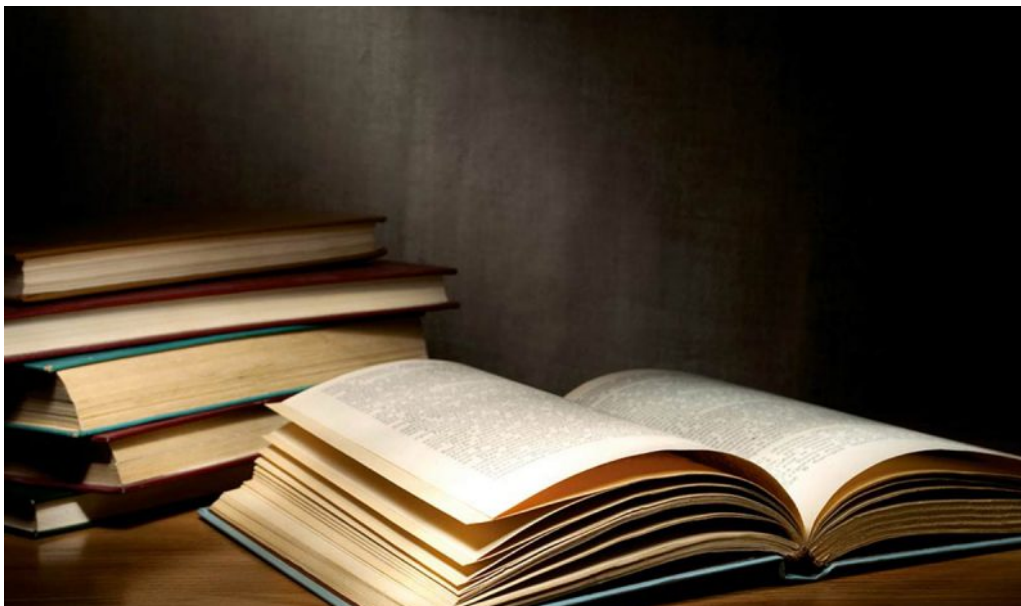


L'instabilità Della Disciplina Dei Consorzi Stabili: Cumulo Alla Rinfusa, Qualificazione Ed Esecuzione



BY DONATELLO PULIATTI



MARZO 21, 2023

SOMMARIO

Premessa

A. Prima della sentenza n. 7360 del 22 agosto 2022 del Consiglio di Stato

B. Cumulo alla rinfusa, requisiti di qualificazione ed esecuzione nel nuovo Codice dei Contratti

Premessa

La disciplina dei consorzi *stabili* non ha mai goduto di particolare.... *stabilità*, forse perché non è mai stata completamente accettata la possibilità (di natura *pro-concorrenziale*) che chi esegue materialmente l'opera pubblica non sia in possesso dei relativi requisiti di qualificazione/esecuzione.

Questa resistenza (che coinvolge, ancor prima e ancor più dei consorzi stabili, la stessa operatività dell'istituto dell'avvalimento) riaffiora periodicamente attraverso specifiche deroghe normative e/o (più o meno) travolgenti novità giurisprudenziali.

News

La sezione "News" tenta di cogliere l'esigenza di aggiornamento periodico degli utenti.

Vuole cioè testimoniare l'**attualità** del mondo dei contratti pubblici: un'attualità costituita non solo da novità giurisprudenziali e normative, ma anche da fatti, opinioni e da ogni altro elemento, anche atecnico o espresso in linguaggio atecnico, la cui conoscenza si ritiene possa essere utile per soddisfare il bisogno informativo.

Search...



Categorie

Seleziona una categoria

Ultimi Contenuti



MAGGIO 23, 2025

**Non è sempre possibile
calcolare la soglia di...**

Nel momento in cui si scrive, chi per qualsivoglia ragione si trova a dover esaminare, applicare, interpretare, ecc. la disciplina dei consorzi stabili, deve fare i conti almeno con la novella del D.L. 32/2019, con gli arresti giurisprudenziali del secondo semestre 2022 e con le disposizioni dell'incipiente nuovo Codice. In questo post si tenta pertanto di offrire qualche strumento di orientamento per affrontare tali questioni.

A. Prima della sentenza n. 7360 del 22 agosto 2022 del Consiglio di Stato

Prima della sentenza citata nel titolo del paragrafo gli operatori economici e le Pubbliche Amministrazioni confidavano su due assunti:

1. in virtù della regola generale del "**cumulo alla rinfusa**", il consorzio si qualificava per le gare sommando i requisiti posseduti in proprio con quelli posseduti dalle imprese consorziate (si v. l'art. 31, c. 1, I periodo, D.lgs. 50/2016, secondo cui " [...] 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 [...] ");
2. il consorzio, così qualificato, poteva designare per l'esecuzione dei lavori un'impresa consorzata anche non autonomamente in possesso dei requisiti di qualificazione/esecuzione.

L'assunto n. 2, forse (come già detto sopra) più "*difficile da digerire*", veniva però confortato dogmaticamente dalla ricostruzione offerta dall'**Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 5 del 18 marzo 2021** (v. **qui**), in cui si osserva quanto segue, a proposito del rapporto tra (da una parte) l'impresa esecutrice che non sia in possesso dei requisiti di qualificazione/esecuzione necessari e (dall'altra parte) l'impresa consorzata che fornisce al consorzio stabile, attraverso il meccanismo del cumulo alla rinfusa, i requisiti di qualificazione/esecuzione necessari.

"9.2. Si è dinanzi, in quest'ultimo caso, ad un **rapporto molto simile a quello dell'avvalimento** (non a caso espressamente denominato tale dalla vecchia versione dell'art. 47 comma 2, *ratione temporis applicabile*), anche se, per certi versi, meno intenso: da una parte, infatti, il consorziato presta i requisiti senza partecipare all'offerta, similmente all'impresa avvalsa (senza bisogno di dichiarazioni, soccorrendo la "comune struttura di impresa" e il disposto di legge), dall'altra, pur facendo ciò, rimane esente da responsabilità (diversamente dall'impresa avvalsa). 10. **Una forma di avvalimento attenuata dall'assenza di responsabilità dunque.**".

Va però subito detto che anche prima di CdS 7360/2022 (v. **qui**), questi assunti generali presentavano importanti deviazioni.

Il **primo fatto degno di nota** è rappresentato dall'inapplicabilità della regola del cumulo alla rinfusa ai lavori nel settore dei beni culturali (categoria OG2); valorizzando il disposto dell'art. 146 c. 2 D.lgs. 50/2016 (" [...] i lavori di cui al presente capo sono utilizzati, per la qualificazione, unicamente dall'operatore che li ha effettivamente eseguiti. Il loro utilizzo, quale requisito tecnico, non è condizionato da criteri di validità temporale [...] "), il Consiglio di Stato ha chiarito che l'impresa esecutrice dei lavori dovesse necessariamente essere in possesso dei requisiti di qualificazione/esecuzione (v. ad es. la recente sentenza n. 1615 del 7 marzo 2022).



LUGLIO 14, 2024

Indicazione specifica del ricorso al subappalto...



MAGGIO 6, 2024

"Appalti con Puliatti" n. 18 del 5 maggio 2024: costi del...

Non è mancato chi, sulla scorta di quanto avvenuto nei beni culturali e valorizzando il correlato art. 146 c. 3 D.lgs. 50/2016 (che vieta l'applicazione dell'istituto dell'avvalimento specificamente nei lavori di questo settore) ha profilato la tesi per cui il cumulo alla rinfusa potesse operare solo simmetricamente all'istituto dell'avvalimento, con la conseguenza che i limiti all'avvalimento (si pensi ad es. all'art. 89 c. 11 D.lgs. 50/2016) si applicherebbero ex se come limiti al cumulo alla rinfusa. Questa posizione non ha trovato riscontro giurisprudenziale, ma è significativa di un fermento argomentativo che approfondisce la contiguità strutturale del cumulo alla rinfusa con l'avvalimento e, soprattutto, può ben determinare oscillazioni giurisprudenziali e/o ripensamenti normativi.

Il secondo fatto di una certa rilevanza è rappresentato dall'art. 1, comma 20, lett. l), n. 1), del D.L. 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 giugno 2019, n. 55, che ha limitato il cumulo alla rinfusa ai soli aspetti relativi alla *"disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo"*, i quali sono *"computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate"*.

Come può immaginarsi facilmente, la novella del 2019 ha limitato in modo apprezzabile i margini di azione dei consorzi stabili e, tra l'altro, ha introdotto un fattore di complessità non irrilevante, perchè non sempre è facilmente discernibile sul piano concreto cosa debba intendersi per *"disponibilità"*, per *"attrezzature"* e per *"mezzi d'opera"*.

Ai fini ricostruttivi, tuttavia, va evidenziato che i due fattori appena esposti incidono sull'assunto n. 1, ma non sull'assunto n. 2, nel senso che, ai fini di una gara, se può operare il cumulo alla rinfusa, allora il consorzio può comunque designare un'impresa esecutrice non autonomamente in possesso dei requisiti. In altri termini, sotto questo profilo il possesso dei requisiti di qualificazione da parte del Consorzio conduce a ritenere sussistente il possesso dei relativi requisiti di esecuzione: se il Consorzio è qualificato per l'appalto, allora il Consorzio può eseguire l'appalto anche designando un'impresa esecutrice, indipendentemente dall'autonomo possesso dei requisiti di esecuzione da parte di quest'ultima.

La sentenza n. 7360 del 22 agosto 2022 del Consiglio di Stato

Per capire bene la portata di questa sentenza (i cui principi di diritto sono stati ripresi dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 11596 del 30 dicembre 2022: v. **qui**), è opportuno partire dal tenore testuale della sentenza stessa.

"In definitiva, alla luce dell'attuale quadro normativo, si deve concludere nei complessivi sensi per cui:

a) la possibilità di "qualificazione cumulativa", nell'ambito dei consorzi stabili, è limitata ai requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature e mezzi d'opera e all'organico medio annuo (cfr. art. 47, comma 1);

b) i consorzi stabili possono, per tal via, partecipare alle gare qualificandosi in proprio (art. 47, comma 2, prima ipotesi) e comprovando i propri requisiti di idoneità tecnica e finanziaria, potendo, a tal fine, cumulare attrezzature, mezzi d'opera e organico medio annuo di tutte le consorziate (con il limite, non codificato ma implicito, del divieto di cumulo in caso di autonoma partecipazione, alla medesima gara, dell'impresa consorziata, che autorizzerebbe – di là dalla paradossale vicenda del concorso competitivo con

cooperazione qualificatoria – una implausibile valorizzazione moltiplicativa dei medesimi requisiti: cfr., per la relativa vicenda, Corte di Giustizia UE, C-376/08, 23 dicembre 2009);

c) i consorzi stabili, anche quando partecipino e si qualificano in proprio, possono eseguire la prestazione (oltretutto con la propria struttura) per il tramite delle consorziate, ancorché non indicate come esecutrici in sede di gara (onde, in chiara – seppur circostanziata – prospettiva proconcorrenziale, il ricorso alla struttura consortile consente ad imprese non qualificate di partecipare, sia pure indirettamente, alle procedure di affidamento): si tratterebbe – nella ricostruzione di ad. plen. n. 5/2021, che argomenta dal confronto con la previgente formulazione dell'art. 47, comma 2, di “una forma di avalimento attenuata dall'assenza di responsabilità”: che, benché si tratti, va riconosciuto, di formula men tecnicamente rigorosa che sostanzialmente espressiva, sintetizza un condivisibile corollario di sistema);

d) in alternativa, il consorzio può, in sede evidenziale, designare, per l'esecuzione del contratto, una o più delle imprese consorziate (che, in tal caso, partecipano direttamente alla gara, concorrendo alla sostanziale formulazione dei tratti, anche soggettivi, dell'offerta ed assumendo, in via solidale, la responsabilità per l'esatta esecuzione, ancorché la formalizzazione del contratto sia rimessa al consorzio, che è parte formale: cfr., ancora, Cons. Stato, ad. plen., n. 5/2021 cit.);

e) in tal caso (che è quello in cui si assume la vicenda di specie) è necessario che le imprese designate possiedano e comprovino (con la ribadita salvezza dei, limitati e specifici, casi di qualificazione cumulativa) i requisiti, tecnici e professionali, di partecipazione“.

La sentenza è un vero e proprio terremoto nell'ambito dei consorzi stabili, perchè stravolge quello che, nel precedente paragrafo, è stato chiamato come “assunto n. 2” e cioè il fatto che **il consorzio poteva designare per l'esecuzione dei lavori un'impresa consorziata anche non in possesso autonomamente dei requisiti di qualificazione/esecuzione.**

Con questa sentenza, infatti, il Consiglio di Stato, oltre a richiamare i limiti del cumulo alla rinfusa (la fattispecie sottoposta all'attenzione dei Giudici di Palazzo Spada rientra *ratione temporis* nell'ambito di applicazione della novella di cui al D.L. 32/2019), chiarisce che la qualificazione non è requisito sufficiente a legittimare qualunque modulo organizzativo esecutivo dell'appalto.

La sentenza, cioè, sembra affermare che, se il Consorzio è qualificato (anche attraverso il comunque limitato meccanismo del “cumulo alla rinfusa”), allora ha tre vie:

a) eseguire l'appalto *in proprio* senza alcun tramite;

b) eseguire l'appalto *in proprio* tramite un'impresa esecutrice *anche* non in possesso dei requisiti, **ma senza designarla in sede di gara e senza che questa possa ritenersi solidalmente responsabile nei confronti della stazione appaltante**, che formalmente avrebbe come controparte esclusiva il solo consorzio stabile;

c) eseguire l'appalto **non in proprio**, ma tramite un'impresa esecutrice *designata in sede di gara*, la quale però deve essere in possesso dei requisiti e, in quanto designata in sede di gara, concorre alla formulazione dell'offerta ed assume in via solidale la responsabilità per l'esatta esecuzione nei confronti della stazione appaltante.

La terza via, cioè quella dell'esecuzione tramite un'impresa designata in sede di gara ed in possesso dei requisiti, viene meglio precisata da un successivo passo della sentenza, dove sostanzialmente si consente che il possesso dei requisiti possa ritenersi sussistente anche se l'impresa designata ricorresse ad un

avvalimento (stavolta **ordinario**, cioè stipulando un contratto e rispettando ogni altra prescrizione di cui all'art. 89 D.lgs. 50/2016) con un'altra impresa consorziata non esecutrice, ma in possesso dei requisiti. *“Ne discende, a guisa di corollario, che – fuori dei ridetti limiti, che sono oggi, come vale ribadire, i limiti “generali” della valorizzazione “cumulativa” dei requisiti nella partecipazione in forma consortile – debba applicarsi la regola generale che impone a ciascun concorrente la dimostrazione del possesso dei “requisiti” e delle “capacità” di qualificazione (artt. 83 e 84). Il che non vuol dire, beninteso, che l'impresa consorziata non qualificata non possa valorizzare i requisiti posseduti, in proprio, dal consorzio stabile ovvero dalle consorziate non esecutrici: ma solo che, in tal caso – lungi dal poter sfruttare il meccanismo del “cumulo automatico” – ha l'onere di ricorrere all'ordinario strumento dell'avvalimento (art. 89)“.*

B. Cumulo alla rinfusa, requisiti di qualificazione ed esecuzione nel nuovo Codice dei Contratti

Nello schema *definitivo* approvato dal Consiglio dei Ministri in esame preliminare il 16 dicembre 2022 (v. **qui**) la disciplina dei consorzi stabili è contenuta all'art. 67, che potrebbe ben essere modificato nella versione definitiva del Codice, anche perché nel parere della Commissione competente della Camera (v. **qui**) si chiede di intervenire sulla disciplina, anche riguardo la possibilità di introdurre una norma di interpretazione autentica che operi pro praeterito (cioè per le fattispecie rientranti nell'ambito di applicazione del D.lgs. 50/2016).

Fatte salve queste avvertenze, nell'art. 67 dello schema predetto:

- il cumulo alla rinfusa non presenta i limiti del D.L. 32/2019 e, pertanto, opera come nella formulazione originaria del D.lgs. 50/2016;
- si precisa, però, che l'impresa esecutrice debba essere in possesso dei requisiti di cui all'art. 100 c. 3 (dello stesso schema).

Sostanzialmente, quindi, se la versione dell'art. 67 non venisse modificata, non intervenisse alcuna norma di interpretazione autentica e venisse confermato l'orientamento della sentenza n. 7360/2022 del Consiglio di Stato, continuerà a valere quanto detto nel paragrafo precedente a proposito delle “tre vie” del consorzio stabile.

Vanno fatte, però, due importantissime precisazioni:

– non essendovi limiti al cumulo alla rinfusa, ritornerebbe ad essere ampia la possibilità di qualificazione del consorzio stabile, mentre rimarrebbero le strettoie nella fase esecutiva;

– poichè il comma 3 riguarda il solo requisito dell'“ [...] iscrizione nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato o presso i competenti ordini professionali per un'attività pertinente anche se non coincidente con l'oggetto dell'appalto [...] “, per i lavori, sostanzialmente, vengono meno i limiti riguardanti il possesso dell'attestazione di qualificazione anche per l'impresa designata quale esecutrice.

Share: [!\[\]\(08a82c22d89d6b027ff69762ad096586_img.jpg\)](#) [!\[\]\(cfab2d3ec366ca106873fde352e6317d_img.jpg\)](#) [!\[\]\(0fd11ed8629e3cfa824b68d5feb6e099_img.jpg\)](#) [!\[\]\(fb5def503354e8cf5e08eaacf3663bea_img.jpg\)](#)

« PREVIOUS POST



Il criterio del minor prezzo

Subappalti e subcontratti: differenze



NEWER POST »



P.Iva: 03139370831



Link Utili

News

Dirette streaming

Videocorsi

Codice Dei Contratti Pubblici

CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI
2006 (D.LGS. 163/2006)

CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI
2016 (D.LGS. 50/2016)

NUOVO CODICE DEI CONTRATTI
PUBBLICI 2023 (D.LGS. 36/2023)

Contatti

info@newscontrattipubblici.it
donatello.puliatti@outlook.it
Tel:0942 574675

