

N. 00691/2023 REG.PROV.COLL.

N. 00385/2023 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 del codice del processo amministrativo;
sul ricorso numero di registro generale 385 del 2023, proposto da Scalzone Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Clemente Manzo, con domicilio digitale come da PEC iscritta al registro generale degli indirizzi elettronici (ReGIndE);

contro

Comune di San Severo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Guglielmo Pezzi, con domicilio digitale come da PEC iscritta al registro generale degli indirizzi elettronici (ReGIndE);
Provincia di Foggia, non costituita in giudizio;

nei confronti

Helios consorzio stabile società consortile a r.l. e Cantieri Edili s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Nicola

Messina e Manuela Loiacono, con domicilio digitale come da PEC iscritta al registro generale degli indirizzi elettronici (ReGIndE);

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

- della comunicazione prot. n. 8686 del 20.2.2023 mediante la quale il Dirigente del Settore appalti e contratti ing. Giuseppe Cela della Stazione unica appaltante (SUA) della Provincia di Foggia, ai sensi dell'art. 76, comma 5, lett. a) del decreto legislativo n. 50/2016 ha comunicato ai candidati della procedura concorsuale che con determina del Responsabile del Settore appalti e contratti n. 220 del 20.2.2023 l'appalto era stato aggiudicato all'operatore economico Helios consorzio stabile s.c.a.r.l. con il ribasso del 32,283%;
- della determina del Responsabile del Settore appalti e contratti SUA n. 220 del 20.2.2023 di aggiudicazione dell'appalto avente ad oggetto "Il Mosaico di San Severo - Progetto sperimentale per l'inclusione socio - lavorativa: Ex Macello Comunale" richiamata nella comunicazione prot. 8686 ai sensi dell'art. 76, comma 5, lett. a) del decreto legislativo n. 50/2016, trasmessa alla società Scalzone Costruzioni in data 20.2.2023 e pubblicata sul portale della Provincia di Foggia in data 20.2.2023 da cui si apprendeva l'aggiudicazione dell'appalto all'operatore economico Helios consorzio stabile s.c.a.r.l. con il ribasso del 32,283%;
- della comunicazione prot. n. 11562 del 7.3.2023 trasmessa alla società Scalzone Costruzioni s.r.l. mediante la quale il Dirigente del Settore appalti e contratti SUA ing. Cela della Provincia di Foggia ha comunicato l'avvenuta efficacia dell'aggiudicazione e ha disposto lo svincolo delle polizze;

- della determina n. 318 del 7.3.2023 pubblicata sul sito della Provincia di Foggia mediante la quale il Responsabile del settore contratti ing. Cela ha disposto, dopo le verifiche in capo al Consorzio Helios, l'efficacia dell'aggiudicazione;
- del verbale di seduta pubblica di gara n. 1 del giorno 8.2.2023 mediante il quale la Commissione di gara insediatasi ha scrutinato la documentazione amministrativa di numero 10 operatori economici che avevano presentato domanda di partecipazione entro il termine ultimo del 3.2.2023 ore 12.30 e, accertata la regolarità della documentazione amministrativa presentata dai 10 concorrenti, ha proceduto all'apertura dell'offerta economica, proclamando aggiudicatario Helios consorzio stabile s.c.a.r.l. con il ribasso del 32,283% con secondo classificato Scalzone Costruzioni s.r.l. con il ribasso del 31,937%;
- del bando-disciplinare di gara e dei relativi allegati *in parte qua* e nei limiti dell'interesse qui fatto valere in giudizio se e in quanto lesivi dell'interesse della ricorrente;
- di ogni altro atto ad esso preordinato, connesso, consequenziale e conseguente; nonché per la declaratoria di inefficacia del relativo contratto, ove stipulato, nelle more della decisione della presente controversia tra il Comune di San Severo (Foggia) e la controinteressata e, comunque, soggetto diverso dalla odierna ricorrente;
- nonché per la declaratoria del diritto della ricorrente a subentrare nel medesimo contratto, ove concluso prima della decisione della causa di merito, anche per la parte residua;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di San Severo e di Helios consorzio stabile Società Consortile a r.l. e di Cantieri Edili s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il dott. Francesco Cocomile e uditi nella camera di consiglio del giorno 19 aprile 2023 per le parti i difensori Gabriele Bavaro, su delega di Clemente Manzo per la parte ricorrente, Guglielmo Pezzi per il Comune resistente, Nicola Messina, anche in sostituzione di Manuela Loiacono, per le società controinteressate;

Comunicata alle parti in forma diretta ed esplicita la possibilità di adottare una sentenza in forma semplificata, ricorrendone le condizioni previste;

Sentite le stesse, ai sensi dell'art. 60 del codice del processo amministrativo;

Ritenuto e considerato, in fatto e diritto, quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. - L'odierna ricorrente Scalzone Costruzioni s.r.l. inoltrava domanda di partecipazione alla procedura telematica presso la Stazione unica appaltante della Provincia di Foggia in relazione all'appalto che sarà eseguito nella veste di contraente dal Comune di San Severo (Foggia) avente a oggetto "Il Mosaico di San Severo - Progetto sperimentale per l'inclusione socio - lavorativa: Ex Macello Comunale CIG: 959180825D" per l'importo complessivo dell'appalto a base d'asta, comprensivo del costo della manodopera, con corrispettivo a misura pari ad € 3.118.328,22, IVA esclusa, di cui:

- importo soggetto a ribasso d'asta, al netto degli oneri di sicurezza € 2.976.416,22 (€ 2.945.287,75 di lavori a misura e € 31.128,47 di lavori in economia);
- costi della sicurezza non soggetti a ribasso pari a € 141.912,00.

La procedura di aggiudicazione prescelta era di tipo aperto, ai sensi dell'art. 60 del decreto legislativo n. 50/2016, secondo il criterio dell'offerta a massimo ribasso, ai sensi dell'art. 95 del decreto legislativo n. 50/2016, con esclusione automatica dell'offerta anomala nei casi previsti dalla legge.

L'operatore economico Helios consorzio stabile s.c.a.r.l. risultava aggiudicatario con il ribasso del 32,283%, mentre seconda classificata si collocava l'odierna ricorrente Scalzone Costruzioni s.r.l. con il ribasso del 31,937%.

Con istanza di accesso agli atti la società Scalzone richiedeva la documentazione amministrativa del consorzio stabile Helios e l'Amministrazione in data 3.3.2023 concedeva copia dei documenti.

Con l'atto introduttivo del presente giudizio la ditta ricorrente impugnava i provvedimenti in epigrafe indicati, deducendo un'unica censura così riassumibile:

- violazione di legge; violazione e falsa applicazione del principio della *par condicio* tra i concorrenti; violazione degli artt. 45 e 47 del decreto legislativo n. 50/2016; violazione dell'art. 45, comma 2, lett. c) del decreto legislativo n. 50/2016 per aver designato la consorziata esecutrice priva di requisito; difetto d'istruttoria; eccesso di potere per illogicità manifesta; erronea valutazione dei presupposti di fatto e di diritto.

Chiedeva, altresì, la declaratoria di inefficacia del relativo contratto, ove stipulato, nelle more della decisione della presente controversia tra il Comune di San Severo e la controinteressata e la declaratoria del proprio diritto a subentrare nel medesimo contratto, ove concluso prima della decisione della causa di merito, anche per la parte residua.

2. - Si costituivano in giudizio il Comune di San Severo e le controinteressate Helios consorzio stabile società consortile a r.l. e Cantieri Edili s.r.l., resistendo al gravame.

3. - Alla camera di consiglio del 19 aprile 2023 la causa passava in decisione.

4. - Si ritiene di definire il presente giudizio con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. artt. 60 del codice del processo amministrativo, ricorrendone i presupposti.

5. - Ciò premesso, ritiene questo Giudice che il ricorso debba essere respinto in quanto infondato, potendosi conseguentemente prescindere dalla disamina delle eccezioni preliminari.

Invero, il ricorso proposto dalla Scalzone Costruzioni s.r.l. si basa su una unica argomentazione giuridica, ossia, sulla asserita violazione degli artt. 45, comma 2, lett. c), e 47, comma 1, del decreto legislativo n. 50/2016, in quanto l'aggiudicatario Helios consorzio stabile, con designata esecutrice la Cantieri Edili s.r.l., priva della categoria OG1, avrebbe dimostrato il possesso dei requisiti di capacità tecnico-organizzativi ed economico-finanziari utilizzando il c.d. cumulo alla rinfusa al di fuori - a suo dire - delle ipotesi consentite dal succitato art. 47. Sicché, secondo la prospettazione della società istante, la Stazione appaltante, una volta scrutinata la documentazione amministrativa, avrebbe dovuto procedere all'esclusione dalla procedura di gara del consorzio stabile Helios.

A sostegno della doglianza la società ricorrente si è limitata a richiamare due pronunce, l'una, del T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 15.2.2023, n. 397, e l'altra, del Consiglio di Stato, Sez. V, 22.8.2022, n. 7360, secondo cui il meccanismo del cumulo alla rinfusa opererebbe unicamente in relazione alle attrezzature, ai mezzi d'opera e all'organico medio annuo, ma non anche in ordine alle qualificazioni e ai requisiti di idoneità tecnica e finanziaria.

Questo Collegio tuttavia non condivide il suddetto orientamento restrittivo, comunque minoritario, della giurisprudenza amministrativa in materia di c.d. cumulo alla rinfusa.

Detta impostazione, non può, oggi, che ritenersi superata sia dalla prevalente giurisprudenza amministrativa, sia dall'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), sia da ultimo dal legislatore nazionale del 2023, intervenuto con una interpretazione autentica della disposizione in commento (*i.e.* art. 47, comma 1 del decreto legislativo n. 50/2016).

Come in precedenza rilevato, la società Scalzone sostiene che, alla luce della riformulazione dell'art. 47, comma 1 del decreto legislativo n. 50/2016, l'utilizzo del c.d. cumulo alla rinfusa sarebbe limitato alla sola disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, di talché il consorzio stabile potrebbe sempre designare - in alternativa all'esecuzione in via autonoma - una o più società consorziate indicate in sede di gara, ma a condizione che siano in possesso della qualificazione richiesta, con facoltà di integrazione limitata, appunto, alle attrezzature, ai mezzi e all'organico.

La doglianza, tuttavia, alla luce dei più recenti arresti giurisprudenziali, non è meritevole di positivo apprezzamento.

Infatti, ha recentemente rilevato il T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 2.3.2023, n. 657 che «... Secondo l'indirizzo prevalente della giurisprudenza amministrativa, sono definiti "stabili" i consorzi che operano nel settore dei contratti pubblici per un periodo non inferiore a cinque anni attraverso l'istituzione di una comune struttura d'impresa: si tratta, quindi, di aggregazioni durevoli di soggetti imprenditoriali, che nascono da un'esigenza di cooperazione e assistenza reciproca e che, agendo come

un'unica impresa, si accreditano all'esterno come soggetto distinto rispetto ai singoli consorziati.

Sono operatori economici dotati di autonoma personalità giuridica, costituiti in forma collettiva e con causa mutualistica, che operano in base a uno stabile rapporto organico con le imprese associate, giovandosi quando necessario, senza ricorrere all'avvalimento, dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse, secondo il criterio del cd. "cumulo alla rinfusa" (cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 febbraio 2021, n. 964; Cons. Stato, 11 dicembre 2020, n. 7943; Cons. Stato, sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165; Cons. Stato, sez. III, 22 febbraio 2018, n. 1112).

La questione generale posta con il ricorso per motivi aggiunti è se alla consorziata designata per l'esecuzione dei lavori sia richiesto il possesso dei requisiti speciali di partecipazione previsti dal disciplinare di gara oppure se sia solo il consorzio, eventualmente giovandosi del c.d. cumulo alla rinfusa, a dover essere in possesso dei predetti requisiti.

Il Collegio, alla luce delle oscillazioni normative e giurisprudenziali maturate sulla questione e consapevole delle recenti decisioni intervenute in senso opposto - secondo cui il cumulo, cioè la possibilità di avvalersi dei requisiti del consorzio da parte dell'impresa non qualificata, opera in modo circoscritto solo in caso di carenza dei requisiti tecnici attinenti alle risorse reali (attrezzature e mezzi) o professionali (organico medio) e al di fuori da questi casi, il cumulo "automatico" dei requisiti delle consorziate non è possibile e ciascun concorrente dovrà dimostrare il possesso dei requisiti e delle capacità di qualificazione richieste dalla gara, salvo eventualmente il ricorso allo strumento dell'avvalimento - intende dare continuità, anche riguardo al caso di specie, alla diversa interpretazione giurisprudenziale dell'art. 47 del d.lgs. n. 50 del 2016, ribadita anche da questa Sezione con la recente sentenza (in forma

semplificata) 14 novembre 2022, n. 3189 (non appellata) - alla cui ampia motivazione (v. punto 3) da intendersi qui trascritta si rinvia per esigenze di sinteticità - secondo cui nella partecipazione alle gare d'appalto e nell'esecuzione, è il consorzio stabile e non già ciascuna delle singole imprese sue 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).

Copiosa giurisprudenza formatasi in vigenza del nuovo codice dei contratti e in particolare del "nuovo" comma 2-*bis* dell'art. 47, introdotto con il cd. decreto "sblocca cantieri" (d.l. n. 39/2019), ha affermato infatti che la disposizione di cui al citato comma 2-*bis* del d.lgs. n. 50/2016 letta in combinato con la regola del c.d. cumulo alla rinfusa dei requisiti del consorzio stabile prevista dal medesimo art. 47, comma 1, deve ragionevolmente essere intesa nel senso che essa abbia inteso introdurre un onere di verifica dei requisiti di qualificazione da svolgere presso gli operatori economici partecipanti al consorzio stabile e che a quest'ultimo hanno apportato le loro rispettive capacità tecnico-professionali o economico-finanziarie, ma dalla medesima disposizione non può invece desumersi che il singolo consorziato, indicato in gara come esecutore dell'appalto, debba essere a sua volta in possesso dei requisiti di partecipazione.

A opinare in questo senso verrebbero svuotate la finalità pro concorrenziali dell'istituto del consorzio stabile, oltre che il suo stesso fondamento causale, enunciato dall'art. 45, comma 2, lett. c), del codice dei contratti pubblici, e incentrato sullo stabile apporto di capacità e mezzi aziendali in una «comune struttura di impresa» deputata ad operare nel settore dei contratti pubblici ed unica controparte delle stazioni appaltanti, secondo quanto previsto dall'art. 47, comma 2, del Codice

(cfr. in questo senso, da ultimo: Cons. Stato, V, 29 marzo 2021, n. 2588; id. 2 febbraio 2021, n. 964; 11 dicembre 2020, n. 7943). ...».

D'altronde, la stessa Sezione Prima del T.A.R. Sicilia, Palermo, con la menzionata sentenza del 14.11.2022, n. 3189, aveva già avuto modo di evidenziare come la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 22.8.2022, n. 7360 - richiamata dalla società ricorrente - costituisca, in realtà, un non condivisibile orientamento minoritario.

È, infatti, necessario secondo il T.A.R. siciliano (sentenza n. 3189/2022) considerare il regime transitorio di cui all'art. 216, comma 14, del codice degli appalti (decreto legislativo n. 50/2016), che invece confermerebbe la perdurante operatività del sistema di qualificazione previgente, ovvero, la regola per la quale i consorzi stabili si qualificano sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate, senza necessità di stipulare un contratto di avvalimento.

Il T.A.R. Palermo, pertanto, con la citata sentenza n. 3189/2022 riteneva di aderire all'indirizzo pretorio maggioritario, il quale - nell'affermare la perdurante vigenza, anche nell'attuale sistema normativo, del c.d. cumulo alla rinfusa per i consorzi stabili - sanciva che «... In linea generale, deve essere richiamata la costante giurisprudenza secondo cui il principio del "cumulo alla rinfusa" per i consorzi stabili (*ex art. 45, co. 2, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016*) è ammesso in via generale nella materia dei contratti pubblici; conseguentemente, i consorzi stabili, 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 (v. C.G.A. Sez. giurisd., 22 gennaio 2021, n. 49, che rinvia a Consiglio di Stato, Sez. V, 26 ottobre 2018, n. 6114). ...» (cfr. altresì T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 30.6.2021, n. 2128 richiamata dalla suddetta sentenza n. 3189/2022).

In ordine, poi, alla corretta interpretazione da darsi al testo, come novellato, dell'art. 47 del decreto legislativo n. 50/2016, con la medesima sentenza n. 3189/2022 il T.A.R. Palermo chiariva che «... Dalla medesima disposizione non può invece desumersi che il singolo consorziato, indicato in gara come esecutore dell'appalto, debba essere a sua volta in possesso dei requisiti di partecipazione. Come sottolineano le parti appellanti ad opinare in questo senso verrebbero svuotate la finalità pro concorrenziali dell'istituto del consorzio stabile, oltre che il suo stesso fondamento causale, enunciato dall'art. 45, comma 2, lett. c), del Codice dei contratti pubblici, ed incentrato sullo stabile apporto di capacità e mezzi aziendali in una «comune struttura di impresa» deputata ad operare nel settore dei contratti pubblici ed unica controparte delle stazioni appaltanti, secondo quanto previsto dall'art. 47, comma 2, del Codice (cfr. in questo senso, da ultimo: Cons. Stato, V, 2 febbraio 2021, n. 964; 11 dicembre 2020, n. 7943)»...» (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 29 marzo 2021, n. 2588, in fattispecie relativa al possesso, in capo alla consorziata esecutrice di un requisito di idoneità professionale). Deve quindi osservarsi che il consorzio stabile, operando in base a uno stabile rapporto organico con le imprese consorziate, può giovare dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle predette secondo il criterio del "cumulo alla rinfusa", che consente al consorzio di provare il possesso dei requisiti anche attraverso quelli delle consorziate. [...] Pertanto, l'interpretazione restrittiva del cumulo alla rinfusa, in quanto circoscritto alla sola disponibilità di attrezzature e mezzi d'opera, non è condivisibile, anche tenendo conto del carattere pro-concorrenziale del consorzio stabile (v. anche T.A.R. Lazio, Sez. I, 19 aprile 2021, n. 4540; T.A.R. Campania, Sez. I, 26 gennaio 2021, n. 537). ...» (cfr. altresì T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 30.6.2021, n. 2128 richiamata dalla suddetta sentenza n. 3189/2022).

Ha condivisibilmente rimarcato il T.A.R. Palermo (sentenza n. 3189/2022):

«... il meccanismo del “*cumulo alla rinfusa*”, ovvero della sommatoria dei requisiti di tutte le consorziate in capo al consorzio e della conseguente possibilità per il consorzio di spendere detti requisiti anche a vantaggio di consorziate che ne siano singolarmente prive, consente di riaffermare con pienezza lo spirito pro-concorrenziale della normativa citata, diretto a favorire l’accesso al mercato dei lavori pubblici delle imprese di medie e piccole dimensioni che, da sole, non avrebbero, parte o tutti, i requisiti di qualificazione per aggiudicarsi le gare.

Come condivisibilmente chiarito da tutte le resistenti nei propri scritti, la normativa primaria ha da sempre previsto che il consorzio stabile possa giovarsi, senza ricorrere al contratto di avvalimento, degli stessi requisiti economico-finanziari, tecnico organizzativi e di idoneità tecnica e professionale delle consorziate stesse, designate o non, secondo il criterio del “*cumulo alla rinfusa*”. Anche la giurisprudenza di settore ha da sempre abbracciato una visione ampia del cumulo che deriva dagli artt. 47, 83, comma 2, e 216 comma 14 del D.lgs. 50/2016, nonché dagli artt. 81 e 94 del d.P.R. 207/2010 e dall’art. 36 del D.lgs. 163/2006, applicabili in via transitoria sino all’adozione del regolamento al Codice dei contratti di cui agli artt. 83, comma 2 e 216, comma 27-*octies* del Codice medesimo.

È parere del Tribunale, quindi, che i suddetti principi siano applicabili anche sotto la vigenza del D.lgs. 50/2016 e del D.L. 32/2019 (Sblocca cantieri).

Infatti, a seguito dell’entrata in vigore del D.lgs. 50/2016, la disciplina sulla qualificazione dei consorzi stabili è stata rimessa dall’art. 83, comma 2 (e, poi dall’art. 216, comma 27-*octies*, così come modificato dal D.L. n. 32/2019, cd. “Sblocca Cantieri”) dapprima alle linee guida ANAC e, ora, al regolamento di attuazione del Codice (in redazione), nelle more trovando applicazione la precedente disciplina.

Infatti, l'art. 83 al comma secondo prevede che: *“Per i lavori, con il regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, sono disciplinati, nel rispetto dei principi di cui al presente articolo e anche al fine di favorire l'accesso da parte delle microimprese e delle piccole e medie imprese, il sistema di qualificazione, i casi e le modalità di avalimento, i requisiti e le capacità che devono essere posseduti dal concorrente, anche in riferimento ai consorzi di cui all'articolo 45, lettere b) e c) e la documentazione richiesta ai fini della dimostrazione del loro possesso di cui all'allegato XVII. Fino all'adozione di detto regolamento, si applica l'articolo 216, comma 14”*.

Per quanto riguarda invece le norme sul regime transitorio si riporta l'art. 216, commi 14 e 27-octies, D.lgs. 50/2016:

- comma 14: *“fino all'adozione del regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, continuano ad applicarsi, in quanto compatibili, le disposizioni di cui alla Parte II, Titolo III (articoli da 60 a 96: sistema di qualificazione delle imprese), nonché gli allegati e le parti di allegati ivi richiamate, del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207”*;
- comma 27-octies: *“Nelle more dell'adozione, entro 180 giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, ai sensi dell'articolo 17, comma 1, lettere a) e b), della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, di un regolamento unico recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione del presente codice, le linee guida e i decreti adottati in attuazione delle previgenti disposizioni di cui agli articoli 24, comma 2, 31, comma 5, 36, comma 7, 89, comma 11, 111, commi 1 e 2, 146, comma 4, 147, commi 1 e 2 e 150, comma 2, rimangono in vigore o restano efficaci fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al presente comma, in quanto compatibili con il presente codice e non oggetto delle procedure di infrazione nn. 2017/2090 e 2018/2273”*).

Invece, per una completa disamina della disciplina in vigore in via transitoria si rinvia all'art. 35 del D.lgs. 163/2006, rubricato "Requisiti per la partecipazione dei consorzi alle gare" e, con specifico riguardo ai consorzi stabili operanti nel settore dei lavori pubblici, all'art. 36, al comma 7, e all'art. 81 del d.P.R. 207/2010, durante la cui vigenza non si è mai dubitato della possibilità di applicare il cumulo alla rinfusa ai Consorzi stabili, anche per i requisiti tecnico-finanziari documentati nell'attestato SOA e non posseduti in proprio dall'esecutrice dei lavori individuata dal Consorzio. In ultimo, come evidenziato dalle resistenti, l'art. 1, comma 1, lett. h), del D.L. Sblocca Cantieri, decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 55, ha modificato l'articolo 47 del d.lgs. 50/16 e *"La modifica del comma 2 è tesa a chiarire la disciplina dei consorzi stabili onde consentire l'operatività e sopravvivenza di tale strumento pro-concorrenziale, mentre l'introduzione del comma 2-bis detta disposizioni concernenti i consorzi stabili di servizi e forniture, in continuità con il passato, di fatto colmando, a regime, un vuoto normativo per tali settori"* (cfr. relazione di accompagnamento al decreto).

4. Tutto ciò posto, è provato in atti che il Consorzio controinteressato Sinergica è un consorzio stabile il quale possiede i requisiti di qualificazione richiesti dalla legge di gara essendo qualificato in tutte le categorie richieste dalla *lex specialis*.

Il Collegio, nel rigettare il ricorso, intende pertanto confermare il principio secondo cui, nella partecipazione alle gare d'appalto e nell'esecuzione, è il consorzio stabile (e non già ciascuna delle singole imprese sue 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).

Così come, 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. ...».

Inoltre, il suesposto orientamento giurisprudenziale è stato recentemente confermato anche dalla Sezione V del Consiglio di Stato, con sentenza del 28.3.2023, n. 3148 secondo cui

«... La prevalente giurisprudenza amministrativa, mutuando anche i principi informativi compendiate all'articolo 45 del d.lgs. n. 50/2016, qualifica pertanto consorzi stabili quei consorzi che abbiano stabilito di operare nel settore dei contratti pubblici per un periodo non inferiore a cinque anni e che, pertanto, abbiano istituito una comune struttura d'impresa. Si tratta di aggregazioni durevoli di soggetti che nascono da un'esigenza di cooperazione ed assistenza reciproca e, operando come un'unica impresa, si accreditano all'esterno come soggetto distinto.

Il Consiglio di Stato ha, in più occasioni, chiarito che sono operatori economici dotati di autonoma personalità giuridica, costituiti in forma collettiva e con causa mutualistica, che operano 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" (cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 febbraio 2021, n. 964; Cons. Stato, 11 dicembre 2020, n. 7943; Cons. Stato sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165; Cons. Stato, sez. III, 22 febbraio 2018, n. 1112).

Peraltro elemento qualificante dei consorzi stabili è senz'altro la "*comune struttura di impresa*" da intendersi quale "*azienda consortile*" utile ad eseguire in proprio, ossia senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate, le prestazioni

affidate a mezzo del contratto (cfr. Adunanza Plenaria 18 marzo 2021, n. 5; Cons. Stato, sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165).

È stato infatti osservato (Cons. Stato, sez. III, 4.2.2019, n. 865) come l'elemento essenziale per poter attribuire al consorzio la qualifica di consorzio stabile è il c.d. elemento teleologico, ossia l'astratta idoneità del consorzio, esplicitamente consacrata nello statuto consortile, di operare con un'autonoma struttura di impresa, capace di eseguire, anche in proprio, ovvero senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate, le presentazioni previste nel contratto (ferma restando la facoltà per il consorzio, che abbia tale struttura, di eseguire le prestazioni, nei limiti consentiti, attraverso le consorziate) (cfr. Cons. Stato, sez. V, 2.5.2017, n. 1984; Cons. Stato, sez. V, 17.1.2018, n. 276).

Si ritiene, pertanto, che il riferimento aggiuntivo del codice dei contratti pubblici alla "comune struttura di impresa" induce a concludere nel senso che costituisce un predicato indefettibile di tali soggetti l'esistenza di un'azienda consortile, intesa nel senso civilistico di "*complesso di beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa*".

12.3. Dall'elaborazione giurisprudenziale sul punto, quindi, emerge pertanto che, a differenza dei RTI e dei consorzi ordinari, il consorzio stabile è un nuovo e peculiare soggetto giuridico, promanante da un contratto a dimensione associativa tra imprese, caratterizzato oggettivamente come struttura imprenditoriale da un rapporto tra le stesse imprese di tipo organico, al fine di operare in modo congiunto nel settore dei lavori pubblici, sicché unico interlocutore con l'amministrazione appaltante è il medesimo consorzio, con la conseguenza che i requisiti speciali di idoneità tecnica e finanziaria ben possono essere posseduti in capo al consorzio stesso. ...».

Alla luce dei sopra enunciati principi di diritto, chiaramente ribaditi dalla prevalente giurisprudenza amministrativa - cui, peraltro, ha aderito anche questo T.A.R. con sentenza del 21.2.2023, n. 336 (che a sua volta richiama la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 14.12.2021, n. 8331) - alcun dubbio può sussistere riguardo alla possibilità per il consorzio stabile Helios di giovare, senza necessità di ricorrere all'avvalimento, dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse, secondo il criterio del “cumulo alla rinfusa”, non assumendo rilevanza alcuna il mancato possesso di un requisito (categoria OG1) in capo alla consorziata indicata come esecutrice.

Al riguardo, tra l'altro, sempre la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 28.3.2023, n. 3148 ha rilevato in tema di consorzi stabili:

«... 13.1. Ed invero come evidenziato dal C.G.A.R.S. con sentenza 22/01/2021 n. 49 – decisione tra l'altro riferita al difetto di motivazione ex art. 21 *novies* l. 241/90 del provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione adottato dalla stazione appaltante in riferimento ad una procedura in materia di beni culturali, in cui assume una specifica valenza la qualificazione dell'impresa esecutrice stante la chiara disposizione costituita dall'art. 146 comma 2 del d. lgs, n. 50 del 2016 - “*Il consorzio stabile è caratterizzato dal c.d. elemento teleologico, che gli consente di operare con un'autonoma struttura di impresa, capace di eseguire anche in proprio, e cioè senza l'ausilio necessario delle imprese consorziate, le prestazioni previste nel contratto.*”

In sostanza, i consorzi stabili, ai sensi dell'art. 47, comma 2, del d.lgs. 50/2016, hanno una propria qualificazione, diversa ed autonoma dalle imprese consorziate, che consente ai medesimi di partecipare alle gare pubbliche, con la conseguenza che essi assumono su di sé, e con le qualificazioni possedute, l'onere della esecuzione delle prestazioni contrattuali; la presenza di un'autonoma struttura di impresa, distinta da quella delle consorziate e che sia in grado di eseguire anche in

proprio le prestazioni previste nel contratto, rende imputabile l'attività compiuta al solo consorzio stabile (cfr. Cons. Stato, V, n. 276/2018).

E dunque, dall'espunzione della consorziata risultata non in possesso delle qualificazioni necessarie, consegue che la prestazione ricade in toto sul medesimo consorzio stabile.

D'altra parte, deve ritenersi che l'obbligo per il consorzio stabile di indicare in sede di offerta i consorziati designati per l'esecuzione sia principalmente finalizzato a precludere che questi si giovino della copertura dell'ente collettivo, eludendo i controlli demandati alle Stazioni appaltanti in ragione dell'obbligo di comprovare il possesso dei requisiti di ordine generale”.

13.2. Né a conclusioni diverse può addivenirsi avendo riguardo a quanto *incidenter tantum* indicato nella sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 18 marzo 2021 n. 5, laddove afferma che “*Solo le consorziate designate per l'esecuzione dei lavori partecipano alla gara e concordano l'offerta, assumendo una responsabilità in solido con il consorzio stabile nei confronti della stazione appaltante (art. 47 comma 2 del codice dei contratti)*”.

E invero detta affermazione non esclude affatto che, proprio in forza del vincolo di solidarietà, la prestazione finisca per ricadere *in toto* sul consorzio stabile, ove l'impresa esecutrice sia priva dei prescritti requisiti, senza che detta esecuzione in proprio possa considerarsi elusiva del disposto dell'art. 48 comma 19 *bis* del Codice, laddove prevede che “*Le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche con riferimento ai soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b), c) ed e)*” (da leggersi peraltro alla luce del recente arresto dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 2/2022), dovendosi i limiti alla modifica soggettiva in corso di gara, richiamati negli indicati commi, intendersi riferiti, in relazione ai consorzi stabili, all'ipotesi di sostituzione della consorziata esecutrice con altra consorziata, quand'anche già indicata come esecutrice (con modifica in riduzione), e non anche ai rapporti fra impresa consorziata indicata come esecutrice e consorzio che abbia in proprio i requisiti,

essendo il Consorzio *ab initio* parte sostanziale del contratto con la stazione appaltante, chiamato a rispondere in solido della totalità dell'esecuzione della commessa. ...».

Di conseguenza, la Stazione appaltante non avrebbe, comunque, neppure in caso di illegittima applicazione del divieto del cumulo alla rinfusa, potuto disporre l'esclusione del consorzio stabile Helios dalla procedura di gara, per avere indicato, quale impresa esecutrice, una consorziata priva del requisito in questione, in considerazione del fatto che "... l'autonoma soggettività del consorzio consente la possibilità di designare una nuova cooperativa come esecutrice ove per motivi sopravvenuti la prima designata non sia in condizione di svolgere compiutamente la prestazione ..." (cfr. C.G.A.R.S., Sez. Giur., 2 gennaio 2012, n. 12).

Pertanto, deve ritenersi che il consorzio stabile Helios fosse, comunque, in possesso di tutti i requisiti prescritti dalla *lex specialis* per l'esecuzione in proprio dei lavori oggetto di appalto, potendo - come visto - il medesimo consorzio giovare, senza necessità di ricorrere all'avvalimento, dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse, secondo il citato criterio del "cumulo alla rinfusa", non assumendo rilevanza alcuna il mancato possesso di un requisito (categoria OG1) in capo alla consorziata originariamente indicata come esecutrice.

Inoltre, è rilevante ai fini della definizione del presente contenzioso anche l'atto di segnalazione n. 2 del 20.7.2022, concernente l'art. 47 del decreto legislativo n. 50/2022, approvato dal Consiglio dell'ANAC con delibera n. 334 del 20.7.2022, con il quale l'Autorità nazionale anticorruzione, segnalando al Governo e al Parlamento "fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa di settore", formulava apposite "osservazioni in merito all'articolo 47 del

codice dei contratti pubblici al fine di superare le incertezze interpretative emerse nell'applicazione della norma”.

Più precisamente, con il suddetto atto di segnalazione, l'ANAC procedeva preliminarmente a una disamina dell'evoluzione del quadro normativo e degli orientamenti della giurisprudenza amministrativa (cfr. pagg. 2 e ss. dell'atto di segnalazione n. 2 del 20.7.2022).

Secondo dell'ANAC, con la novella dell'art. 47 del decreto legislativo n. 50/2016, “... sembrerebbe che il legislatore abbia inteso eliminare un vincolo all'operatività del cumulo alla rinfusa - ossia, il necessario ricorso all'avvalimento per utilizzare i requisiti delle consorziate non esecutrici - piuttosto che ridimensionare il criterio stesso. Inoltre, occorre considerare che le affermazioni dell'Adunanza Plenaria circa la portata del primo comma dell'articolo 47 non sono parte del principio di diritto dalla stessa enunciato, restando, quindi, fuori del perimetro della funzione nomofilattica. Sulla base di tale considerazione, alcuni Tribunali Amministrativi Regionali hanno ritenuto di potersi discostare da detta sentenza. Tra questi, in particolare, il TAR Veneto, Sezione I, 5 luglio 2021, n. 896 e lo stesso TAR Lazio, Sez. I, 20 aprile 2021, n. 4540, affrontano apertamente l'*obiter dictum* della sentenza n. 5/2021, affermando di non dividerlo e di dover «privilegiare una lettura sistematica di carattere proconcorrenziale che è insita nel meccanismo del cumulo alla rinfusa». ...”.

L'Autorità nazionale anticorruzione, in particolare, osservava come «... Il tratto comune che ha caratterizzato la giurisprudenza prevalente formatasi in vigenza dei vari regimi normativi succedutisi nel tempo con riferimento all'articolo 47, comma 2, del codice dei contratti pubblici, è stato lo sforzo teso a conservare l'applicabilità

del meccanismo del cumulo alla rinfusa, nel tentativo di mantenere la continuità rispetto al passato e garantire l'effettiva attuazione della causa mutualistica.

Questa consente, infatti, alle micro, piccole e medie imprese di crescere ed affermarsi nel mercato attraverso la partecipazione alle gare pubbliche (pur in assenza dei requisiti necessari) e l'esecuzione delle relative prestazioni, grazie al supporto della struttura consortile che beneficia dell'apporto di tutte le imprese coinvolte.

Anche l'intervento del legislatore con il decreto sblocca cantieri sembra andare in tale direzione: dalle dichiarazioni di intenti contenute nella relazione illustrativa e nel Dossier del servizio studi del Senato riferiti alla legge di conversione può, infatti, presumersi, al di là della formulazione utilizzata, l'intento di mantenere in vita il meccanismo del cumulo alla rinfusa nella sua accezione più ampia. ...».

A sostegno dell'interpretazione estensiva della norma in commento, oltre alla giurisprudenza amministrativa sopra citata, a parere dell'ANAC, depongono le seguenti ulteriori osservazioni:

«... In primo luogo, occorre osservare che il comma 1 dell'articolo 47 è rimasto sostanzialmente immutato nel tempo, quindi la sua formulazione non può considerarsi, di per sé, incompatibile con il cumulo alla rinfusa, finora ammesso in via interpretativa. Passando al dato letterale, occorre considerare che la norma si limita ad indicare che i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei consorzi stabili (...) devono essere posseduti e comprovati dai consorzi con le modalità previste dal codice. La disposizione, quindi, non indica quali sono le modalità di qualificazione, rinviando ad altre disposizioni del codice la disciplina di tale aspetto (rinvio implicito all'articolo 83, per i servizi e le forniture e all'articolo 84 per i lavori). ...».

A ciò si aggiunga che, “come correttamente osservato dal TAR Lazio nella sentenza 4082/2022, non vi è alcuna distinzione tra consorziate esecutrici e non. Il dato testuale depone, quindi, per l'utilizzabilità del cumulo alla rinfusa per i consorzi stabili, senza limitazioni in ordine alla tipologia di requisiti e alla natura delle consorziate”.

In conclusione, secondo quanto affermato dall'ANAC nel menzionato atto di segnalazione n. 2/2022, “... Consentire il cumulo soltanto parziale dei requisiti dei consorzi stabili equivarrebbe a depotenziare notevolmente la finalità mutualistica del consorzio. Questo, infatti, sarebbe in grado di comprovare, nella misura risultante dalla sommatoria delle capacità esecutive delle consorziate, soltanto una parte dei requisiti previsti dall'articolo 83 (organico e attrezzature), mentre potrebbe dimostrare gli altri requisiti finanziari e tecnici (fatturato, prestazioni analoghe) soltanto ricorrendo ai requisiti maturati in proprio (con prestazioni eseguite utilizzando la propria struttura oppure maturate nel primo quinquennio dalla sua costituzione). Per i lavori, tale pregiudizio sarebbe ancora più evidente: in base ai requisiti di attrezzatura e di organico il consorzio potrebbe raggiungere determinate classifiche di qualificazione, ma si troverebbe a non poter dimostrare il possesso dei corrispondenti requisiti di fatturato e lavori di punta, con conseguente collocamento ad un livello di qualificazione inferiore.

Per tutto quanto esposto, si ritiene maggiormente aderente alla normativa vigente e all'intenzione del legislatore l'interpretazione estensiva del quadro normativo, che consente il cumulo alla rinfusa per i consorzi stabili senza limitazioni, sia per i lavori che per i servizi e le forniture. ...”.

Alla luce di quanto sopra esposto, l'ANAC segnalava:

«... l'opportunità di intervenire in modifica dell'articolo 47 del codice dei contratti pubblici, nell'ambito delle attività finalizzate all'attuazione della legge 21 giugno 2022, n. 78 recante delega al governo in materia di contratti pubblici. In particolare, considerate le numerose modifiche normative intervenute nel tempo, le oscillazioni della giurisprudenza e la varietà di interpretazioni adottate a sostegno delle contrapposte tesi, si suggerisce l'adozione di una formulazione più chiara della norma che definisca l'esatto ambito applicativo del cumulo alla rinfusa per i consorzi stabili nei contratti di lavori, servizi e forniture, chiarendo l'applicabilità del succitato meccanismo, senza limitazioni, per i contratti di lavori, servizi e forniture. ...».

In conformità alla suesposta esigenza manifestata dalla giurisprudenza amministrativa e dall'ANAC, il legislatore delegato, all'art. 225, comma 13 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, ha fornito una interpretazione autentica dell'art. 47, comma 1, del decreto legislativo n. 50/2016, statuendo che:

“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 interpretano 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. 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.”

Si rammenta che secondo l'art. 36, comma 7, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture di cui al decreto legislativo n. 163/2006 “Il consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate”.

La considerazione che, con la novella dell'art. 47 del decreto legislativo n. 50/2016, il legislatore non abbia affatto inteso sancire l'invocato divieto del c.d. cumulo alla rinfusa, inoltre, appare ampiamente comprovata dall'ulteriore argomento che il legislatore, con il decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (c.d. “nuovo Codice dei contratti pubblici”), recependo le suesposte osservazioni formulate dall'Autorità nazionale anticorruzione, all'art. 67, comma 2, lett. b), abbia espressamente previsto che “per gli appalti di lavori, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento sono posseduti e comprovati dagli stessi sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate”.

Infatti, come meglio precisato nella relazione illustrativa redatta dal Consiglio di Stato in data 7 dicembre 2022:

«... Al comma 2 è disciplinato, con riferimento agli stessi soggetti, il regime transitorio e il regime degli affidamenti cui non si applica l'allegato II.12 stabilendo:

- per gli appalti di servizi e forniture che i requisiti di capacità tecnica e finanziaria sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate;
- per gli appalti di lavori, prevedendo la continuità con il sistema vigente riguardante l'attestazione SOA del consorzio, che consente la sommatoria dei requisiti posseduti dalle singole consorziate.

La formulazione tiene conto del fatto che il sistema sin qui in atto si basava su una disposizione transitoria del decreto legislativo n. 50 del 2016, (l'art. 216, comma 27-*octies*), che rinviava all'art. 36, comma 11 del decreto legislativo n. 163 del 2006 (e fonti delegate), consentendo che i consorzi stabili attestino, per i lavori, i requisiti di qualificazione attraverso l'attestazione SOA del consorzio, nella quale si sommano i requisiti posseduti dalle singole consorziate.

In particolare, quanto al regime transitorio per i lavori, il decreto legislativo n. 50 del 2016 ha confermato la previgente disciplina in materia, posto che ai sensi dell'art. 83, comma 2, si è previsto che sarebbe stato il Regolamento di cui all'art. 216, comma 27-*octies*, a disciplinare (tra l'altro) il sistema di qualificazione dei consorzi stabili, prevedendo altresì (con rinvio alle disposizioni dell'art. 216, comma 14) che, fino all'adozione del predetto regolamento, continuavano ad applicarsi, in quanto compatibili, le disposizioni di cui alla Parte II, Titolo III (artt. da 60 a 96: sistema di qualificazione delle imprese), nonché gli allegati e le parti di allegati ivi richiamate, del d.P.R. n. 207 del 2010. A sua volta l'art. 81 del d.P.R. n. 207 del 2010 ("I requisiti per la qualificazione dei consorzi stabili sono quelli previsti dall'art. 36, comma 7, del codice"), rinvia per la qualificazione dei consorzi stabili all'art. 36, comma 7 del decreto legislativo n. 163 del 2006, il quale dispone che "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. Ne consegue pertanto che le disposizioni dell'art. 83, comma 2 e dell'art. 47 del decreto legislativo n. 50 del 2016, in virtù dei rinvii operati alla previgente disciplina, secondo quanto previsto dall'art. 216 del codice, hanno confermato il principio del c.d. cumulo per i consorzi stabili, sulla

base del quale i consorzi stabili possono scegliere di provare il possesso dei requisiti di ordine speciale richiesti per la partecipazione alle gare con attribuzioni proprie e dirette oppure con quelle dei consorziati.

Si applica inoltre il Manuale dell'ANAC sull'attività di qualificazione per l'esecuzione di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro, del 16 ottobre 2014 e ss.mm. (in G.U.R.I. 28 ottobre 2014).

Sempre con riferimento al regime transitorio, al fine di assicurare continuità con il regime vigente, non è stato previsto un vincolo di corrispondenza fra qualificazioni possedute ed esecuzione del contratto in relazione alla partecipazione dei consorzi stabili alle gare per lavori, nonostante la pronuncia dell'Ad. plen. n. 6 del 2019, resa però con riferimento ai raggruppamenti.

Infatti, dalla pronuncia dell'Ad. plen. n. 5 del 2021, resa con riferimento a un caso di appalti di lavori, si evince che i requisiti possono essere "prestati" anche da una consorziata non esecutrice.

Non è stata invece la clausola di salvezza rispetto ai requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, in modo da assicurare una maggiore semplicità al sistema. ...».

In conclusione, alla luce dell'orientamento giurisprudenziale maggioritario, manifestato, da ultimo, anche dal Consiglio di Stato, nonché, delle osservazioni al riguardo espressamente formulate dall'ANAC e dell'interpretazione autentica fornita dal legislatore nazionale nel 2023, per di più, trasposta nella nuova disciplina dei contratti pubblici (decreto legislativo n. 36/2023), il ricorso proposto dalla società ricorrente, fondato unicamente sulla asserita inapplicabilità, al caso di specie, del meccanismo del c.d. cumulo alla rinfusa, non può che essere disatteso, in considerazione del fatto che - come detto - è il consorzio stabile ad assumere la

qualifica di concorrente e contraente, e, per l'effetto, a dover dimostrare il possesso dei relativi requisiti partecipativi, anche mediante il cumulo delle singole imprese consorziate, a prescindere dal fatto che le stesse siano designate o meno in gara per l'esecuzione del contratto d'appalto.

In ogni caso, anche a volere ritenere che la *lex specialis* abbia illegittimamente omesso di prevedere il divieto del cumulo alla rinfusa, la Stazione appaltante non avrebbe potuto, comunque, procedere alla esclusione del consorzio stabile Helios dalla procedura di gara, in ossequio ai fondamentali principi del *favor participationis* e della tassatività delle cause di esclusione (cfr. art. 83, comma 8 del decreto legislativo n. 50/2016).

Infatti, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale (cfr. *ex multis* Consiglio di Stato, Sez. III, 23.11.2022, n. 10301), «... l'interpretazione degli atti amministrativi, ivi compresi i bandi di gara, soggiace alle stesse regole dettate dagli artt. 1362 e ss. cod. civ. per l'interpretazione dei contratti, tra le quali assume carattere preminente quella collegata all'interpretazione letterale - con esclusione di ogni ulteriore procedimento ermeneutico in caso di clausole assolutamente chiare - ma, in caso di omissioni od ambiguità delle singole clausole, con la necessità del ricorso ad altri canoni ermeneutici, tra cui quello dettato dall'art. 1363 cod. civ e quello dell'interpretazione secondo buona fede; corollario in materia di procedure di gara ad evidenza pubblica è la necessità di attuare il principio del *favor participationis* secondo il quale, in caso di clausole del bando ambigue o dubbie, va preferita la soluzione che tende ad estendere la platea dei partecipanti alla gara, e non quella restrittiva della partecipazione, al fine di realizzare l'interesse dell'amministrazione alla selezione della migliore offerta presentata tra quelle concorrenti (Consiglio di Stato, sez. V, 17 luglio 2020, n. 4599) ...».

Ancora, riguardo a fattispecie assimilabili a quella per cui è causa, il Consiglio di Stato, con la menzionata sentenza n. 3148 del giorno 8.3.2023, ha avuto modo di precisare che

«... 13.4.2. Tali conclusioni sono avvalorate dalla necessità del rispetto dei due principi, di massima partecipazione alle gare e di tassatività delle clausole di esclusione.

Il primo [*rectius*: il principio della massima partecipazione alle gare] impone che venga privilegiata l'interpretazione che soddisfi l'esigenza della massima partecipazione alla procedura di gara, qualora questa sia compatibile, come nel caso di specie, con quella di selezionare un imprenditore qualificato, da identificarsi, nella presente fattispecie, nel consorzio stabile nel suo complesso.

La giurisprudenza amministrativa ha infatti chiaramente affermato che in caso di clausole o disposizioni normative di dubbia e/o incerta interpretazione deve essere privilegiato il principio del *favor participationis* al fine di consentire la più ampia partecipazione alle procedure di gara (Cons. St., Sez. V, 15.01.2018, n. 187).

Tale principio si pone in continuità con la giurisprudenza del Consiglio di Stato a mente del quale "*l'interpretazione delle clausole della lex specialis di gara che presentino margini di opinabilità deve essere improntata al principio eurounitario della massima partecipazione. È stato condivisibilmente osservato al riguardo che a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola della lex specialis di gara (una avente quale effetto l'esclusione dalla gara e l'altra tale da consentire la permanenza del concorrente), non può legittimamente aderirsi all'opzione che, ove condivisa, comporterebbe l'esclusione dalla gara, dovendo essere favorita l'ammissione del più elevato numero di concorrenti, in nome del principio del favor participationis e dell'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale*" (ex multis, cfr. Cons. St., Sez. V, 5.10.2017, n. 4644; Cons. St., Sez. V, 5.07.2017, n. 3302).

Il secondo principio [*rectius*: della tassatività delle clausole di esclusione] impone di non escludere il concorrente in base a una disposizione di non univoca interpretazione.

Nelle gare pubbliche, a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola della *lex specialis* (una avente quale effetto l'esclusione dalla gara e una tale da consentire la permanenza del concorrente), non può legittimamente aderirsi all'opzione che comporti l'esclusione dalla gara in contrasto con le dinamiche competitive e pro-concorrenziali; ed infatti una siffatta lettura della problematica figura delle cc.dd. "clausole ambigue" si porrebbe evidentemente in contrasto con il principio della tassatività delle cause di esclusione, determinando *ex art.* 83 comma 8 d.lgs. 50/2016, la sanzione della nullità a carico della clausola in parola, laddove la stessa, come nel caso di specie, si ponga in contrasto con la corretta interpretazione dell'art. 47 del Codice dei contratti, secondo quanto in precedenza indicato (cfr. al riguardo Adunanza Plenaria n. 22 del 2020 secondo la quale "la nullità della clausola ai sensi dell'art. 83, comma 8, del d. lgs. n. 50 del 2016 configura un'ipotesi di nullità parziale limitata alla clausola, da considerare non apposta, che non si estende all'intero provvedimento, il quale conserva natura autoritativa"). ...».

Di conseguenza, in applicazione dei suesposti principi di diritto, la Stazione appaltante non avrebbe, comunque, potuto legittimamente disporre l'esclusione dalla gara del Consorzio controinteressato, sia perché a fronte di eventuali plurime interpretazioni della disciplina di gara, avrebbe, in ogni caso, dovuto privilegiare l'interpretazione favorevole alla più ampia partecipazione dei concorrenti, sia poiché, come risulta dalla medesima *lex specialis*, l'utilizzo del c.d. cumulo alla rinfusa non era assolutamente sanzionato con l'esclusione dalla procedura di gara, essendo, al contrario, indubbiamente ammesso.

6. - In conclusione, dalle argomentazioni espresse in precedenza discende la reiezione del ricorso.

6.1. - Essendo stata riscontrata la legittimità dei provvedimenti censurati con l'atto introduttivo, non può trovare accoglimento la domanda risarcitoria in forma specifica azionata dalla società ricorrente.

7. - In considerazione della complessità e peculiarità della controversia sussistono giuste ragioni di equità per compensare le spese di lite.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione terza, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 19 aprile 2023 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppina Adamo, Presidente

Carlo Dibello, Consigliere

Francesco Cocomile, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Francesco Cocomile

IL PRESIDENTE
Giuseppina Adamo

IL SEGRETARIO