

Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza n. 367 del 17 gennaio 2025

Appalti di lavori – Procedura negoziata senza – Possesso requisiti – Non può essere richiesto prima dell'invito alla procedura medesima

Publicato il 17/01/2025

N. 00367/2025REG.PROV.COLL.

N. 04247/2024 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 4247 del 2024, 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 e domicilio eletto presso lo studio (...);

contro

Regione (...), (...), non costituiti in giudizio;

(...) S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

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

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;

visti gli atti di costituzione in giudizio di (...) S.r.l. e del (...);

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 (...) in dichiarata delega dell'Avv. (...), (...) e dello Stato (...);

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Riferisce l'appellante che la società (...) ha partecipato alla gara di appalto indetta dal (...) per l'affidamento dei lavori di “*Sistemazione bacini Voda', Munita, Fiumarella, Assi*”.
2. Il Seggio di Gara ha disposto l'esclusione della (...), partecipante mediante avvalimento grazie a un Consorzio stabile che, però, non ha messo a disposizione requisiti in proprio, ma quelli che a sua volta, aveva acquisito dalle consorziate.
3. (...) ha proposto ricorso al TAR avverso l'esclusione.
4. L'appellante (...) ha proposto ricorso incidentale e poi motivi aggiunti avverso l'ammissione in gara di (...) evidenziando che:
 - a) gli operatori potevano risultare iscritti nell'elenco delle imprese di fiducia solo per le categorie e classifiche possedute (anche in avvalimento od in ATI) e per l'effetto la (...) non poteva risultare iscritta nella categoria OG 8 classifica IV (la sua SOA non comprende proprio la OG8) e non poteva, perciò, essere sorteggiata;
 - b) in ogni caso, la (...) aveva chiesto di essere iscritta esclusivamente per la categoria OG 8 classifica III e non poteva essere invitata per la classifica IV.
5. Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria con sentenza n.698/2024 ha accolto il ricorso principale e respinto quello incidentale.

6. Di tale sentenza, (...) S.r.l. ha chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello affidato alle seguenti censure: *“I. ERROR IN IUDICANDO – ERROR IN PROCEDENDO – MANIFESTA ERRONEITA’ DELLA PRONUNCIA APPELLATA VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL’ART. 97 COST. – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL’ART. 67, 104 DEL D.LGS. 36 DEL 2023– ECCESSO DI POTERE; II. ERROR IN IUDICANDO – ERROR IN PROCEDENDO – DIFETTO DI MOTIVAZIONE DELLA PRONUNCIA APPELLATA - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 94 E SEGG. DEL D.LGS. 36 DEL 2023 – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DELLA PAR CONDICIO; III. ERROR IN IUDICANDO – ERROR IN PROCEDENDO – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL’ART. 97 COST. – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 67, 103, 104 DEL D.LGS. 36 DEL 2023 – ECCESSO DI POTERE”*.

7. Ha resistito al gravame (...) s.r.l. chiedendone il rigetto. Si è costituito in giudizio con memoria di costituzione formale il (...).

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

DIRITTO

9. Viene all’esame del Collegio il ricorso in appello proposto da (...) s.r.l. 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. (...), 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 (...) s.r.l. è stata

esclusa dalla gara.

10. La decisione del primo Giudice si articola, in sintesi, nei seguenti punti:

a) riguardo al primo motivo del ricorso incidentale, secondo cui la ricorrente principale non avrebbe potuto *ab origine* essere sorteggiata tra gli operatori economici del portale telematico in quanto di per sé mancante del requisito richiesto circa l'attestazione SOA per la categoria OG8, classifica IV, la tesi deve essere respinta in quanto infondata; occorre, infatti, distinguere la fase dell'iscrizione e quella del sorteggio;

a.1.) non può quindi accogliersi l'eccezione di falsa dichiarazione resa dalla ricorrente in sede di iscrizione, pure trasfusa in motivo di ricorso incidentale, in quanto, alla luce della documentazione in atti, non emerge nel profilo della (...) il possesso di SOA per la categoria OG8;

a.2.) con riguardo al sorteggio, poi, non si rinviene nel Regolamento un criterio specifico per la scelta dei contraenti sulla base del possesso di ben precisi requisiti qualificatori; anzi, l'art. 12 chiarisce che l'inserimento nell'albo dei fornitori non comporta l'automatica garanzia di invito a tutte le procedure attivate sulla base delle categorie merceologiche per cui si è iscritti né lo stesso invito può disporsi arbitrariamente, bensì rispettando criteri di rotazione;

a.3.) non è inoltre corretto individuare una fase di "prequalifica" in una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, qual è quella in questione (sul punto, si veda, a conferma, T.A.R. Sardegna, Sez. II, 23 giugno 2020, n. 355);

a.4.) soccorre, altresì, l'argomento logico espresso da Cons. St., Sez. V, 17 giugno 2022, n. 4968, secondo cui, *«se l'iscrizione all'elenco fornitori è il presupposto per partecipare alla gara, impedire l'iscrizione significa tagliare fuori dal mercato tutti gli operatori economici che intendono partecipare mediante avvalimento dei requisiti di un altro soggetto. Il risultato sarebbe illogico oltretutto contrario alle regole»;*

a.5.) in sostanza, la possibilità di avvalimento legittimava la partecipazione alla procedura anche di operatori economici non in possesso dell'attestazione SOA per

la categoria OG8, classifica IV, come nel caso di (...);

b) in ordine ai motivi aggiunti al ricorso incidentale presentati dalla controinteressata, con questi ultimi, (...) ha impugnato il Regolamento Albo Fornitori del (...), precisando che, se fosse come ritiene la (...), risulterebbero nulli tale Regolamento e la *lex specialis* di gara e disapplicabili dalla stazione appaltante, poiché si consentirebbe, da un lato, la partecipazione a soggetti privi di qualificazione e, dall'altro, di modificare la conformazione soggettiva del concorrente; entrambe le cose non potrebbero consentirsi poiché contrastanti con il codice dei contratti pubblici;

b.1.) le deduzioni svolte da (...) non convincono il Collegio per quanto detto in precedenza, dato che una corretta interpretazione della legge di gara e del Regolamento porta a confermare che il soggetto partecipante non era privo di qualificazione, per quanto detto in precedenza;

b.2.) riguardo alle deduzioni svolte dal (...) nella sua memoria, le conclusioni ivi espresse non possono essere condivise, poiché infondate in quanto la lettura che viene data dal Commissario circa l'art. 67, comma 7, d.lgs. n. 36/2023 si regge sul presupposto secondo cui le imprese consorziate che prestano i requisiti al Consorzio sono assimilate agli ausiliari ed il rapporto che si instaura è “*molto simile a quello dell'avvalimento*”;

b.3.) le singole imprese consorziate non possono essere considerate “terze” rispetto al Consorzio, ma parti integranti dello stesso;

b.4.) una volta chiarito che il meccanismo ordinario e generale di qualificazione dei consorzi stabili è quello del “cumulo alla rinfusa”, senza alcuna limitazione, deve ritenersi che la locuzione “*requisiti maturati dallo stesso consorzio*”, utilizzata dal comma 7 dell'art. 67 del Codice dei contratti pubblici, per stabilire l'oggetto di avvalimento, vada interpretata nel senso di ricomprendere senz'altro anche i requisiti maturati per il tramite delle consorziate, pena, altrimenti, l'introduzione di limiti all'avvalimento difficilmente compatibili con la disciplina eurounitaria e oggi

ancor di più con i principi del libero accesso al mercato e della massima partecipazione alle gare, sanciti quali principi generali della disciplina dei contratti pubblici agli articoli 3 e 10 del d.lgs. n. 36/2023.

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

a) il (...) richiedeva necessariamente, per la iscrizione nell'elenco delle ditte di fiducia, ditte qualificate e soprattutto le imprese richiedenti venivano iscritte esclusivamente per le qualifiche possedute;

a.1.) ne discenderebbe l'erroneità della statuizione che parte dall'assunto che per poter essere iscritti nell'elenco delle imprese di fiducia non era necessaria la qualificazione SOA, ed aggiungendo, anzi, che solo all'atto dell'invito, il concorrente doveva dimostrare di essere qualificato; (...) non è qualificata per la categoria OG 8 e non poteva ricevere l'invito per tale categoria di lavorazione;

a.2.) il regolamento prescrive che si debba essere qualificati per le sezioni per le quali si intende essere sorteggiati; (...) non poteva essere iscritta nell'elenco per la categoria e classifica della gara, non poteva essere sorteggiata e non poteva, per l'effetto, concorrere alla gara;

a.3.) non si poteva essere sorteggiati per una categoria e classifica per la quale non si era regolarmente iscritti e per le quali non è fatta richiesta di essere invitati e per l'effetto la (...) non poteva essere sorteggiata per la categoria OG 8 classifica IV poiché si era iscritta per altre categorie di lavorazioni ed entro limitati importi di classifica e quindi solo entro tale classifica poteva essere sorteggiata e poteva concorrere;

a.4.) vi sarebbe stato un abbaglio dei sensi del TAR che non avrebbe colto tale profilo di doglianza sollevata dalla (...) che, infatti, ha evidenziato, tra l'altro, che non si poteva essere invitati per categorie e classifiche diverse da quelle per le quali si ci era iscritti;

a.5.) quindi, o la (...) ha reso una falsa informazione chiedendo di essere invitata

per una categoria di cui non possedeva la SOA e quindi sarebbe stata da escludere per tale motivo oppure non ha chiesto di essere iscritta per la categoria merceologica OG 8 e quindi non avrebbe potuto essere invitata per tale categoria;

a.6.) gli operatori economici all'atto della iscrizione all'Albo selezionano specifiche categorie merceologiche ed è solo per quelle categorie che poi possono competere ed essere invitate;

a.7.) l'operatore economico che è iscritto nell'elenco delle imprese di fiducia della stazione appaltante deve essere già qualificato per eseguire immediatamente i lavori e già deve munito dell'organizzazione necessaria ad esaudire le richieste della stazione appaltante; pertanto, non è ammissibile sostenere che solo all'atto del sorteggio l'operatore debba essere qualificato poiché tale affermazione cozzerebbe proprio con il senso delle procedure negoziate e con il principio di *par condicio*;

b) quello che l'appellante ha evidenziato, e che il TAR non avrebbe colto, è che l'operatore poteva iscriversi nell'elenco in ATI e anche con l'avvalimento, ma all'atto della iscrizione doveva essere necessariamente qualificato, seppure attraverso i detti istituti; la fase della iscrizione nell'elenco è pur sempre una procedura ad evidenza pubblica ed è pur sempre una selezione ove possono competere esclusivamente operatori qualificati;

c) il Consorzio non potrebbe mettere a disposizione delle ausiliate le qualificazioni ottenute grazie alle proprie consorziate; diversamente opinando, si finirebbe per incorrere nel c.d. avvalimento a cascata vietato dal Codice dei contratti pubblici.

11. Le censure così sintetizzate, ripetute nella sostanza nella memoria depositata il 24 agosto 2024, possono a questo punto essere esaminate.

12. Il primo nodo da sciogliere è quello degli inviti alla gara nelle procedure negoziate senza pubblicazione di un bando.

Occorre rammentare che la procedura negoziata non è una procedura ristretta dove la fase di prequalifica fa parte della procedura di gara. Nella procedura negoziata il momento della ricerca dei soggetti da invitare precede la gara vera e

propria.

12.1. L'art. 3 comma 1 lettera h) dell'Allegato I.1 "Definizioni dei soggetti, dei contratti, delle procedure e degli strumenti" così recita: "*procedure negoziate, le procedure di affidamento in cui le stazioni appaltanti e gli enti concedenti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni del contratto*".

12.2. L'appellante insiste ripetutamente sulla necessità che i requisiti dovessero essere posseduti da (...) prima dell'invito alla procedura negoziata. Ma così ragionando, evidentemente, mette sullo stesso piano la fase di prequalifica nella procedura ristretta e le modalità scelte dalla stazione appaltante per reperire soggetti da invitare alla procedura negoziata.

12.3. Il primo Giudice ha colto ogni aspetto della vicenda con motivazione assai dettagliata. Il passaggio motivazionale ove si legge (...) "*la verifica del possesso dei requisiti specifici deve essere svolta solo al momento della valutazione dell'offerta e non in una fase preliminare*" è decisivo per risolvere la questione.

12.4. Questa Sezione ha già avuto modo di precisare che:

- a) le gare, come del resto i provvedimenti amministrativi, sono quelle tipiche; non esistono gare che non siano definite dal Codice e, prima ancora, dalle Direttive;
- b) nelle procedure negoziate non è prevista una fase di prequalifica che, invece, è prevista per le procedure ristrette;
- c) il fatto che le stazioni appaltanti approntino elenchi, pubblichino manifestazioni di interesse, indicano indagini di mercato, procedano a sorteggi ove consentito, non muta la natura della procedura esperita; tutte queste fasi, antecedenti agli inviti, sono volte a reperire soggetti da invitare alla procedura negoziata e non hanno la funzione di prequalifica che è propria delle procedure ristrette (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 16 gennaio 2023, n. 532).

13. La seconda questione da affrontare è quella dell'avvalimento dell'attestazione SOA.

13.1. Quel che è accaduto, semplicemente, è che sono stati confusi il cumulo alla

rinfusa e l'avvalimento a cascata. 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.

13.2. 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 (quanto affermato a pagina 19 della memoria di costituzione depositata da (...) il 7 giugno 2024 è pienamente condivisibile).

13.3. 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).

13.4. 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.

13.5. Sulla questione il Collegio intende fornire ulteriori chiarimenti.

13.5.1. 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.

13.5.2. Quel che sfugge in tutta la ricostruzione dell'appellante è che 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.

13.5.3. 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).

14. 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.

15. L'infondatezza delle censure alla stregua delle osservazioni svolte, cui consegue la conferma della sentenza impugnata, esclude la rilevanza dell'istanza istruttoria formulata nel ricorso e anche la fondatezza della domanda risarcitoria.

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 (...) 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