoli 47, 48, 84, 133, d.lgs. 50/2016. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, disparità di trattamento, ingiustizia manifesta*, in quanto, in ogni caso, il Consorzio (...) avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura, poiché la consorziata designata per l'esecuzione dei lavori attinenti alla categoria prevalente OS12-B, (...) s.r.l., non dispone del requisito di qualificazione per tale categoria di lavori, che deve invece essere specificamente posseduto dalla stessa, che non può giovare del possesso del requisito da parte del Consorzio Stabile (...) di cui è consorziata, non potendosi applicare il meccanismo del c.d. cumulo alla rinfusa.

In via subordinata, per l'ipotesi in cui il Tribunale ritenesse che, a seguito dell'introduzione dell'art. 225, co. 13, D.lgs. n. 36/2023, possa operare il meccanismo del cumulo alla rinfusa, deduce l'illegittimità costituzionale di tale norma recentemente introdotta, per violazione degli artt. 76 e 77, co.1 Cost. in quanto la Legge Delega 21.6.2022, n. 78 non prevede il conferimento al Legislatore Delegato della facoltà di fornire interpretazioni autentiche a norme previgenti.

4. Resiste (...) S.p.a. e si è costituito il controinteressato Consorzio (...), unitamente alle mandanti del costituendo RTI, che hanno richiesto il rigetto del ricorso siccome infondato.

5. Alla camera di consiglio del 07.02.2024, fissata per l'esame dell'istanza cautelare, la causa è stata trattenuta in decisione, previo avviso alle parti ex artt. 60 e 120, comma 5 c.p.a., sussistendo i presupposti per una definizione in forma

semplificata.

6. Il ricorso, anche per come integrato dai motivi aggiunti, è infondato e deve essere rigettato.

7. Non coglie nel segno infatti, ad avviso del Collegio, la prima censura sopra riassunta, in quanto la stazione appaltante ha correttamente esercitato il proprio potere di autotutela nel caso di specie, procedendo ad assegnare alla controinteressata il punteggio aggiuntivo pari a 15 punti per il subcriterio B.2., ritenendo infatti sufficiente la dichiarazione resa dalla stessa nella Relazione Tecnica – circostanza pacifica in causa – e non essendo invece dirimente l'omessa conferma dell'impegno alla gestione contemporanea di 5 cantieri sul territorio nazionale anche nell'allegato all'offerta tecnica pur all'uopo previsto.

In tal senso infatti, il Collegio condivide l'orientamento giurisprudenziale, che si richiama *ex artt.* 74 e 88, comma 2 lett. d) c.p.a., posto a fondamento della stessa decisione della stazione appaltante, il quale, in fattispecie consimile, ha affermato che *“non si pone un problema di soccorribilità dell'offerta tecnica, ma di enucleazione del contenuto della stessa, desumibile non dalla specifica dichiarazione contenuta nell'allegato B.2, in cui lo spazio è rimasto vuoto, ma dalla relazione tecnica inclusa nella stessa “busta tecnica” e sottoscritta, dalla quale è comunque evincibile la volontà negoziale, risultando indicata, alla pagina 12, la proposta di gestione di sette cantieri.*

Del resto, l'invocato art. 16, oltre a chiarire il valore della relazione tecnica, specifica che «l'offerta tecnica dovrà contenere i documenti e gli elaborati tecnici, articolati secondo quanto richiesto nel presente disciplinare, la cui mancanza o incompletezza, all'interno dell'offerta tecnica, non darà luogo all'attribuzione del punteggio in relazione al criterio cui l'elaborato si riferisce» (pag. 39); alla stregua di tale clausola si giustifica la non attribuzione del punteggio (nella misura prevista dall'art. 18 dello stesso disciplinare, da 0 a 8 punti) solo in caso di mancanza della relazione tecnica e degli allegati tecnici, ovvero di una loro incompletezza “in senso assoluto”, vale a dire tra quanto desumibile all'interno della “busta tecnica” (Cons. Stato, Sez. V, 17.11.2022, n. 10131).

Con ancor maggiore impegno esplicativo, la sentenza di primo grado confermata dalla citata pronuncia del Consiglio di Stato ha rilevato che “*nel caso in esame, nell'allegato B.2 contenuto nell'offerta tecnica del -OMISSIS- -OMISSIS-, dopo la frase ‘DICHLARA di impegnarsi ad eseguire in contemporanea un numero massimo di cantieri pari a’ vi è uno spazio vuoto (nel quale non è stata inserita alcuna cifra); il modulo risulta, tuttavia, interamente compilato per le restanti parti e sottoscritto digitalmente. Nella relazione tecnica presentata dal -OMISSIS- -OMISSIS-, alla pagina 13, relativa al punto B.2-Gestione contemporanea dei cantieri, si legge ‘Si propone la gestione contemporanea di n. 7 (sette) cantieri. (vedi Allegato 9)’; la relazione tecnica risulta debitamente sottoscritta. Da quanto sopra appare evidente il mero errore materiale in cui la concorrente è incorsa nella compilazione dell’Allegato B.2., errore del quale la Commissione avrebbe dovuto avvedersi, in quanto non pare possa essere diversamente interpretato uno spazio vuoto laddove avrebbe dovuto essere inserito il numero di cantieri da eseguire in contemporanea all’interno di un modulo destinato unicamente a tale dichiarazione, correttamente compilato per le restanti parti, nonché sottoscritto. Né il seggio di gara avrebbe avuto necessità di integrare aliunde l’informazione mancante o di attivare alcun tipo di soccorso, essendo, come visto, il dato omesso nell’allegato B.2 presente all’interno della documentazione dell’offerta tecnica di parte ricorrente, nella corrispondente sezione a pagina 13 della relazione tecnica; difatti, per costante orientamento giurisprudenziale «l’errore materiale direttamente emendabile è soltanto quello che può essere percepito o rilevato ictu oculi, dal contesto stesso dell’atto e senza bisogno di complesse indagini ricostruttive di una volontà agevolmente individuabile e chiaramente riconoscibile da chiunque» (ex multis, C.d.S., sez. V, 11 gennaio 2018, n. 113; C.d.S., sez. III, 9 dicembre 2020, n. 7758). Pertanto, non poteva applicarsi al caso in esame la citata previsione del punto 16 del Disciplinare non ricorrendo una ipotesi di “assenza delle dichiarazioni richieste”.*

Non coglie nel segno l’obiezione di parte resistente per la quale risulterebbe carente l’impegno contrattuale alla gestione contemporanea di più cantieri; tale lettura si presenta invero eccessivamente formalistica, posto che la proposta di gestione contemporanea di più cantieri è comunque esplicitamente contenuta in un documento facente parte dell’offerta tecnica, anch’esso

debitamente sottoscritto. D'altra parte, è principio consolidato che le offerte, intese come atto negoziale, devono essere interpretate al fine di ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante alla gara, superandone le eventuali ambiguità o gli errori di scrittura e di calcolo, a condizione di giungere ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale assunto (C.d.S., sez. III, 28 ottobre 2020, n. 6610; cfr. ex multis, C.d.S., sez. III, 20 marzo 2020, n. 1998)” (T.A.R. Umbria, 31.01.2022, n. 48).

Non coglie nel segno la tesi di parte ricorrente per cui tale impostazione giurisprudenziale non sarebbe applicabile al caso di specie per la differente formulazione della *lex specialis* di gara, poiché, in tesi, la legge di gara oggetto delle citate sentenze non prevede una netta distinzione tra la relazione tecnica e gli allegati, la quale sarebbe invece riscontrabile nel caso di specie.

Per quanto l'art. 16 del Disciplinare affermi che *“la Relazione dovrà unicamente descrivere le migliori offerte rimandando la loro quantificazione nei documenti previsti tra gli “Allegati tecnici”*, da tale dicitura non può farsi derivare la conseguenza proposta dalla parte ricorrente a superamento dell'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato, poiché, all'evidenza, la *ratio* antiformalistica della tesi qui condivisa ed emersa nella giurisprudenza è certamente applicabile anche al caso che occupa.

Ciò vieppiù in ragione della circostanza per cui tanto la Relazione Tecnica quanto gli allegati compongono l'offerta tecnica, essendone dunque parte unitaria, per cui gli stessi documenti debbono certamente essere riguardati complessivamente come manifestazione negoziale in ordine a ciò che costituisce l'offerta proposta dal concorrente sotto il profilo tecnico; non si vedono dunque valide ragioni giuridiche per escludere pieno valore di impegno dell'operatore economico che dichiara, in sede di Relazione Tecnica – e dunque di offerta tecnica – di gestire contemporaneamente 5 cantieri sul territorio nazionale (doc. 12 (...)), anche laddove, come nel caso di specie, per errore materiale, pur avendo compilato e sottoscritto regolarmente l'allegato destinato ad ospitare tale dichiarazione, abbia ommesso di indicare il numero di cantieri nello spazio apposito (doc. 13 (...)).

Il primo motivo di ricorso è dunque infondato.

8. Del pari è infondato il secondo motivo di ricorso, con il quale la ricorrente denuncia l'illegittima omessa esclusione del Consorzio (...), poiché, in sostanza, la stazione appaltante avrebbe consentito l'operatività del c.d. cumulo alla rinfusa, permettendo alla (...) s.r.l., consorziata designata per l'esecuzione, di utilizzare il requisito di qualificazione per la categoria prevalente OS12-B, del Consorzio (...), ma di cui la consorziata è carente.

Il Collegio, pur essendo nota la tesi restrittiva che, nella vigenza del D.lgs. n. 50/2016, applicabile *ratione temporis* al caso che occupa, ha escluso l'applicabilità del meccanismo del cumulo alla rinfusa nell'ambito degli appalti di lavori, posta a fondamento del motivo di ricorso, aderisce al più recente orientamento maturato in seno al Consiglio di Stato, che ha valorizzato, definitivamente, la portata applicativa del nuovo art. 225, comma 13 del D.lgs. n. 36/2023, che sul punto dispone:

“Gli articoli 47, comma 1, 83, comma 2, e 216, comma 14, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, si applicano nel senso che, in via transitoria, 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”.

Orbene, rispetto a tale norma, il Consiglio di Stato, con pronunce che si richiamano ai sensi del combinato disposto degli artt. 74 e 88, comma 2, lett. d) c.p.a., ha chiarito quanto segue:

“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 consorziate 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?" (Cons. Stato, sez. V, 9 ottobre 2023, n. 8767; si vedano altresì Id., 22.12.2023, n. 11106; Id., 17.10.2023, n. 9036; Id., 29 settembre 2023, n. 8592; Id., 4.7.2023, n. 6533).

Né è dirimente il richiamo svolto dalla parte ricorrente, poiché ritenuta particolarmente recente, alla delibera ANAC n. 470 del 18 ottobre 2023, la quale, come evidenziato dalla difesa di (...), è in realtà essa stessa seguita da una ulteriore e ancor più recente decisione del Consiglio di Stato, che ha ribadito che *“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. (...) 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. (...) 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'avalimento, 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'avalimento, 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".

È il consorzio il soggetto concorrente, qualificato e direttamente "obbligato" nei confronti della stazione appaltante, anche se in solido con l'esecutrice" (Cons. Stato, Sez, V, 3.1.2024, n. 71).

Tutte le superiori argomentazioni conducono perciò al rigetto del secondo motivo

di ricorso.

8.1. È poi appena il caso di evidenziare che il breve riferimento svolto dalla ricorrente, ribadito ed enfatizzato in sede di discussione orale, alla circostanza per cui il Consorzio (...) non avrebbe natura di consorzio stabile, ma meramente ordinario, costituisce un motivo nuovo, non proposto nel ricorso, anche per motivi aggiunti, davanti al T.A.R. Lazio, nel giudizio del quale quello presente costituisce mera prosecuzione a seguito della declaratoria di incompetenza territoriale, risultando perciò una censura inammissibile in questa sede.

La circostanza fattuale descritta si presenta comunque come meramente allegata, in difetto di elementi probatori a sostegno.

9. Né può accogliersi l'istanza di rimessione della questione di legittimità costituzionale del citato art. 225, comma 13 D.lgs. n. 36/2023 per ritenuta violazione della legge delega e dunque dell'art. 76 Cost., essendo pienamente condivisibili le valutazioni in punto di manifesta infondatezza della questione già esposte dal Consiglio di Stato in merito, con la citata decisione n. 8767/2023, che ha affermato che *“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”.

10. In conclusione, alla luce delle superiori considerazioni, il ricorso principale, per come integrato dai motivi aggiunti, è infondato e deve essere rigettato.

Le spese, stante la particolarità e i recenti orientamenti giurisprudenziali emersi sulle questioni controverse, possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, integrato dai motivi aggiunti, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 7 febbraio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Marco Buricelli, Presidente

Gabriele Serra, Primo Referendario, Estensore

Roberto Montixi, Referendario

IL SEGRETARIO