

N. 04325/2023 REG.PROV.COLL.  
N. 01394/2023 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 della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1394 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da Consorzio Stabile Policost Scarl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Lorenzo Lentini ed Italo Rocco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia.

***contro***

Comune di Portici, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Irene Coppola e Rosanna Russo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Ministero dell'Interno, Ministero dell'economia e delle Finanze e Ministero Affari Regionali e delle Autonomie, in persona dei Ministeri pro tempore, rappresentati e difesi *ex lege* dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico in Napoli, via Diaz, n. 11; CUC Comune di Portici e San Giorgio A Cremano, non costituita in giudizio.

***nei confronti***

Società Geniale S.r.l. in persona del legale rappresentante pro tempore Sig. Bianca Giuseppe, rappresentata e difesa dall'avvocato Enzo Napolano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Rione Sirignano, n. 6.

***per l'annullamento:***

a – del provvedimento di esclusione del Consorzio ricorrente dalla gara di appalto per l'affidamento congiunto della progettazione esecutiva e dei lavori di ristrutturazione dello Stadio San Ciro Via Farina comunicato con nota pec del 16.2.2023;

b – del verbale di gara n. 1 del 9.2.2023, con il quale si è proposta la esclusione del Consorzio ricorrente;

c – di tutti gli atti presupposti, collegati, connessi e consequenziali.

nonché per la declaratoria di nullità delle previsioni del Disciplinare di Gara che limitano il cumulo alla rinfusa per i Consorzi Stabili solo alle attrezzature ed all'organico medio

nonché per l'accertamento

del diritto del Consorzio ricorrente - in sede di giurisdizione esclusiva - ai sensi dell'art. 133 lett. e) n. 1) c.p.a. a partecipare alla gara ed alla aggiudicazione dei lavori, anche previa declaratoria di inefficacia del contratto, medio tempore, stipulato.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Consorzio Stabile Policost Scarl il 28/3/2023:

d – della Determina Dirigenziale della CUC dei Comuni di Portici e San Giorgio a Cremano n. 373 del 16.03.2023, comunicata in data 22.03.2023, di aggiudicazione della gara per l'affidamento congiunto della progettazione esecutiva e dei lavori di ristrutturazione dello Stadio San Ciro Via Farina in favore della Geniale S.r.l.;

e – della nota della CUC dei Comuni di Portici e San Giorgio a Cremano del 22.03.2023 di trasmissione della Determina sub d);

f – della Determina Dirigenziale del Comuni di Portici n. 397 del 23.03.2023, comunicata in data 23.03.2023, di aggiudicazione della gara per l'affidamento congiunto della progettazione esecutiva e dei lavori di ristrutturazione dello Stadio San Ciro Via Farina in favore della Geniale S.r.l.;

g – della nota del Comune di Portici prot. n. 21581 del 23.03.2023 di trasmissione della Determina sub f);

h – dei verbali di gara n. 2 del 22.02.2023, n. 3 del 28.02.2023, n. 4 dell'08.03.2023 e n. 5 del 10.03.2023;

i – ove e per quanto occorra, della Determinazione del Comune di Portici n. 2438 del 27.12.2022, con la quale è stato delegato alla CUC il procedimento per l'affidamento della progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di ristrutturazione dello Stadio San Ciro Via Farina;

l – ove e per quanto occorra, della Determinazione del Responsabile della CUC n. 49 del 10.01.2023, di indizione della gara controversa;

m – ove e per quanto occorra della Determinazione Dirigenziale del Comune di Portici n. 223/2023 di nomina della Commissione di Gara

n – di tutti gli atti presupposti, collegati, connessi e consequenziali.

nonché per la declaratoria

di nullità, previa concessione di idonee misure cautelari, ai sensi degli artt. 31 c.p.a. e 83.8 D.Lgs. 50/2016, delle previsioni del Disciplinare di Gara che limitano il cumulo alla rinfusa per i Consorzi Stabili solo alle attrezzature ed all'organico medio nonché per l'accertamento

del diritto del Consorzio ricorrente - in sede di giurisdizione esclusiva - ai sensi dell'art. 133 lett. e) n. 1) c.p.a. a partecipare alla gara ed alla aggiudicazione dei lavori, anche previa declaratoria di inefficacia del contratto, medio tempore, stipulato.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Portici , del Ministero dell'Economia e delle Finanze, del Ministero dell'Interno, della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Ministero Affari Regionali e delle Autonomie e della Società Geniale S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 luglio 2023 il dott. Domenico De Falco e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

1. Con Determina n. 2438/2022, il Comune di Portici indiceva una procedura aperta, ai sensi dell'art. 60 D.lgs. 50/2016 per l'affidamento dell'appalto integrato avente ad oggetto "Intervento di ristrutturazione stadio comunale San Ciro Via Farina – Intervento di ristrutturazione e rifunzionalizzazione – Opere edili e impianti PNRR M5C2". Importo a base di gara 4.065.280,12, aggiudicazione con criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del migliore rapporto qualità-prezzo.

2. Il Disciplinare di gara indicava quali certificazioni necessarie ai fini della partecipazione alla procedura aperta:

- Lavori Edili OG1 IV – Class. IV - Prevalente;
- Impianti tecnologici OG11 – Class. III – Scorporabile;
- Opere in materiali plastici, vetrosi e metallici OS6 – Class. I – Scorporabile.

3. Il Consorzio Stabile Policost presentava domanda di partecipazione dichiarando di essere in possesso in proprio di tutti i requisiti di qualificazioni richiesti dal disciplinare di gara (OG1 IV). Inoltre, indicava la società ITA Impianti Tecnologici Avanzati s.r.l. quale consorziata esecutrice, in possesso della qualificazione (OG1 class. III bis) per la quota di lavori da eseguire. Infine, dichiarava di avvalersi del

subappalto per il 49,99% dei lavori della Categoria OG1 (prevalente) e per il 100% delle Categorie OG11 ed OS6 (scorporabili).

4. Con Verbale n. 1 del 9.2.2023, la Commissione di Gara disponeva l'esclusione dalla gara del Consorzio Stabile, ritenendo che *“Codesto consorzio stabile, avendo indicato quale consorziata esecutrice un o.e. non in possesso in proprio dei requisiti di partecipazione previsti dalla lex specialis è escluso dalla procedura di gara sopra specificata”*.

5. Il 16.2.2023, il Comune disponeva la definitiva esclusione ribadendo la suddetta motivazione.

6. Avverso tale provvedimento, il Consorzio Stabile Policost SCARL proponeva ricorso con istanza cautelare notificato in data 8 marzo 2023 e depositato il successivo 20 marzo, eccependo l'illegittimità del provvedimento di esclusione nella parte in cui la Stazione Appaltante deduceva che la Società ITA s.r.l. indicata dal Consorzio non sarebbe stata in possesso, in proprio, dei requisiti di qualificazioni richiesti dagli atti di gara.

La Camera di Consiglio veniva fissata per il 29 marzo 2023.

7. Si è costituito in giudizio il Comune di Portici, che, con memoria del 23 marzo 2023, eccepiva, in via preliminare l'inammissibilità del ricorso rispetto alla Declaratoria di nullità del Disciplinare di gara, in quanto non impugnato nei termini di legge, nonché la sua infondatezza, in quanto, la ricorrente avrebbe indicato quale consorziata esecutrice un operatore economico non in possesso dei requisiti prescritti dal disciplinare di gara e, nello specifico, in violazione della sezione VI, requisiti generali di idoneità professionale, capacità economica – finanziaria e tecnico – professionale punto VI.3 del bando di gara, sposando l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale il cumulo alla rinfusa fosse praticabile solo per attrezzature, mezzi d'opera ed organico medio annuo.

8. Nelle more, la CUC dei Comuni di Portici e di San Giorgio a Cremano, con Determina n.373/2023, e il Comune di Portici, con Determina n. 397/2023,

procedevano con l'approvazione degli esiti di gara ed alla aggiudicazione della procedura aperta in favore della Società Geniale s.r.l.

9. Rispetto a tale provvedimento di aggiudicazione veniva proposto ricorso per motivi aggiunti dal Cosorzio Stabile Policast SCARL, con il quale veniva dedotta la nullità in via derivata, per i vizi già denunciati, degli atti con cui è stata dichiarata l'efficacia dell'aggiudicazione.

La camera di Consiglio veniva rinviata alla data del 19 aprile 2023.

10. In vista della camera di consiglio del 19 aprile 2023, per la discussione sull'istanza cautelare, le parti hanno presentato memorie.

11. All'udienza pubblica del 5 luglio 2023 la causa veniva trattenuta in decisione.

## DIRITTO

I. Deve preliminarmente dichiararsi la legittimazione passiva delle Amministrazioni statali evocate nel presente giudizio, atteso che, anche in assenza di atti direttamente ad esse riferibili, il contraddittorio giurisdizionale è espressamente previsto dall'art. 12 bis, co. 4, del d.l. n. 68/2022 convertito con modificazioni dalla L. 5 agosto 2022, n. 108 (in S.O. n. 29, relativo alla G.U. 5/08/2022, n. 182).

II. Sempre in via preliminare deve respingersi l'eccezione di tardività del ricorso proposta dal Comune di Portici secondo cui la gravata esclusione sarebbe conseguenza diretta delle previsioni del disciplinare che il ricorrente consorzio avrebbe avuto l'onere di impugnare in via immediata.

In contrario, osserva il Collegio che, come già rilevato in sede cautelare, la *lex specialis* di gara si limitava a richiamare le previsioni di cui all'art. 47 del codice dei contratti, con la conseguenza che nessun onere di preventiva impugnazione incombeva sulla parte ricorrente, dovendosi semmai stabilire la corretta interpretazione delle previsioni codicistiche con riguardo al possesso dei requisiti nei consorzi stabili, su cui ampiamente *infra*.

III. Ciò premesso, il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti vanno trattati congiuntamente e devono essere accolti.

I motivi cui il ricorso è affidato sono due:

-L'erronea deduzione della Stazione Appaltante, circa l'assenza in proprio dei requisiti di qualificazione richiesti dal bando di gara da parte della Società ATI s.r.l., indicata dal Consorzio ricorrente quale esecutrice dei lavori.

- L'ammissibilità del "cumulo alla rinfusa" per i consorzi stabili.

Sul discusso tema dell'ammissibilità del cd "cumulo alla rinfusa", per i consorzi stabili, fattispecie dirimenti ai fini della decisione del presente giudizio, con le recenti sentenze 19 aprile 2023, n. 2390, 12 maggio 2023, n. 2897, 22 maggio 2023 e del 27 giugno 2023 n. 3863 - che si richiamano in questa sede anche alla stregua di precedente conforme - questa Sezione ha esaminato gli opposti orientamenti giurisprudenziali maturati, esprimendosi infine a favore dell'ammissibilità del "cumulo alla rinfusa", sulla base di considerazioni che il Collegio fa proprie anche nel presente giudizio e che di seguito si sintetizzano.

Giova ripercorrere l'evoluzione normativa e giurisprudenziale sulla questione del 'cumulo alla rinfusa'.

III.1.- L'art. 35 d.lgs. n. 163/2006 prevedeva che *"i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all'articolo 34, comma 1, lettere b) e c), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi, secondo quanto previsto dal regolamento, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate"*.

L'art. 36, comma 7, d.lgs. n. 163/2006 affermava 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. Per la qualificazione della classifica d'importo illimitato, è in ogni caso necessario che almeno una tra le imprese consorziate già possieda tale qualificazione ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno una con qualificazione per la classifica VII e almeno due con classifica V o superiore, ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno tre con qualificazione per classifica VI. Per la qualificazione per prestazioni di progettazione e costruzione, nonché per la fruizione dei meccanismi premiali di cui all'articolo 40, comma 7, è in ogni caso sufficiente che i corrispondenti requisiti siano posseduti da almeno una delle imprese consorziate. Qualora la somma delle classifiche delle imprese consorziate non coincida con una delle classifiche di cui al regolamento, la qualificazione è acquisita nella classifica immediatamente inferiore o in quella immediatamente superiore alla somma delle classifiche possedute dalle imprese consorziate, a seconda che tale somma si collochi rispettivamente al di sotto, ovvero al di sopra o alla pari della metà dell'intervallo tra le due classifiche”.*

Nel periodo di vigenza del “d. lgs. 163/2006 non si era 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.

L’Adunanza Plenaria n. 8 del 2012 ha chiarito, infatti, che: “*il possesso dei requisiti generali e morali ex art. 38 codice appalti deve essere verificato non solo in capo al consorzio ma anche alle consorziate, dovendosi ritenere cumulabili in capo al consorzio i soli requisiti di idoneità tecnica e finanziaria ai sensi dell’art. 35 codice appalti”.*

III.2.- In seguito, l’art. 47, comma 1, d. lgs n. 50/2016, il codice dei contratti pubblici, ha statuito che “*i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l’ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all’articolo 45, comma 2, lettere b) e c), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi con le modalità previste dal presente codice, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d’opera, nonché all’organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate”.*

Il successivo comma 2, d.lgs. n. 50/2016, nella sua originaria formulazione, prevedeva che: *“per i primi cinque anni dalla costituzione, ai fini della partecipazione dei consorzi di cui all’art. 45, comma 2, lettera c), alle gare, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi previsti dalla normativa vigente posseduti dalle singole imprese consorziate esecutrici, vengono sommati in capo al consorzio”*.

L’art. 31 del decreto correttivo del codice (d.lgs. n. 56/2017) ha modificato il menzionato comma 2, stabilendo che: *“i consorzi di cui agli articoli 45, comma 2, lettera c), e 46, comma 1, lettera f), al fine della qualificazione, possono utilizzare sia i requisiti di qualificazione maturati in proprio, sia quelli posseduti dalle singole imprese consorziate designate per l’esecuzione delle prestazioni, sia, mediante avvalimento, quelli delle singole imprese consorziate non designate per l’esecuzione del contratto. Con le linee guida dell’ANAC di cui all’articolo 84, comma 2, sono stabiliti, ai fini della qualificazione, i criteri per l’imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni”*.

Per poter spendere i requisiti dei consorziati indicati per l’esecuzione era, quindi, sufficiente la semplice designazione in fase di gara; per poter usufruire di quelli dei consorziati non designati occorreva, invece, ricorrere all’istituto dell’avvalimento.

In seguito, il d.l. n. 32 del 2019 (c.d. Sblocca cantieri) ha sostituito il comma 2 ed ha aggiunto il comma 2-bis all’interno dell’art. 47, in virtù dei quali:

– *“I consorzi stabili di cui agli articoli 45, comma 2 e 46, comma 1, lettera f), eseguono le prestazioni o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante. Per i lavori, ai fini della qualificazione di cui all’articolo 84, con il regolamento di cui all’articolo 216, comma 27-octies, sono stabiliti i criteri per l’imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni. L’affidamento delle prestazioni da parte dei soggetti di cui all’articolo 45, comma 2, lettera b), ai propri consorziati non costituisce subappalto”* (art. 47 comma 2);

– *“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. In caso di scioglimento del consorzio stabile per servizi e forniture, ai consorziati sono attribuiti pro quota i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi maturati a favore del consorzio e non assegnati in esecuzione ai consorziati. Le quote di assegnazione sono proporzionali all’apporto reso dai singoli consorziati nell’esecuzione delle prestazioni nel quinquennio antecedente”* (art. 47 comma 2-bis).

L’intervento legislativo del 2019 è stato, poi, invocato a sostegno di una ricostruzione contraria alla generalizzata ammissibilità del cumulo alla rinfusa.

L’Adunanza Plenaria n. 5 del 2021, interrogatasi sulla perdita dei requisiti di un’impresa consorziata non designata ai fini dell’esecuzione dei lavori (quindi su una questione del tutto diversa), ha incidentalmente affermato che il d.l. n. 32 del 2019 ha ripristinato l’originaria e limitata perimetrazione del cumulo alla rinfusa ai soli aspetti relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d’opera, nonché all’organico medio annuo.

III.3.- Da qui l’emersione di un contrasto giurisprudenziale in ordine ai limiti entro i quali è legittimo il cumulo alla rinfusa.

III.3.1.- Secondo un primo orientamento, qualora il consorzio individui una consorziata come esecutrice, quest’ultima dovrà essere autonomamente in possesso del requisito di qualificazione, così come, in caso di esecuzione in proprio ad opera del consorzio, quest’ultimo dovrà possedere autonomamente il requisito; l’utilizzo della “maggiore” qualificazione del consorzio stabile non potrebbe, cioè, legittimare l’esecuzione di prestazioni da parte di piccole e medie imprese del tutto prive della qualificazione (Tar Lazio, sez. III, 3 marzo 2022, n. 2571; Cons. Stato, 22 agosto 2022, n. 7360, le cui argomentazioni sono state riprese dalla recente giurisprudenza, tra cui: Tar Ancona, Sez. I, 25 febbraio 2023, n. 119; Tar Milano, Sez. I, nn. 397, 597 e 744 del 2023; Tar Napoli, sez. III, 22 febbraio 2023, n. 1152).

In primo luogo, sul piano letterale, l'art. 47, comma 1, d.lgs. 50/2016 consentirebbe il cumulo solo con riferimento a determinati requisiti, vale a dire attrezzature, mezzi e organico medio anno; al di fuori di questi limiti, dovrebbe applicarsi la regola generale che impone a ciascun concorrente la dimostrazione del possesso dei requisiti e delle capacità di qualificazione in relazione alla prestazione da svolgere (artt. 83 e 84 d.lgs. n. 50/2016). Dalla lettera della legge sarebbe, pertanto, lecito distillare una direttiva interpretativa che limita il cumulo alla rinfusa, stante l'attitudine derogatoria e, come tale, eccezionale della prefigurata facoltà di dimostrazione "cumulativa" dei requisiti di partecipazione.

In secondo luogo, la tesi in esame valorizza il nuovo contesto normativo, dal quale risulta espunta la previsione di cui al previgente art. 36, comma 7, d.lgs. n. 163/2006, che aveva legittimato un intendimento comprensivo, lato e generalizzato del cumulo alla rinfusa. La soppressione della disposizione richiamata – oltre al tenore letterale dell'art. 47 d.lgs. n. 50/2016 – condurrebbe, dunque, a superare l'orientamento ampliativo ed a restringere la praticabilità del cumulo ai soli aspetti relativi alla disponibilità delle attrezzature, dei mezzi d'opera e dell'organico medio annuo.

Nella prospettiva in esame, siffatta interpretazione restrittiva sarebbe confermata dal comma 2 dell'art. 47 d.lgs. n. 50/2016, come riformulato dal d.l. n. 32/2019. L'attuale versione di quest'ultima disposizione, infatti, non menziona più la facoltà del consorzio di ricorrere all'avvalimento, allo scopo di utilizzare i requisiti di qualificazione delle consorziate non designate come esecutrici e si limita a prevedere l'alternativa facoltà di eseguire il contratto "con la propria struttura" ovvero "tramite i consorziati" all'uopo "indicati in sede di gara".

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

In definitiva, secondo questa ricostruzione, qualora il consorzio designi per l'esecuzione del contratto una o più delle imprese consorziate è necessario che queste ultime possiedano e comprovino (con la ribadita salvezza dei limitati e specifici casi di qualificazione cumulativa) i requisiti, tecnici e professionali, di partecipazione. Fermo restando che l'impresa consorziata non qualificata potrebbe valorizzare i requisiti posseduti, in proprio, dal consorzio stabile ovvero dalle consorziate non esecutrici ricorrendo all'ordinario strumento dell'avvalimento ex art. 89 d. lgs 50/2016 (cfr. Tar Napoli, sez. III, 22 febbraio 2023, n. 1152).

III.3.2.- Pur consapevole del contrasto ermeneutico in materia, il Collegio ritiene preferibile l'orientamento che reputa ammissibile il cumulo alla rinfusa (Tar L'Aquila, Sez. I, 16 marzo 2023; Tar Palermo, sez. I, 2 marzo 2023, n. 657; Cons. Stato, Sez. V, n. 964 del 2 febbraio 2021; Cons. Stato, sez. V., 29 marzo 2021, n. 2588), in linea con i precedenti giurisprudenziali di questa Sezione (cfr., per tutte, Tar Napoli, sez. I, 25 febbraio 2022, n. 1320).

Sul versante normativo, dall'art. 47 d.lgs. n. 50/2016 non può desumersi che il singolo consorziato, indicato in gara come esecutore dell'appalto, debba essere a sua volta in possesso dei requisiti di partecipazione.

Rilevato che l'art. 47, comma 2, non chiarisce espressamente (il che dà ragione al contrasto esegetico) le modalità di qualificazione dei consorziati designati per l'esecuzione, nel caso in cui i consorzi stabili intendano eseguire le prestazioni tramite le imprese consorziate, l'interpretazione restrittiva sembra potersi fondare unicamente sul disposto di cui all'art. 47, comma 1, d.lgs. n. 50/2016.

Senonché, la disposizione da ultimo citata *“suona, nella sua formulazione letterale, identica a quella già trasfusa nel previgente art. 35 d.lgs. n. 163/2006”* (cfr. Cons. Stato, sez. V., 22 agosto 2022, n. 7360) e si è detto che all'epoca del precedente codice dei contratti pubblici era assolutamente pacifico il cumulo alla rinfusa.

L'art. 47, comma 1, d.lgs 50/2016 prescrive che i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all'art. 45, comma 2, lett. b) e c), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi con le modalità previste dal presente codice, sostanzialmente rinviando all'art. 83 del medesimo d. lgs 50/2016 che, per l'appunto, concerne i requisiti di idoneità professionale, economica e finanziaria.

L'art. 83, comma 2, a sua volta rinvia al regolamento di cui all'art. 216, comma 27-octies la disciplina dei requisiti e delle capacità che devono essere posseduti dal concorrente, anche in riferimento ai consorzi di cui all'articolo 45, lettere b) e c).

Ai sensi dell'art. 216, comma 27-octies, nelle more dell'adozione del regolamento (al momento inesistente) rimangono in vigore o restano efficaci le linee guida e i decreti adottati in attuazione della previgente disposizione di cui all'art. 36, comma 7, d.lgs 163/2006. Tra l'altro, l'art. 216, comma 14, prevede che “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”.

In attuazione del citato art. 36, comma 7, a sua volta l'art. 81 del d.P.R. n. 207/2010 stabilisce che “*i requisiti per la qualificazione dei consorzi stabili sono quelli previsti dall'articolo 36, comma 7, del codice*”. Ne consegue, una reviviscenza di quest'ultima disposizione, che non può dirsi espunta dall'ordinamento.

Allo stato attuale, non essendo stato adottato il Regolamento di cui all'art. 216, comma 27-octies, il sistema di qualificazione e la dimostrazione dei requisiti di capacità che devono essere posseduti dai consorzi stabili per concorrere alle gare pubbliche sono regolati dall'art. 36 del d.lgs. n. 163/2006 e dagli artt. 81 e 94 del d.P.R. n. 207/2010 (cfr. Tar Palermo, sez. I., 2 marzo 2023, n. 657). L'insieme di

queste disposizioni delinea il regime di qualificazione dei consorzi stabili secondo il criterio del “pieno” cumulo alla rinfusa, salvo eccezioni.

In definitiva, non è condivisibile l’affermazione secondo cui l’art. 47, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 – la cui formulazione letterale è sostanzialmente identica a quella già trasfusa nel previgente art. 35 d.lgs. n. 163/2006 – avrebbe ridotto l’ambito di operatività del cumulo alla rinfusa, circoscrivendolo ai soli mezzi ed all’organico medio annuo.

Del resto, sotto il profilo teleologico, l’interpretazione ampliativa appare conforme alla ratio pro-concorrenziale sottesa alla disciplina dei consorzi stabili, che consente la partecipazione alle gare pubbliche ad imprese singolarmente prive dei requisiti di qualificazione richiesti dal bando, le quali possono cumulare i requisiti di cui dispongono con quelli di altre imprese fino a soddisfare il livello di qualificazione richiesto (cfr. Tar Palermo, sez. I, n. 657 del 2/3/2023).

In chiave ermeneutica e retrospettiva, occorre inoltre sottolineare che il nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 36/2023 ammette il cumulo alla rinfusa all’art. 67, il cui comma 4 riproduce il contenuto dell’art. 47, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 – a conferma del fatto che quest’ultima disposizione non legittima una interpretazione limitativa del cumulo alla rinfusa – ed il cui comma 8 risulta sostanzialmente sovrapponibile al previgente art. 36, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006, a dimostrazione della *voluntas legis* di consentire ai “consorzi stabili di attestare, per i lavori, i requisiti di qualificazione attraverso l’attestazione SOA del consorzio, nella quale si sommano i requisiti posseduti dalle singole consorziate” (cfr. Relazione allegata allo schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell’art. 1 legge n. 78/2022).

Nello specifico, l’art. 67, comma 8, statuisce che “*ai fini del rilascio o del rinnovo dell’attestazione di qualificazione SOA, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria sono posseduti e comprovati dai consorzi sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate.*”

*La qualificazione è acquisita con riferimento a una determinata categoria di opere generali o specialistiche per la classifica corrispondente alla somma di quelle possedute dalle imprese consorziate. Per la qualificazione alla classifica di importo illimitato è in ogni caso necessario che almeno una tra le imprese consorziate già possieda tale qualificazione ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno una con qualificazione per classifica VII e almeno due con classifica V o superiore, ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno tre con qualificazione per classifica VI. Per la qualificazione per prestazioni di progettazione e costruzione, nonché per la fruizione dei meccanismi premiali di cui all'articolo 106, comma 8, è in ogni caso sufficiente che i corrispondenti requisiti siano posseduti da almeno una delle imprese consorziate. Qualora la somma delle classifiche delle imprese consorziate non coincida con una delle classifiche di cui all'allegato II.12, la qualificazione è acquisita nella classifica immediatamente inferiore o in quella immediatamente superiore alla somma delle classifiche possedute dalle imprese consorziate, a seconda che tale somma si collochi rispettivamente al di sotto, ovvero al di sopra o alla pari della metà dell'intervallo tra le due classifiche. Gli atti adottati dall'ANAC restano efficaci fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al comma 2”.*

La Relazione di accompagnamento al nuovo Codice del 2023 precisa, inoltre, 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 7 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*” (relazione illustrativa, p. 105).

III.4. D'altronde, l'art. 225, comma 13, del d.lgs. n. 36/2023 ha fornito un'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”.*

Il Collegio intende pertanto confermare il principio secondo cui, come affermato nella ricordata pronuncia della Sezione del 19/4/2023 n. 2390:

*<<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).*

*In definitiva:*

*a) i requisiti speciali di qualificazione SOA devono essere posseduti e dimostrati unicamente dal consorzio stabile, mediante la sola qualificazione e l'attestato SOA del consorzio medesimo (in ciò sostanziandosi la ratio e la finalità di tale figura soggettiva);*

*b) detti consorzi partecipano alla procedura di gara utilizzando requisiti di qualificazione “loro propri”, ossia la propria attestazione SOA;*

*c) alle consorziate designate per l'esecuzione dell'appalto spetta unicamente dimostrare il possesso dei requisiti di ordine generale, ciò al fine di impedire che possano giovare della copertura dell'ente collettivo, eludendo i controlli demandati alle stazioni appaltanti (Cons. St., A.P., 4 maggio 2012, n. 8; sez. V, 17 maggio 2012, n. 2582; sez. VI, 13 ottobre 2015, n. 4703; Tar Lazio 30 aprile 2018, n. 16 4723), fatte salve ovviamente le eccezioni di cui all'art. 48, commi 7-bis, 17, 18, 19, 19-bis e 19-ter (così Consiglio di Stato, Sez. V, 14 aprile 2020, n. 2387).*

*In effetti, il consorzio stabile rappresenta “un nuovo e peculiare soggetto giuridico, promanante da un contratto a dimensione associativa tra imprese, caratterizzato oggettivamente come struttura imprenditoriale e 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” (Cons. Stato, 24 gennaio 2023, n. 779).*

*D'altronde, l'Adunanza Plenaria n. 6 del 2019 ha affermato che il sistema dei requisiti di qualificazione non può che riferirsi ad ogni singola impresa, ancorché associata in un raggruppamento, altrimenti si finirebbe con il conferire una sorta di “soggettività” al raggruppamento, al di là di quella delle singole imprese partecipanti; “una sorta di interscambiabilità dei requisiti, quale quella ipotizzata, di partecipazione risulta più agevolmente ipotizzabile laddove si riconoscesse (ma così non è) una personalità giuridica propria al r.t.i.”.*

*Da tale angolo visuale, va rimarcato che i consorzi si distinguono dai raggruppamenti temporanei di impresa proprio in quanto forniti di autonoma soggettività giuridica, oltre che per la rilevanza esterna dell'organizzazione consortile>>.*

Conclusivamente, per le suesposte considerazioni, deve ritenersi che nel caso di specie non sussista il censurato difetto di qualificazione del Consorzio ricorrente, con la conseguenza che, in accoglimento del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti, l'esclusione e la successiva aggiudicazione devono essere annullate.

In considerazione del contrasto giurisprudenziale evidenziato, le spese del presente giudizio possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 5 luglio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Maurizio Santise, Consigliere

Domenico De Falco, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Domenico De Falco**

**IL PRESIDENTE**  
**Vincenzo Salamone**

**IL SEGRETARIO**