

Raggruppamenti di imprese e consorzi negli appalti, secondo l'ANAC

I temi più problematici della partecipazione alle gare di appalto dei raggruppamenti orizzontali e verticali e dei consorzi, nella guida dell'ANAC

Pubblicata dall'ANAC la guida alla partecipazione in forma associata alle procedure di appalto, e in particolare ai raggruppamenti temporanei orizzontali e verticali e ai consorzi stabili, alla luce delle massime di precontenzioso più recenti

Il precontenzioso ANAC sulla partecipazione associata alle gare

La raccolta dell'ANAC in materia di partecipazione associata alle procedure ad evidenza pubblica si concentra sulle questioni più frequentemente affrontate dalla medesima autorità con riferimento ai raggruppamenti temporanei di imprese e di professionisti ed i consorzi, stabili e ordinari.

Si tratta di figure espressamente previste tra gli operatori economici che possono partecipare alle gare d'appalto, e gli artt. 47 e 48 del Codice Appalti ne prevedono le regole puntuale in materia di costituzione, limiti e requisiti.

Pertanto la rassegna si concentra sulle problematiche nella partecipazione di ATI, RTI e Consorzi alle gare, e in particolare al rispetto al possesso dei requisiti di gara nel caso di partecipazione in forma associata. Nel caso dei consorzi stabili ci si sofferma sulla questione della loro qualificazione e sul criterio del cumulo dei requisiti.

Altro problema di ricorrente è quello delle modificazioni soggettive in corso di gara di raggruppamenti temporanei e consorzi: l'ANAC si concentra in particolare sulla questione della legittimità della sostituzione del componente del raggruppamento.

Infine, viene trattato l'istituto dell'avvalimento e il suo rapporto con la partecipazione alle gare dei raggruppamenti di imprese e consorzi, con particolare riferimento al problema dell'avvalimento "a cascata".

Di seguito il documento integrale dell'ANAC

Rassegna ragionata delle massime di precontenzioso in tema di partecipazione in forma associata alle procedure di affidamento anni 2017 – 2018

1. Introduzione ed evoluzione normativa

In ossequio ai principi costituzionali e comunitari, finalizzati a garantire la più ampia partecipazione alle procedure di gara, il Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50) consente l'accesso in forma associata alle procedure di affidamento. Tra gli operatori economici ammessi a partecipare alle procedure in forma associata, gli artt. 45 e 46 individuano, tra l'altro, i raggruppamenti temporanei di imprese e di professionisti ed i consorzi, stabili e ordinari. La disciplina di dettaglio riguardante la costituzione, il possesso dei requisiti, la responsabilità e i limiti dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari e stabili di operatori economici è contenuta nei successivi artt. 47 e 48 del medesimo decreto legislativo.

La finalità della partecipazione in forma associata alle procedure di affidamento è quella di permettere l'intervento di operatori economici che non avrebbero singolarmente i requisiti necessari alla partecipazione, garantendo al contempo la realizzazione dell'appalto nell'interesse della stazione appaltante.

La disciplina del vigente Codice si pone in sostanziale continuità con la precedente (d.lgs. 163/2006 abrogato dall'art. 217 del d.lgs. 50/2016).

In questa breve trattazione verranno passate in rassegna le decisioni sull'argomento (partecipazione in forma associata alle procedure di affidamento) contenute nei pareri di precontenzioso dell'Autorità Nazionale Anticorruzione adottati nel biennio 2017-2018.

2. I raggruppamenti temporanei e loro tipologie.

I raggruppamenti temporanei possono essere composti da imprese (RTI) o da professionisti (RTP) e possono essere orizzontali, verticali o misti.

Nel raggruppamento orizzontale, le imprese raggruppate sono tutte portatrici delle medesime competenze, mentre nel raggruppamento verticale, ognuna delle imprese raggruppate porta la propria competenza.

Pertanto, la distinzione tra raggruppamenti orizzontali e raggruppamenti verticali poggia sul contenuto delle competenze portate da ciascuna impresa raggruppata ai fini della qualificazione a una determinata gara.

In merito, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con decisione del 13 giugno 2012 n. 22, ha chiarito che "La distinzione tra a.t.i. orizzontali e a.t.i. verticali poggia sul contenuto delle competenze portate da ciascuna impresa raggruppata ai fini della qualificazione a una determinata gara: in linea generale, l'a.t.i. orizzontale è caratterizzata dal fatto che le imprese associate (o associate) sono portatrici delle medesime competenze per l'esecuzione delle prestazioni costituenti l'oggetto dell'appalto, mentre l'a.t.i. verticale è connotata dalla circostanza che l'impresa mandataria apporta competenze incentrate sulla prestazione prevalente, diverse da quelle delle mandanti, le quali possono avere competenze differenziate anche tra di loro, sicché nell'a.t.i. di tipo verticale un'impresa, ordinariamente capace per la prestazione prevalente, si associa ad altre imprese provviste della capacità per le prestazioni secondarie scorporabili". Pertanto è possibile dar vita a raggruppamenti di tipo verticale (o, più correttamente, ammetterli ad una gara) solo laddove la stazione appaltante abbia preventivamente individuato negli atti di gara, con chiarezza, la prestazione "prevalente" e quelle "scorporabili" ovvero quelle "principali" e quelle "secondarie".

E' precluso infatti al partecipante alla gara "procedere di sua iniziativa alla scomposizione del contenuto della prestazione, distinguendo fra prestazioni principali e secondarie ", onde ripartirle all'interno di un raggruppamento di tipo verticale (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 7.12.2017 n. 5772).

Tale divieto si giustifica in ragione della disciplina legale della responsabilità delle imprese riunite in associazione temporanea, ai sensi dell'art. 48, comma 5, del D.Lgs. n. 50 del 2016, posto che " per i raggruppamenti verticali, ... la responsabilità dei concorrenti che si fanno carico delle parti secondarie del servizio è circoscritta all'esecuzione delle prestazioni di rispettiva competenza, talché non pare possibile rimettere alla loro libera scelta l'individuazione delle prestazioni principali e di quelle secondarie (attraverso l'indicazione della parte del servizio di competenza di ciascuno) e la conseguente elusione della norma in materia di responsabilità solidale, in assenza di apposita previsione del bando di gara" (Cons. Stato, Sez. V, 7.12.2017 n. 5772).

2.1 Il raggruppamento di tipo orizzontale.

La configurazione di un raggruppamento di tipo orizzontale o verticale, con riferimento ad uno specifico procedimento di gara, presuppone che la lex specialis abbia indicato la prestazione principale e quella/e secondaria/e ai sensi dell'art. 48, comma 2 del Codice.

A tale proposito l'Autorità, con parere n. 284 del 22 marzo 2017, ha ritenuto conforme alla normativa vigente l'operato della stazione appaltante che ha ammesso a partecipare alla gara indetta per l'affidamento di un servizio unitario, seppur articolato in diversi segmenti attuativi, un RTI orizzontale che nell'offerta aveva espresso una specificazione prettamente quantitativa del riparto del servizio (84,459% alla capogruppo e 15,541% alla mandante).

Nel caso risolto dall'Autorità, il bando di gara non faceva distinzione tra la prestazione principale e quelle secondarie, lasciando così ai concorrenti la libertà di stabilire liberamente nell'offerta le quote di partecipazione al raggruppamento e di esecuzione ai sensi dell'art. 48, co. 4 del Codice.

In assenza dei presupposti per la configurazione di un raggruppamento di tipo verticale (correlati alla menzionata necessaria distinzione ad opera del bando delle prestazioni oggetto di affidamento), la configurazione – come orizzontale – del raggruppamento è coerente con la disciplina di gara in quanto risponde alla prescrizione di cui all'art. 48, comma 4, D.Lgs. n. 50 del 2016, laddove non indichi le attività che sarebbero state svolte separatamente da ciascuna delle imprese raggruppate, ma effettui una ripartizione solo percentuale del servizio oggetto di gara.

L'Autorità ha quindi ritenuto che "l'offerta [della concorrente] coerentemente con la disciplina di gara e con la norma di riferimento, presenta una specificazione prettamente quantitativa del ripartoe appare ideone a fornire alla stazione appaltante certezza in ordine alle modalità di esecuzione del servizio ed ai connessi profili di responsabilità contrattuale delle imprese associate, ciascuna delle quali si obbliga ad assumere pro quota l'intero spettro delle prestazioni riconducibili al servizio oggetto di gara (in tal senso vedasi Parere n. 121 del 6/6/2014; TAR Salerno, sentenza del 6 dicembre 2016 n. 2631)" (parere n. 284 del 22 marzo 2017).

La ripartizione solo percentuale del servizio oggetto di gara non elimina la responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante secondo cui tutte le imprese possono essere chiamate a rispondere dell'esecuzione dei singoli servizi, a prescindere dalla ripartizione interna al raggruppamento dei compiti (art. 48 co. 5 del Codice).

Tale conclusione è conforme a quanto statuito dalla più recente giurisprudenza secondo cui "solo previa specifica ed espressa individuazione – ad opera della lex specialis – delle prestazioni "principali" e di quelle "secondarie" appare ammissibile una ripartizione delle prestazioni oggetto dell'appalto non già pro quota (come avviene nel raggruppamento orizzontale), ma a seconda della diversa tipologia delle medesime (come avviene nel raggruppamento verticale). Di conseguenza, se le eventuali prestazioni "accessorie" non sono specificamente enucleate dalla Stazione appaltante, non sarà possibile da parte dei concorrenti costituire un raggruppamento verticale (T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, 9.8.2017, n. 1384 confermata da Cons. Stato, Sez. V, 7.12.2017 n. 5772; T.A.R. Lombardia Milano Sez. IV, 10.5.2018, n. 1239).

In un secondo caso (Parere n. 880 dell'1 agosto 2017), in tema di recupero di rifiuti, l'Autorità si è trovata a decidere sull'istanza di una componente di una rete di imprese intenzionata a partecipare in RTI orizzontale, la quale lamentava l'illegittimità della lex specialis di gara in quanto "la richiesta del disciplinare che pone solo a carico della mandataria il requisito della disponibilità dell'impianto per le operazioni di recupero dei rifiuti, a suo parere, osterebbe alla partecipazione in RTI orizzontale. Essendo prevista solo una prestazione principale, consistente appunto nel servizio di recupero con impianto autorizzato, l'istante ritiene che la suddivisione in via orizzontale della prestazione dovrebbe poter prevedere anche in capo alla man dante la dotazione di un impianto.....".

L'Autorità ha, invece, ritenuto che "la scelta discrezionale della Stazione appaltante di richiedere l'esecuzione del servizio presso un unico impianto autorizzato fosse supportata da motivazioni tecniche che non sono apparse illogiche o irragionevoli, in quanto sorrette da esigenze derivanti dalle condizioni dell'appalto cd. "generale".

2.2 Il raggruppamento di tipo verticale o misto.

Quanto invece alla configurazione di raggruppamenti di tipo verticale o misto, con parere n. 1237 del 6 dicembre 2017, l'Autorità ha chiarito che: "In merito ai limiti posti ai RTI di tipo verticale, sia la prevalente giurisprudenza sia l'Autorità, con considerazioni in merito all'art. 37, comma 2, d. lgs. 163/2006 (ma estendibili al corrispondente art. 48, comma 2 del vigente codice), hanno più volte affermato che, nel caso di forniture o servizi, il raggruppamento temporaneo di tipo verticale è ammesso solo a condizione che la stazione appaltante abbia preventivamente indicato quale prestazione possa essere considerata come "principale" o "secondaria" (Consiglio di Stato, sez. III, 9

maggio 2012, n. 2689; TAR Puglia, Bari, sez. I, 29 maggio 2013 n. 869; C.G.A., 8 febbraio 2016, n. 39; TAR Sicilia Palermo, sez. III, 22 dicembre 2016, n. 3 066; parere precontenzioso n.130 del 24 luglio 2013)”. Nel caso di specie, il bando identificava espressamente l’attività di gestione e smaltimento dei rifiuti come un’attività scorporabile dalla prestazione principale (servizio di pulizia), e quindi subappaltabile, per la quale richiedeva anche la necessaria iscrizione all’Albo dei Gestori Ambientali.

L’Autorità ha ritenuto che la previsione del bando in merito alla prestazione scorporabile “vale a consentire la partecipazione alla gara di RTI di tipo verticale o misto (come quello in esame) in cui la mandante, in possesso della necessaria autorizzazione, esegue il servizio scorporabile di gestione e smaltimento dei rifiuti e il servizio di pulizia è svolto dalla/e impresa/e (mandataria da sola o unitamente ad altre mandanti) dotata/e del requisito di iscrizione al registro di cui al DM 274/1997.

Ciò considerato che “la disposizionedel bando di gara che prevede che ciascuna impresa facente parte del RTI possiede l’iscrizione al registro di cui al DM 274/1997 è da interpretarsi, in un ottica sistematica, come rivolta alle sole imprese svolgenti il servizio di pulizia ”.

L’Autorità ha dunque ritenuto illegittima l’esclusione dalla gara per l’affidamento di un servizio di pulizia e gestione, raccolta e smaltimento di rifiuti dell’RTI misto (composto da mandataria e tre mandanti) motivata, l’esclusione, sulla base del fatto che una delle mandanti non fosse in possesso del requisito – richiesto dal bando di gara per tutte le imprese partecipanti al raggruppamento – dell’iscrizione al Registro delle imprese di pulizia di cui al DM 274/1997.

3. La qualificazione dei raggruppamenti.

3.1 La discrezionalità della stazione appaltante nella fissazione dei requisiti di partecipazione.

La disciplina dei raggruppamenti lascia ampio margine di discrezionalità alla stazione appaltante nella determinazione dei requisiti di capacità economica-finanziaria e tecnico-professionale, purchè tali prescrizioni soddisfino i requisiti di proporzionalità e ragionevolezza, preservando la più ampia partecipazione alle procedure di affidamento e non restringendo la platea dei potenziali concorrenti.

A rimarcare tale potere discrezionale della stazione appaltante, con parere n. 794 del 19 luglio 2017, l’Autorità ha chiarito che “costituisce principio generale e consolidato in materia quello secondo cui i bandi di gara possono prevedere requisiti di capacità particolarmente rigorosi, purché non siano discriminanti e abnormi rispetto alle regole proprie del settore, giacché rientra nella discrezionalità dell’amministrazione aggiudicatrice di fissare requisiti di partecipazione ad una singola gara anche molto rigorosi e superiori a quelli previsti dalla legge. Il che, in punto di adeguatezza, corrisponde a un corretto uso dei principi o di proporzionalità nell’azione amministrativa: le credenziali e le qualificazioni pregresse debbono infatti – ai fini dell’efficiente risultato del contratto e dunque dell’interesse alla buona amministrazione mediante una tale esternalizzazione – essere attentamente congrue rispetto all’oggetto del contratto.

Errerebbe l’amministrazione pubblica che, non facendosi carico di un tale criterio di corrispondenza, aprisse incautamente la via dell’aggiudicazione a chi non dimostrò inerenti particolari esperienze e capacità. Naturalmente, sempre in ragione del criterio dell’adeguatezza, stavolta congiunto a quello della necessarietà, tali particolari requisiti vanno parametrati all’oggetto complessivo del contratto di appalto ed essere riferiti alle sue specifiche peculiarità, al fine di valutarne la corrispondenza effettiva e concreta alla gara medesima, specie con riferimento a quei requisiti che esprimono la capacità tecnica dei concorrenti (cfr. da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 9 del 4 gennaio 2017);.....”.

Proprio in ragione del criterio dell’adeguatezza del requisito e del fatto che i particolari requisiti che esprimono la capacità tecnica vanno parametrati all’oggetto complessivo del contratto di appalto ed essere riferiti alle sue specifiche peculiarità, con parere n. 608 del 31 maggio 2017 l’Autorità ha ritenuto legittima la lex specialis di gara che chiedeva, in capo a tutti i componenti del RTI e non solo in capo al componente del raggruppamento deputato a svolgere la parte del servizio il possesso di idonea certificazione (nella specie Oracle di livello non inferiore a Gold) per la quale tale certificazione era necessaria “dal momento che la competenza tecnologica richiesta riguarda tutti i servizi oggetto dell’affidamento”.

L'Autorità ha ritenuto corrette le motivazioni fornite dalla stazione appaltante secondo cui soltanto il possesso della partnership Oracle di livello non inferiore a Gold avrebbe potuto garantire, grazie alla disponibilità di elementi qualificanti specifici, i massimi livelli di efficacia, qualità e tempestività.

Ha inoltre affermato che “La ragionevolezza dei requisiti non deve essere valutata in astratto, ma in correlazione al valore dell'appalto e alle specifiche peculiarità dell'oggetto di gara (cfr, per tutti, Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 4170/2015; Sez. V n. 1599/2006)” (parere n. 5 dell'11 gennaio 2017). In tale ultimo parere, l'Autorità ha altresì valutato legittima la scelta, perché proporzionata e non restrittiva della concorrenza, di inserire nel disciplinare di gara una clausola che, considerata la specialità del servizio di pulizia sanitaria oggetto del contratto, richiedeva il requisito non frazionabile dello svolgimento dei servizi di pulizia presso enti sanitari che avessero avuto almeno 900 posti letto in un unico presidio ospedaliero. Rilevava l'Autorità che “appare ragionevole e non sproporzionato richiedere che l'esperienza pregressa si sia svolta in strutture di pari dimensioni” e che “appare giustificata la richiesta che tale esperienza pregressa sia stata maturata da un operatore economico unico”.

In linea con quanto sopra esposto circa il potere discrezionale della stazione appaltante nella fissazione dei requisiti per la partecipazione, si rammenta la decisione del TAR Liguria, Sez. II, 28 febbraio 2017, n. 144 che afferma che: “il compito di definire i requisiti di idoneità che devono essere posseduti dai componenti del raggruppamento è rimesso alla discrezionalità della stazione appaltante”.

3.2 I requisiti generali.

3.2.1 Il DURC.

E' stato chiesto all'Autorità di fornire parere circa la legittimità dell'esclusione dalla gara di un RTI in cui il socio persona giuridica di una mandante era privo dei requisiti di regolarità contributiva .

L'Autorità ha statuito, in osservanza con la Circolare del Ministero del Lavoro n. 37/0001766 del 24 gennaio 2013 (e successivamente anche con interpello n. 2/2013), che “l'irregolarità dei versamenti contributivi nei confronti di soci delle società di capitali non ha effetto sul rilascio del DURC, poiché si tratta di persone giuridiche caratterizzate da autonomia patrimoniale perfetta e, quindi, dalla separazione completa tra il capitale sociale e il patrimonio personale dei soci”(parere n. 1345 del 20 dicembre 2017)

Per tale motivo, è stata ritenuta illegittima l'esclusione del concorrente tra i cui soci persona giuridica“ve ne sia uno privo dei requisiti di regolarità contributiva, giacché tale posizione debitoria non si riverbera sulla società di cui egli fa parte e il cui patrimonio è dotato di autonomia patrimoniale perfetta ”.

3.2.2 L'interdittiva antimafia.

L'Autorità è stata interpellata da una stazione appaltante circa le determinazioni da adottare relativamente al fatto che una società mandante di un RTI, composto da tre membri, era stata colpita da interdittiva prefettizia, e poi, sempre nel corso della medesima gara, revocata.

Nella specie, la mandataria del RTI, avuta notizia dell'interdittiva antimafia, comunicava alla mandante colpita da interdittiva di ritenere risolto il contratto di RTI costituendo e informava la stazione appaltante che la seconda mandante sarebbe subentrata nelle quote di attività indicate nella domanda di partecipazione in capo alla prima mandante.

La società mandante, una volta revocata l'interdittiva, chiedeva di essere riammessa alla gara.

L'Autorità ha ritenuto che “la Stazione appaltante non abbia la facoltà di disporre la riammissione di una società alla gara in qualità di mandante di un RTI poiché da quest'ultimo definitivamente estromessa nonostante l'intervenuta revoca della misura interdittiva antimafia ” (parere n. 831 del 27 luglio 2017).

Argomenta l'Autorità che “il contratto con cui viene costituito un RTI è un accordo negoziale di natura privatistica in base al quale più parti effettuano il conferimento di un mandato collettivo irrevocabile ad un soggetto terzo, prescelto come capogruppo, che dovrà agire in nome dei mandanti per effettuare un'offerta congiunta e che dunque la Stazione appaltante non potrebbe comunque imporre alla

mandataria del RTI di reintegrare la mandante legittimamente estromessa indipendentemente dal suo consenso.....la società non partecipa come concorrente singola ma in qualità di mandante di un RTI costituendo e che pertanto anche nel caso in cui fosse riammessa non potrebbe comunque partecipare alla gara stante l'ormai intervenuta risoluzione del contratto di RTI e la dichiarata mancanza di interesse da parte del RTI alla sua reintegrazione....”.

3.3 I requisiti speciali.

3.3.1 I requisiti soggettivi: la licenza prefettizia

In una gara per l'affidamento di servizi di vigilanza, è stata ritenuta illegittima, perché sproporzionata e lesiva del principio del favor participationis, la clausola della lex specialis che richiedeva, a ciascun componente del RTI, “il possesso di una licenza prefettizia con livello dimensionale pari a “4” idonea all'esercizio delle attività nell'ambito di tutte le province della Regione Lazio, indipendentemente dall'ambito territoriale della licenza stessa, il quale è a sua volta rapportato alle province in cui ciascun operatore economico associato svolgerà il servizio in caso di aggiudicazione” (parere n. 291 del 22 marzo 2017).

L'Autorità ha chiarito che la licenza prefettizia è un provvedimento di autorizzazione intuitu personae, riconducibile, ai fini della partecipazione alle procedure di aggiudicazione, nella categoria generale dei requisiti di idoneità professionale di cui all'art. 39 del d. lgs. 163/2006, oggi riversati nell'art. 83, comma 1, lettera a) del d. lgs. 50/2016. Pertanto, il possesso della licenza, non oggetto di avvalimento, è stato correttamente richiesto a ciascun componente del RTI “in quanto titolo autorizzatorio all'esercizio della professione”. Tuttavia l'aspetto dimensionale della licenza stessa sotto il profilo territoriale è stato ritenuto cumulabile tra i vari componenti del RTI. Pertanto “ferma restando la richiesta in capo al RTI nel suo complesso di un livello dimensionale pari a “4”, ma in caso di raggruppamento, richieda a ciascun operatore economico una licenza con livello dimensionale graduato rispetto al rispettivo ambito territoriale”(parere n. 291 del 22 marzo 2017). A seguito dell'annullamento in autotutela in esito al sopracitato parere e della riedizione della gara, l'Autorità veniva investita di ulteriori contestazioni in ordine alla nuova disciplina di gara. In merito ai requisiti di idoneità professionale, l'Autorità ha ritenuto legittima la previsione del disciplinare di gara chiarendo che «ciascun componente del raggruppamento e del consorzio dovrà essere in possesso della citata licenza per le province ove si svolgerà il servizio in caso di aggiudicazione e per un livello dimensionale graduato rispetto al rispettivo ambito territoriale, appare in linea con la graduazione del livello dimensionale in relazione all'ambito territoriale stabilita dal comma 3 dell'articolo 2 del d. m. n. 269/2010, come era stato evidenziato nella precedente pronuncia di cui alla delibera n. 291 del 22 marzo 2017 (parere n. 269 del 14 marzo 2018).

Infine, la ormai consolidata giurisprudenza ritiene che i cosiddetti requisiti di carattere “professionale” abbiano carattere personale, cioè “non sono attinenti all'impresa e ai mezzi di cui essa dispone e non sono intesi a garantire l'obiettiva qualità dell'adempimento; sono, invece, relativi alla mera e soggettiva idoneità professionale del concorrente — e quindi non dell'impresa ma dell'imprenditore — a partecipare alla gara d'appalto e a essere, quindi, contraente con la P.A. (Consiglio di Stato, sez. V, 5 novembre 2012, n. 5595)” (Consiglio di Stato, sez. V, 28.7.2015 n. 3698).

3.3.2 I requisiti soggettivi: Albo Nazionale Gestori Ambientali

In merito al possesso del requisito soggettivo di iscrizione all'Albo dei Gestori Ambientali, l'Autorità è stata investita di una richiesta di parere circa la legittimità di una previsione di gara – per l'affidamento di lavori sottosoglia di messa in sicurezza di emergenza di una ex discarica – che prevedeva che l'ausiliario, oltre che l'ausiliato, fosse in possesso del requisito soggettivo di iscrizione all'Albo Nazionale di Gestori Ambientali.

In tal caso, l'Autorità ha ritenuto la previsione di gara conforme alla normativa di settore nella misura in cui trattasi di un requisito tecnico-qualitativo di carattere soggettivo, previsto dalla legge quale titolo abilitante allo svolgimento delle attività oggetto dell'appalto (parere n. 575 del 13 giugno 2018).

E' stato altresì chiesto all'Autorità se “nell'ambito di un RTI, il cumulo delle classi di iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali possa legittimare l'assunzione di lavori, da parte di un componente del

raggruppamento, di importo superiore alla classe di iscrizione posseduta oppure debba sussistere una precisa corrispondenza fra la quota di lavori assunta e la classe di iscrizione all’Albo posseduta ”. Con il parere n. 865 del 2 ottobre 2018 l’Autorità ha ritenuto “legittima l’esclusione del concorrente in possesso di iscrizione a una categoria dell’Albo Nazionale Gestori Ambientali non adeguata alla percentuale di esecuzione di lavori assunta nella categoria prevalente ”. Secondo l’Autorità, ai fini dell’esecuzione, “occorre poter riferire l’iscrizione [all’Albo] posseduta alla percentuale dei lavori in OG12”. L’Autorità, in proposito, richiama una precedente decisione (delibera n. 498 del 10 maggio 2017-parere sulla normativa), secondo la quale “in ossequio alle caratteristiche e alle finalità dell’istituto del RTI, pur confermando la necessità che tutti i componenti del raggruppamento debbano essere in possesso dell’iscrizione all’Albo, quale requisito di natura soggettiva, in coerenza con il predetto istituto appare consentito alle imprese associate procedere al cumulo delle “classi” di iscrizione al fine di soddisfare i requisiti di esecuzione richiesi nel bando, in ragione dell’importo dei lavori che ciascuna di esse deve eseguire all’interno della categoria OG12 ”.

3.3.3 I requisiti soggettivi: iscrizione al Registro Regione Lombardia N.C.C.

Per l’affidamento di un servizio di trasporto scolastico, l’Autorità ha ritenuto illegittima l’ammissione ad una gara di un RTI in cui la mandante sia sprovvista dell’iscrizione al Registro della Regione Lombardia N.C.C., registro telematico che contiene l’elenco delle imprese esercenti l’attività di trasporto di viaggiatori mediante noleggio di autobus con conducente, con la specificazione del numero di autobus in dotazione (parere n. 1028 dell’11 ottobre 2017). Nel parere si chiarisce che “È un principio consolidato in materia di contrattualistica pubblica quello che impone ai concorrenti il possesso dei requisiti di partecipazione al momento della scadenza del termine della presentazione delle offerte e riconosce i requisiti come presupposti di natura sostanziale alla partecipazione della gara e sancisce che la carenza dei requisiti speciali di partecipazione indicati nel bando di gara si traduce necessariamente nell’esclusione dalla procedura”.

3.3.4 Requisiti tecnici e professionali: i servizi di punta

Quanto ai servizi di punta, l’Autorità ha ritenuto illegittima l’esclusione di un RTI laddove “l’impresa capogruppoabbia dichiarato il possesso per intero del requisito di capacità tecnica relativo al contratto di punta” richiesto dal bando di gara.

L’Autorità ha avuto modo di chiarire che è sufficiente che tale requisito – il c.d. “servizio di punta” – sia posseduto per intero da un solo componente del raggruppamento (parere n. 1103 del 25 ottobre 2017).

La giurisprudenza amministrativa ha avallato tale principio statuendo che “la non frazionabilità del servizio di punta non può essere interpretata nel senso che ciascun componente del raggruppamento debba possedere il requisito per intero. Tale conclusione si porrebbe in contrasto con la logica del raggruppamento stesso, diretta a garantire la massima partecipazione alla gara. È sufficiente, invece, che tale requisito sia posseduto per intero da un singolo componente del raggruppamento” (TAR Puglia, Bari, Sez.I, 24.1.2013, n. 81).

3.3.5 Requisiti tecnici e professionali di un RTP: servizi ultimati/espletati.

Con parere n. 1099 del 25 ottobre 2017, l’Autorità ha ritenuto illegittima l’aggiudicazione ad un RTP in cui la mandataria non aveva dimostrato il possesso del requisito di capacità tecnica e professionale (avvenuto svolgimento negli ultimi dieci anni di due servizi analoghi per un importo specifico non inferiore all’importo stimato a base di gara).

Nella fattispecie, la stazione appaltante aveva “preso in considerazione la parte di servizio che risulta completata ”; il servizio svolto in favore di una stazione appaltante era dunque ancora in esecuzione e non era ancora stato approvato.

Rammenta l’Autorità che “la stazione appaltante, al fine di accertare il possesso della capacità tecnica dell’operatore economico che partecipa alla gara, può valutare i servizi di progettazione « approvati » da un’altra stazione appaltante ovvero i servizi di progettazione « eseguiti » per conto di un committente privato. (Cons. Stato, sez. V, 22.05.2015 n. 2567)..... secondo la giurisprudenza, l’art. 267 del

DPR 207/2010, non più in vigore ma la cui disciplina parere n. 431 del 27 aprile 2017, l'Autorità ha ritenuto illegittima la clausola del disciplinare di gara per l'affidamento dei servizi di progettazione in base alla quale "il capofila mandatario deve possedere i requisiti di non è mutata con l'adozione delle linee guida: nel caso che la progettazione sia stata commissionata da un'amministrazione pubblica i servizi di cui all'art. 252 sono valutabili come titoli professionali qualificanti per la partecipazione a gare pubbliche anche se l'opera progettata non è stata eseguita ma è necessario che siano svolti ultimati e approvati con certificato apposito rilasciato dall'ente nella data antecedente la pubblicazione del bando".

Per completezza si rammenta che, tenuto conto dell'intervenuto cambiamento del quadro normativo di riferimento (d.lgs. 50/2016 non pone alcuna distinzione tra committenti pubblici e privati), nella nota illustrativa al bando tipo n. 3 (pag. 10) è stato chiarito che "Quanto ai requisiti di capacità tecnica e professionale, si chiarisce che per i servizi espletati negli ultimi dieci anni antecedenti la data di pubblicazione del bando, di cui all'elenco di servizi (7.3 lett. i) ed ai servizi di punta (7.3 lett. j), la stazione appaltante deve tenere in considerazione tutti i servizi ultimati nel decennio ovvero, se non totalmente ultimati, la parte di essi terminata nel medesimo periodo di riferimento". L'Autorità ha dunque eliminato, anche nel bando tipo n. 3, il riferimento ai servizi "ultimati", sostituito con "espletati" (punto 7.3 lett. i e j).

3.3.6 Requisiti di un RTP: la misura maggioritaria.

Circa il possesso dei requisiti da parte di raggruppamento temporaneo di professionisti (RTP), con parere n. 431 del 27 aprile 2017, l'Autorità ha ritenuto illegittima la clausola del disciplinare di gara per l'affidamento dei servizi di progettazione in base alla quale "il capofila mandatario deve possedere i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico organizzativa "nella percentuale almeno pari al 51% dei requisiti minimi per ogni classe e categoria di servizi oggetto della prestazione" . Ha affermato l'Autorità che tale clausola impediva la partecipazione alla gara dei raggruppamenti verticali, resa possibile dalla distinzione effettuata nella documentazione di gara tra attività principale e attività secondarie desumibile dalla classificazione effettuata e dai singoli importi indicati. Si rammenta infatti che, nel caso di raggruppamenti verticali, i requisiti tecnici devono essere posseduti da mandataria e mandanti in relazione alle attività di competenza (cfr pag. 11 della nota illustrativa al bando tipo n. 3).

In particolare si è chiarito che "giova richiamare l'indirizzo interpretativo espresso da questa Autorità, secondo cui il possesso dei requisiti in misura maggioritaria in capo alla mandataria si applica solo nel caso di raggruppamento di tipo orizzontale o misto (per la subassociazione orizzontale), mentre, nel caso di raggruppamento verticale puro è sufficiente che ogni concorrente possieda i requisiti per la parte della progettazione che intende eseguire (cfr. Parere Anac del 6 giugno 2016, n. 122; Id. Determinazione del 10 ottobre 2012, n. 49)" .

A tale proposito, si rammenta il seguente chiarimento al bando tipo n. 3: «Il possesso dei requisiti in misura maggioritaria da parte della mandataria di cui al punto 7.4 deve essere inteso come tale in relazione ai requisiti richiesti dalla lex specialis di gara, a prescindere dagli importi totali posseduti. L'operatore economico, in possesso dei requisiti per essere mandatario del RTP, che voglia partecipare al raggruppamento invece quale mandante, potrà spendere soltanto una parte dei requisiti posseduti, inferiori a quelli spesi dal concorrente che intende svolgere il ruolo di mandataria, in tal modo salvaguardando il principio del possesso dei requisiti in misura maggioritaria in capo a quest'ultima» .

3.3.7 I requisiti di esecuzione: patentino di conduzione di impianti termici.

Nello specifico caso risolto nel parere n. 526 del 17 maggio 2017, l'Anac ha ritenuto illegittima l'esclusione di un RTI, inizialmente aggiudicatario, per assenza in capo alla mandataria del patentino di abilitazione di 2° conduzione di impianti termici di potenzialità superiore a 200.000 Kcal/h in quanto detto patentino che abilita all'esercizio dell'attività "è un requisito che pertiene direttamente ai singoli lavoratori e non è uno "status" o una qualifica dell'impresa in quanto tale, al pari exempli gratia delle certificazioni di qualità o dell'iscrizione alla Camera di Commercio". Chiarisce l'Autorità che il suddetto patentino non è un requisito soggettivo di partecipazione, ma un requisito tecnico necessario ai fini dell'esecuzione dell'appalto, "laddove le imprese abbiano l'obbligo di indicare, ai sensi della lex

specialis, il personale minimo impiegato per l'appalto e le relative qualifiche/abilitazioni richieste (per legge)..... La Stazione Appaltante dovrà innanzitutto dichiarazione dell'ATI volta a garantire la presenza, al momento della consegna del servizio, nel proprio organico di lavoratori in possesso del patentino di abilitazione di secondo grado e successivamente accertare, ai fini della corretta esecuzione dell'appalto, che la conduzione degli impianti venga svolta effettivamente ed esclusivamente da tale personale”.

3.3.8 Il sopralluogo nei raggruppamenti costituendi.

L'Autorità ha ritenuto (parere n. 714 del 31 luglio 2018) legittima l'esclusione da una gara di lavori sottosoglia di un costituendo RTI in cui la mandataria aveva effettuato il sopralluogo obbligatorio esclusivamente in nome proprio e non anche in nome e per conto della mandante, in violazione di quanto chiaramente e puntualmente previsto nel disciplinare di gara quali oneri relativi al sopralluogo in caso di raggruppamento temporaneo non ancora costituito. “Tale impostazione è stata ribadita dall'Autorità con le deliberazioni n. 1228 del 22 novembre 2017 e n. 2 del 10 gennaio 2018 (recanti, rispettivamente, il Bando-tipo n. 1 per contratti di servizi e forniture sopra soglia e il Bando-tipo n. 2 per l'affidamento di servizi di pulizia), nelle quali si prevede che – in caso di RTI costituendo – il sopralluogo può essere effettuato da un rappresentante di uno dei soggetti raggruppati o da soggetto diverso, purché munito della delega di tutti detti operatori” (parere n. 714 del 31 luglio 2018).

4. I consorzi stabili e loro qualificazione.

L'istituto del consorzio stabile, quale forma di partecipazione alle procedure di affidamento, è stato introdotto dall'art. 10, co. 1, lett. c) della legge n. 109/1994, poi riprodotto nell'art. 36 del d.lgs. 163/2006 e oggi nell'art. 45, comma 2, lett. c) del d.lgs. 50/2016.

La costante giurisprudenza amministrativa delinea il consorzio stabile come soggetto giuridico autonomo, costituito in forma collettiva e con causa mutualistica, che opera in base a uno stabile rapporto organico con le imprese associate, in forza del quale può giovarsi, senza dover ricorrere all'avvalimento, degli stessi requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse, secondo il criterio del “cumulo alla rinfusa” (cfr. T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 20 luglio 2016, n. 1709) .

Detto criterio si sostanzia nel fatto che il Consorzio può scegliere di provare il possesso dei requisiti con requisiti propri oppure attraverso quelli delle sue consorziate – esecutrici e non esecutrici.

La qualificazione del Consorzio stabile tramite il criterio del cd. cumulo alla rinfusa ha comunque dato non pochi problemi interpretativi e di diritto intertemporale.

L'art. 36, comma 7, primo periodo del d.lgs. 163/2006 (Codice ora abrogato) secondo cui “ il consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate” ossia tutte (esecutrici e non) le imprese consorziate, non chiariva se tale criterio fosse applicabile solo alle gare di lavori o anche a quelle di servizi e forniture.

Tale dubbio interpretativo è stato superato dalle modifiche apportate al d.lgs 163/2006 dal decreto correttivo d.lgs. n. 113 del 2007, il quale ha introdotto, all'inizio del secondo periodo dello stesso comma 7 dell'art. 36, le parole “per i lavori”; così evidenziando l'estensione dell'ambito applicativo del primo periodo del medesimo comma a tutti gli appalti sia di lavori che di servizi e forniture. Successivamente entravano in vigore gli artt. 94 e 277 del dpr 207/2010.

L'art. 94, comma 2 del dpr 207/2010 (lavori), tuttora in vigore, stabilisce che “i consorzi stabili conseguono la qualificazione a seguito di verifica dell'effettiva sussistenza in capo alla singole [anche non esecutrici] consorziate dei corrispondenti requisiti”, l'art. 277 del dpr citato (servizi e forniture) – abrogato dal d.lgs. 50/2016 – stabiliva che “i requisiti economico finanziari e tecnico organizzativi posseduti dai singoli consorziati [anche non esecutori] relativi alla disponibilità delle attrezzature e mezzi d'opera nonché all'organico medio annuo sono sommati ; i restanti requisiti economico finanziari e tecnico organizzativi sono sommati con riferimento ai soli consorziati esecutori”.

Sul punto è intervenuta l'Autorità (parere n. 277 del 1° marzo 2017), la quale, richiamando la disciplina applicabile ratione temporis alla gara (art. 36, comma 7 del d.lgs. 163/2006 e art. 277 co. 3 del dpr

207/2010), ha ritenuto applicabile, anche agli appalti di servizi, il cd. cumulo alla rinfusa che consente la sommatoria in capo al consorzio stabile di tutti i requisiti di carattere speciale posseduti dalle singole imprese consorziate e non solo di quelle per le quali il consorzio dichiara di concorrere, fermo restando la facoltà per il consorzio di fare valere i requisiti di cui sia titolare in proprio.

Nella fattispecie oggetto di parere – in cui un consorzio stabile partecipava ad una gara di servizi quale mandante di un RTI misto senza indicare consorziate esecutrici (perché esecutore in proprio) ma avvalendosi della certificazione dei qualità di una delle consorziate per il dimezzamento della cauzione – l’Autorità ha ritenuto “illegittima la clausola del disciplinare se interpretata come impositiva ai consorzi stabili che non hanno indicato consorziate esecutrici di possedere in proprio la certificazione di qualità ai fini del beneficio d ella dimidiazione della cauzione”.

L’Autorità ha quindi chiarito che “Il consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate» (art. 36, comma 7 del d.lgs. 163/2006). Alla luce della novella apportata al comma 7 dal d.lgs. n. 113/2007 che ha introdotto la precisazione “Per i lavori” all’inizio del periodo successivo (così evidenziando l’estensione dell’ambito applicativo del primo periodo del comma a tutti gli appalti) e dei più recenti arresti giurisprudenziali, la disposizione è da ritenersi applicabile tanto agli appalti di lavori che a quelli di servizi e forniture.....

L’estensione del richiamato criterio (specifico per gli appalti di lavori) al settore dei servizi e delle forniture – dove, a causa di una normativa non del tutto lineare (art. 35 e art. 36, comma 7, d.lgs. n. 163/2006 e art. 277 d.P.R. n. 207/2010), la giurisprudenza amministrativa si è pronunciata in modo altalenante – è stata efficacemente affermata dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 2563 del 10 maggio 2013.

Con tale pronuncia, confermata dalla giurisprudenza successiva (Consiglio di Stato, 25 febbraio 2014 n. 895 e 19 novembre 2014 n. 5689), il supremo consesso di giustizia amministrativa, facendo leva su un approccio interpretativo di natura sistematica, ha evidenziato che «il modulo del consorzio stabile, quale delineato dagli artt. 34 e 36 d.lgs. n. 163 del 2006, concretizza un’impresa operativa che fa leva sulla causa mutualistica e realizza, nella sostanza, una particolare forma di avvalimento che poggia direttamente sul patto consortile e sulla causa mutualistica. Tali connotati del modulo organizzativo e gestionale in esame consentono al consorzio di avvalersi di qualsiasi contributo (in termini di requisito) de i consorziati, senza dover ricorrere allo strumento dell’avvalimento ex art. 49 d.lgs. n. 163/2006, fermo restando che, in alternativa, il consorzio può qualificarsi con requisiti posseduti in proprio e direttamente(omissis) “una lettura del comma 3 dell’art. 277 del d.P.R. n.

210/2007.....limitativa, in termini assoluti, dell’applicabilità del criterio del cumulo alla rinfusa, per i “restanti requisiti”, ai soli consorziati esecutori, non terrebbe adeguatamente conto della facoltà del consorzio stabile di eseguire direttamente le prestazioni e, imponendo al consorzio stabile che eserciti tale facoltà di possedere i requisiti in proprio, si tradurrebbe nella negazione della causa mutualistica del patto consortile”.

Detto parere è in linea anche con quanto affermato dalla più recente giurisprudenza secondo cui “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” (Cons. Stato, Sez. V, 16.1.2019, n. 403).

Entrato in vigore il d.lgs. 50/2016, ed in particolare l’art. 47 del d.lgs. 50/2016, nella sua formulazione originaria antecedente al decreto correttivo, di difficile interpretazione era la disciplina della qualificazione dei consorzi stabili nel periodo transitorio di cui agli artt. 83, co. 2 e 216 co. 14 del d.lgs. 50/2016 citato.

Si ponevano dubbi, infatti, circa l’ultravigenza, nel periodo transitorio, del d.lgs. 163/2006, oltre che per i lavori, anche per le gare di servizi e forniture, vista la formulazione dell’art. 83, co 2 e art. 2016 co. 14 del d.lgs. 50.

Si è affermato che “il regime dei consorzi stabili, con particolare riferimento al criterio del c.d. cumulo alla rinfusa, si palesa – nella fase di transizione dal previgente D.Lgs. n. 163 del 2006 all’attuale Codice dei contratti – piuttosto complessa, incerta e travagliata, accompagnata com’è da un non perspicuo e persino confuso regime transitorio che ha visto comprensibilmente elaborare difformi intendimenti della giurisprudenza di prime cure (significativo, come si dirà, il contrasto maturato tra la sentenza oggetto della odierna impugnazione e la difforme ricostruzione operata da T.A.R. Lazio, Sez. I quater, 25 gennaio 2017, n. 1324 e, per vario rispetto, da T.A.R. Campania – Napoli, sez. I, 28 giugno 2017, n. 3507)” (Cons. Stato Sez. V, 17.9.2018 n. 5427).

Nel tentativo di fare chiarezza, con Comunicato del Presidente dell’8 giugno 2016, l’ANAC pubblicava una FAQ sul periodo transitorio con cui affermava che “I requisiti per la partecipazione dei consorzi alle gare sono individuati, in linea generale, dall’art. 47 del Codice. Inoltre, l’art. 216, comma 14, prevede che fino all’adozione delle linee guida previste dall’art. 83, comma 2, del Codice (che attengono anche ai requisiti e alle capacità che devono essere posseduti dai consorzi) si applica la parte II, titolo III, del d.p.r. 207/2010. Tra queste disposizioni sono ricomprese anche quelle che disciplinano la qualificazione dei consorzi ed, in particolare, l’art. 81 che, attraverso un rinvio recettizio, dispone che la qualificazione dei consorzi stabili avviene secondo le disposizioni dell’art. 36, comma 7, del Codice”.

In tale quadro di incertezza, veniva posto all’Autorità il quesito – in relazione ad un bando pubblicato dopo l’entrata in vigore del d.lgs. 50/2016 ma prima del correttivo, per l’affidamento di un servizio di refezione scolastica – se l’ambigua formulazione degli artt. 47 comma 1 e 83 co 2 del d.lgs. 50/2016, che disponevano per la qualificazione dei consorzi stabili facendo rinvio “per i lavori” alle “linee guida dell’Anac” comportasse l’ultravigenza, nel periodo transitorio, del d.lgs. 163/2006 anche per le gare di servizi.

Con parere n. 33 del 10 gennaio 2018, l’ANAC sposava la linea interpretativa, seguita anche da una parte della giurisprudenza (cfr sentenza del TAR Lazio, 25 gennaio 2017 n. 13204 in una gara di servizi), secondo cui, “fino all’adozione delle linee guida previste dall’art. 83, comma 2, del d. lgs. 50/2017, per la partecipazione dei consorzi stabili alle gare pubbliche, si applicano le previgenti disposizioni contenute nell’art. 36 del d.lgs. n. 163/2006, in base al quale i consorzi si qualificano sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole consorziate, senza necessità di stipulare un contratto di avvalimento. Tale regola, chiarisce il TAR, vale sia per gli appalti di lavori che di servizi” (conforme T.A.R. Napoli n. 3507/2017).

Pertanto, l’ANAC ha ritenuto che, in una gara bandita prima della entrata in vigore del D.Lgs. n. 56 del 2017, il quadro normativo di riferimento fosse il regime transitorio operante per gli appalti di lavori. Detto parere (n. 33 del 10 gennaio 2018) chiariva inoltre che il Consorzio stabile istante, costituito da più di cinque anni, avrebbe comunque potuto qualificarsi avvalendosi anche dei requisiti posseduti dalle consorziate.

Ha sul punto affermato che “nel contrasto tra le disposizioni che ammettono il cumulo alla rinfusa incondizionatamente e a prescindere dalla data di costituzione del consorzio stabile (i citati art. 83, comma 2, art. 216, comma 14 d.lgs. 50/2016 e previgente art. 36, comma 7 del d.lgs. 163/2006) e quelle che viceversa ne ammettono l’applicazione solo ai consorzi neocostituiti (art. 47 co.2 dlgs. 50/2016 prima della novella del 2017) va preferita l’applicazione che salvaguardia la massima partecipazione delle imprese alle gare ed evidenza pubblica coerentemente tra l’altro, con la previsione contenuta nell’art. 83 comma 2 del dlgs. 50/2016 che, nel prescrivere che i requisiti e le capacità per le qualificazioni devono essere attinenti e proporzionali all’oggetto dell’appalto, richiama l’interesse pubblico “ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione”

Va tuttavia evidenziato che, successivamente alla adozione del predetto parere, si è formata una diversa interpretazione giurisprudenziale secondo cui “l’art. 47 del Codice deve ritenersi di immediata applicazione (beninteso, nella sua formulazione vigente ratione temporis acti) agli appalti di servizi, operando il regime intertemporale (di cui all’art. 216, comma 14, richiamato dall’art. 83, comma 2) esclusivamente con riferimento agli appalti di lavori” Ed inoltre: “il rinvio della piena operatività dell’art. 47 all’adozione delle linee guida riguarda i soli consorzi stabili di lavori, non quelli di servizi (o di

forniture)" (Cons. Stato, Sez. V, 17.9.2018 n. 5427 che conferma TAR Toscana – Firenze n. 1385/2017).

Nella fattispecie decisa dal Consiglio di Stato, la stazione appaltante aveva escluso dalla gara per l'affidamento di un servizio di guardiana un Consorzio stabile, costituito da oltre cinque anni, sul presupposto dell'assenza dei requisiti di capacità tecnica e professionale richiesti dalla lex specialis in quanto esso si era qualificato mediante i requisiti delle consorziate designate quali esecutrici del servizio (e, dunque, non in proprio ex art. 47, comma 1 del D.Lgs. n. 50 del 2016) .

Il Giudice amministrativo riteneva legittima l'esclusione in quanto riteneva che il Consorzio stabile fosse incorso nella preclusione sancita dall'art. 47 co. 2, che (nella formulazione antecedente alla sua riscrittura in bonam partem operata con il correttivo di cui al D.Lgs. n. 56 del 2017) limitava ai primi cinque anni di vita dell'ente la possibilità di cumulare in capo al Consorzio medesimo i requisiti delle consorziate esecutrici (scolpendo, con ciò, una disciplina più favorevole solo per i consorzi neo-costituiti e quindi inapplicabile al Consorzio).

Con ciò, riteneva di non poter fare applicazione dell'art. 47, co. 2, come sostituito dal D.Lgs. n. 56 del 2017 (che non prevede più siffatta limitazione temporale, operando una generalizzazione della richiamata regola di favore), perché entrato in vigore in epoca successiva alla pubblicazione del bando di gara.

Affermava il Giudice amministrativo che "l'art. 47 del Codice deve ritenersi di immediata applicazione (beninteso, nella sua formulazione vigente ratione temporis acti) agli appalti di servizi, operando il regime intertemporale (di cui all'art. 216, comma 14, richiamato dall'art. 83, comma 2) esclusivamente con riferimento agli appalti di lavori.....(omissis) la gara oggetto di controversia, avente ad oggetto l'affidamento di servizi, rimane assoggettata alla disciplina di cui all'art. 47, comma 1, che esclude l'operatività del cumulo alla rinfusa, imponendo ai consorzi stabili che intendano utilizzare i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese consorziate (con la sola salvezza di quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera e all'organico medio annuo) di indi carle espressamente quali esecutrici dei lavori;(omissis) la disciplina transitoria di cui agli artt. 83, comma 2 e 216, comma 14 del Codice – nella parte in cui rende interinalmente operative le disposizioni del previgente Regolamento – non è applicabile, in quanto riferita esclusivamente agli appalti aventi ad oggetto l'affidamento di lavori" (Cons. Stato, Sez. V, 17.9.2018 n. 5427).

Con parere n. 98 dell'8 febbraio 2017, l'Autorità, richiamata la propria FAQ sul periodo transitorio, ribadiva che, in una gara di servizi, "il calcolo dei requisiti [di un consorzio stabile] può avvenire, senza dover ricorrere all'avvalimento, in considerazione del cumulo dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse, secondo il criterio del cumulo alla rinfusa".

Con l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 56 del 2017, che ha modificato in senso permissivo l'art.47, del d.lgs. 50/2016, l'ANAC ha affermato che "La limitazione temporale [per i primi cinque anni dalla costituzione] di cui al citato art. 47 co. 2, il legislatore l'ha poi eliminata con decreto correttivo di cui al d.lgs. 56/2017 mostrando così di recepire il principio favorevole all'applicazione generalizzata del cumulo dei requisiti in capo ai consorzi stabili" (Parere 33 del 10 gennaio 2018).

Pertanto, come affermato dalla più recente giurisprudenza in una gara per l'affidamento di lavori "Non è in discussione la generale operatività del "cumulo alla rinfusa" per i consorzi stabili di cui all'art. 45, comma 2, lett. c), del D.Lgs. n. 50 del 2016, che, quindi, 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, come chiarito ormai dall'art. 47, comma 2, dello stesso codice dei contratti pubblici (così Cons. Stato, V, 27 agosto 2018, n.5057)" (Cons. Stato, Sez. V, 16.1.2019, n. 403).

Quanto ai requisiti economici e finanziari dei consorzi stabili, in particolare, l'Autorità ha chiarito che il requisito della cifra d'affari superiore a 20.000.000 di euro può essere comprovato dal consorzio mediante la somma della cifra d'affari posseduta da ciascuna impresa consorziata (parere n. 99 dell'8 febbraio 2017).

5. Le vicende modificate del raggruppamento.

Con il parere n. 244 del 2017, l'Autorità si è pronunciata in merito alla modifica soggettiva di un RTI, comunicata alla stazione appaltante dopo l'ammissione alla gara, determinata dalla cessione del ramo d'azienda della mandataria del RTI aggiudicatario ad una società terza cessionaria subentrante.

Nella specie, verificatasi nella vigenza dell'art. 48 del d.lgs. 50/2016 prima dell'entrata in vigore del correttivo, la stazione appaltante aveva comunicato di non poter autorizzare la modifica soggettiva alla luce dell'art. 48 del d.lgs. 50/2016 che vieta qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e della mancata riproposizione nel d.lgs. 50/2016 dei principi recati dal previgente art. 51 del d.lgs. 163/2006 che, in caso di vicende soggettive del concorrente in corso di gara, consentiva la stipula del contratto con il subentrante.

L'Autorità ha ritenuto che “è ammissibile il subentro di altro soggetto nella posizione di mandatario del RTI aggiudicatario a seguito di cessione di ramo d'azienda, sempre che la cessione sia comunicata alla stazione appaltante ed essa non sia finalizzata a eludere l'applicazione del codice . La S.A. dovrà verificare l'idoneità del cessionario, e quindi i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara, che devono permanere per l'intera durata del contratto. Dovrà inoltre verificare i requisiti di carattere generale delle cedenti, al fine di accertare che la cessione non sia diretta a eludere l'applicazione del codice”.

L'Autorità sul punto ha osservato che l'art. 48 del d.lgs. 50/2016 ricalca la disciplina prevista dall'art. 37 del d.lgs. 163/2006 riferita all'ipotesi di aggiunta o sostituzione di componenti dell'ATI “in ordine alla quale la giurisprudenza (Cons. Stato sez. V, 26 novembre 2016 n. 4918) ha comunque rammentato che il principio di immodificabilità soggettiva, lungi dall'essere il portato precettivo di un divieto assolutopersegue piuttosto lo scopo di consentire alla pa appaltante di verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara e, correlativamente di precludere modificazioni soggettive soprattutti ai controlli, in grado di impedire le suddette verifiche preliminari (cfr. Consiglio di Stato, 13 maggio 2009, n. 2964) ovvero che tale verifica venga vanificata (cfr., Consiglio di Stato, 2 agosto 2006, n. 5081, nonché Consiglio di Stato 23 luglio 2007, n. 4101)”. Ciò in linea anche con quanto affermato dalla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con decisione n. 8 del 4 maggio 2012. Con riferimento all'art. 51 del d.lgs. 163/2006 – che contemplava espressamente la possibilità di subentro del soggetto risultante da vicende societarie quali la cessione d'azienda o di un suo ramo, previo accertamento dei requisiti, e ammesso alla stipulazione (ovvero alla gara e all'aggiudicazione) – oggi abrogato e non riprodotto dal d.lgs. 50/2016, la giurisprudenza ha chiarito che “nel caso di modifiche soggettive, successive all'aggiudicazione ma precedenti la stipulazione, all'atto della stipulazione del contratto (o della convenzione nel caso della finanza di progetto) dovrà intervenire il cessionario e non il cedente, cui, poi, sarà consentito subentrare nella posizione del dante causa ove ne sia accertato il possesso dei requisiti ” (Cons. Stato, Sez. V, 11.6.2018, n. 3608).

La disposizione è stata altresì interpretata dalla giurisprudenza come una legittima esigenza di salvaguardare la libertà delle imprese, senza che possa essere loro di pregiudizio lo svolgimento delle gare alle quali abbiano partecipato (Consiglio di Stato, Sez. V, 6 marzo 2013, n. 1370), e tale previsione valeva tanto per le imprese singole quanto per quelle in associazione con altre (Consiglio di Stato, sez. V, 3 agosto 2015 n. 3819).

La più recente giurisprudenza, riferita all'art. 48 del d.lgs. 50/2016, ha fornito un'interpretazione più rigorosa del principio di immutabilità soggettiva dei raggruppamenti temporanei rispetto alle aperture manifestatesi nel vigore dell'art. 51 del d.lgs. 163/2006 ed ha ritenuto che “né rileva la cessione del ramo d'azienda intervenuta in favore dell'impresa, in quanto l'art. 106 D.Lgs. n. 50 del 2016 presuppone l'intervenuta stipula e l'inizio dell'esecuzione del contratto da parte dell'impresa aggiudicataria, mentre, nel caso di specie, si verte in una fase anteriore, esulante dall'ambito oggettivo della menzionata disposizione legislativa” (Cons. Stato, Sez. VI, 15.10.2018, n. 5919). Ed inoltre “in fase di gara, ai sensi della normativa vigente – al di fuori delle eccezioni normativamente previste e qui non ricorrenti, non sono consentite modifiche soggettive degli operatori economici partecipanti, né quindi subenti e/o sostituzioni dei concorrenti per effetto di cessioni di ramo di azienda” (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 17.12.2018, n. 7206). Ed infine “le eccezioni sono ammissibili soltanto

quando riguardino motivi indipendenti dalla volontà del soggetto partecipante alla gara e trovino giustificazione nell'interesse della stazione appaltante alla continuazione della stessa" (TAR Lombardia, Milano sez. IV, 9.3.2018 n. 663 cfr. anche Cons. Stato, Sez. V, 19.2.2018 n. 1031 che ha escluso che la modifica riduttiva del RTI derivante da decesso del mandante potesse determinare l'esclusione automatica dalla gara, essendo stata ritenuta la natura dell'evento che ha determinato la modifica tale da escludere ogni possibile intento elusivo della lex specialis).

6. Le differenze con altri istituti.

6.1 L'avvalimento.

6.1.1 L'avvalimento ed i consorzi stabili.

utile, vista l'affinità del meccanismo normativo, tracciare un giusto discriminio tra l'ambito di operatività dell'avvalimento e quello dei consorzi stabili.

A soccorrere a tale necessità la giurisprudenza amministrativa, ancorchè riferibile alla previgente disciplina del d. lgs. n. 163/2006, oggi comunque rinvenibile nella disposizione dell'art. 47, d. lgs. 50/2016, ritiene che il consorzio stabile realizzzi nella sostanza una particolare forma di avvalimento che poggia direttamente sul patto consortile e sulla causa mutualistica . Tali connotati del metodo organizzativo e gestionale in esame consentono al consorzio di avvalersi di qualsiasi contributo dei consorziati, senza dover ricorrere allo strumento dell'avvalimento, fermo restando che in alternativa il consorzio può qualificarsi con i requisiti posseduti in proprio e direttamente.

Il limite fondamentale all'utilizzo dell'avvalimento è costituito dal c.d. avvalimento a cascata, già disposto nel comma 6 dell'art. 89, secondo il quale è ammesso l'avvalimento di più imprese ausiliarie, ma l'ausiliario non può avvalersi a sua volta di altro soggetto.

Si configura un avvalimento a cascata quando l'impresa ausiliaria si avvale a sua volta dei requisiti di un'impresa terza.

Con parere n. 242 dell'8 marzo 2017, l'Autorità ha ritenuto non conforme l'operato della stazione appaltante alla normativa di settore nella parte in cui ha escluso un concorrente dalla gara in quanto il Consorzio stabile ausiliario non avrebbe garantito il prestito delle risorse necessarie all'esecuzione del contratto.

Secondo la stazione appaltante, non essendo il Consorzio stabile ausiliario in possesso in proprio delle risorse necessarie per l'esecuzione del contratto, metteva a disposizione dell'ausiliato mezzi e risorse non facenti parte della propria impresa ma nella disponibilità delle due imprese consorziate. Con ciò configurandosi anche il cd. avvalimento a cascata, in violazione del divieto di cui all'art. 89 d.lgs. 50/2016.

In particolare l'Autorità, nel ritenere illegittima l'esclusione, ha ritenuto che "ai fini della qualificazione, il rapporto tra consorzio stabile e impresa consorziata , pur nella formale alterità soggettiva, non rappresenta a rigore un avvalimento.....nel caso di specie, secondo le considerazioni sopra svolte anche in ordine alla relazione intercorrente fra consorzio stabile e imprese consorziate, non appare integrato un avvalimento cd. a cascata tra l'ausiliaria Consorzio Stabile e le proprie due imprese consorziate che risultano mettere a disposizione i mezzi necessari per l'esecuzione dell'appalto" (parere n. 242 dell'8 marzo 2017).

Sulla stessa linea interpretativa è il successivo parere n. 401 del 12 aprile 2017, nel quale l'Autorità ha ritenuto non conforme alla normativa di riferimento il provvedimento di esclusione dalla gara di un concorrente che si era avvalso di un Consorzio Stabile per il possesso della attestazione SOA.

Anche in questo caso, la stazione appaltante evidenziava che "il contratto di avvalimento presentato non risultava tale da garantire il prestito delle risorse necessarie all'esecuzione del contratto in quanto il consorzio ausiliario non ne risultava in possesso.....". Chiariva inoltre che "il Consorzio Stabile.....è risultato avere un solo dipendente, soggetto all'applicazione del CCNL Commercio, facendo dubitare della possibilità del consorzio stesso di mettere a disposizione le maestranze specificate nel contratto di

avvalimento. il consorzio [è] privo di un'autonoma struttura d'impresa che gli consenta di mettere a disposizione le risorse indicate nel contratto di avvalimentoil c.d. avvalimento a cascata sia considerato vietato dalla giurisprudenza e dalla stessa Autorità ”.

A tale proposito l'Autorità richiamava due precedenti pareri n. 780 del 20 luglio 2016 e n. 198 del 20 novembre 2013, nei quali si era riconosciuta la possibilità per un consorzio stabile di prestare requisiti in qualità di impresa ausiliaria, sulla scorta di un contratto di avvalimento con impresa terza priva della necessaria qualificazione, considerato che “la qualificazione del consorzio stabile deriva dalla somma delle qualificazioni delle imprese consorziate e che viene conseguita dal consorzio a seguito della verifica del possesso, da parte delle singole consorziate, delle corrispondenti risorse strumentali, tecniche ed umane e che, pertanto, in ragione della peculiare causa mutualistica tipica dei consorzi stabili, l'attestazione SOA di cui il consorzio stabile è titolar e si sostanzia delle dotazioni strumentali, tecniche ed umane delle imprese consorziate ”.

Pertanto, l'Autorità ha ritenuto che “il Consorzio Stabile può prestare, tramite contratto di avvalimento, ad imprese terze che ne siano prive, il requisito della propria attestazione SOA impegnandosi a mettere a disposizione dell'impresa ausiliata risorse strumentali, tecniche ed umane delle consorziate (cfr. anche TAR Puglia – Lecce 13 maggio 2015, n. 1583) senza che ciò integri un'ipotesi di avvalimento a cascata (parere di precontenzioso deliberato n. 1379 del 21 dicembre 2016), in ragione della specificità del modulo organizzativo e gestionale del consorzio stabile; Impregiudicata ogni valutazione da parte della stazione appaltante in ordine alla verifica del necessario grado di determinatezza o determinabilità delle risorse e dei mezzi concreti che il Consorzio Stabile mette a disposizione dell'ausiliata, sì da evitare che la messa a disposizione del requisito mancante si risolva nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto (cfr, ex multis, Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 4 novembre 2016, n. 23; Consiglio di Stato, sez. V, 27 gennaio 2016, n. 264 e 6 giugno 2016, n. 2384)” (parere n. 401 del 12 aprile 2017).

6.1.2 L'avvalimento esterno ed interno, di garanzia ed operativo.

Al fine di dimostrare il possesso dei requisiti speciali, ogni componente di un raggruppamento può avvalersi sia di una impresa terza, esterna al raggruppamento (avvalimento esterno), sia di una impresa facente parte del raggruppamento medesimo (mandataria o mandante) (avvalimento interno).

Principio fermo in tema di avvalimento interno è quello secondo il quale l'impresa raggruppata , che svolga, nella stessa gara, sia il ruolo di soggetto qualificato in proprio sia quello di ausiliaria di un'altra impresa partecipante al raggruppamento, deve possedere i requisiti nella misura tale da consentirgli una duplice imputazione: la partecipazione alla gara come concorrente in RTI e la partecipazione alla stessa gara in veste di impresa ausiliaria nell'ambito del medesimo RTI (parere n. 1343 del 20 dicembre 2017).

E' stato chiesto all'Autorità di esprimere parere in merito alla legittimità dell'esclusione di un operatore economico da una gara di servizi soprasoglia in quanto la mandataria Consorzio stabile aveva presentato in gara tre contratti di avvalimento carenti nel dettaglio delle risorse e/o dei mezzi messi a disposizione dagli operatori ausiliari.

Per quanto di interesse, uno dei tre contratti era stato stipulato dal Consorzio Stabile con la mandante per la dimostrazione del requisito del fatturato (cd. avvalimento di garanzia) ed un altro era stato sottoscritto con un professionista terzo per il requisito tecnico-organizzativo del servizio svolto (cd. avvalimento operativo).

Quanto al primo contratto di avvalimento relativo al requisito del fatturato, l'Autorità ha sposato l'orientamento della giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, Sez. V, 22 novembre 2017 n. 5429 e del 22 dicembre 2016 n. 5423) secondo cui nell'avvalimento di garanzia non è necessario che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali, o a indici materiali atti a esprimere una certa consistenza patrimoniale e, dunque, alla messa a disposizione di beni da descrivere e individuare con precisione ma è sufficiente, a differenza dell'avvalimento operativo, che la dichiarazione faccia emergere, con certezza ed in modo

circostanziato, l'impegno contrattuale dell'ausiliaria a prestare e a mettere a disposizione dell'ausiliata la sua complessiva solidità finanziaria e il patrimonio esperienziale, così garantendo una determinata affidabilità e un concreto supplemento di responsabilità.

Nel caso di specie, invece, l'Autorità ha rilevato che "l'impegno dell'ausiliaria di «mettere a disposizione dell'impresa avvalente i seguenti requisiti: Fatturato specifico maturato nell'esercizio 2014 nel settore di attività oggetto del Lotto 1, per l'intera durata dell'appalto» non sembra costituire un vincolante impegno finanziario".

Quanto al secondo contratto di avvalimento relativo al requisito della capacità tecnica (servizio svolto), l'Autorità ha ritenuto che "l'avvalimento dell'esperienza professionale doveva recare l'impegno del professionista a eseguire direttamente i servizi".

Invece, nel caso di specie, il professionista ausiliario si impegnava soltanto a mettere a disposizione dell'impresa avvalente il "servizio analogo a quelli oggetto dell'affidamento, per l'intera durata dell'appalto", senza l'impegno ad eseguire direttamente i servizi.

L'Autorità in proposito rammentava (parere 221 del 1° marzo 2017) che già nel previgente regime, per l'avvalimento dei requisiti di capacità tecnica e professionale (c.d. avvalimento operativo), era necessario che l'ausiliario deducesse nel contratto la messa a disposizione del proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificavano l'attribuzione del requisito. In ogni caso, "ai sensi dell'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, gli operatori economici, con riguardo alle esperienze professionali pertinenti, possono avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste" (parere n. 1343 del 20 dicembre 2017).

6.2 La cooptazione nei lavori.

L'istituto della cooptazione, disciplinato dall'art. 92 co. 5 del dpr 207/2010, tuttora applicabile ai sensi dell'art. 216 co. 14 d.lgs. 50/2016, consente al singolo concorrente o ai concorrenti che intendano riunirsi in possesso dei requisiti di partecipazione richiesti dalla lex specialis di raggruppare altre imprese qualificate per categorie e importi diversi da quelli indicati nel bando o nella lettera di invito, a condizione che i lavori eseguiti da queste ultime non superino il venti per cento dell'importo complessivo e che l'ammontare delle qualificazioni possedute dalle imprese cooptate sia almeno pari all'importo dei lavori che le stesse dovranno eseguire.

Scopo della norma è infatti quello di consentire a imprese già qualificate nel settore dei lavori pubblici di maturare capacità tecniche in categorie di lavori diverse rispetto a quelle già possedute, senza che risulti compromesso l'interesse pubblico alla realizzazione dell'appalto.

Nel caso preso in esame nel parere n. 228 dell'1 marzo 2017, l'Autorità, rilevato il carattere eccezionale e derogatorio dell'istituto, ha affermato che l'impresa cooptata può eseguire i lavori ma non assume lo status di concorrente, né assume quote di partecipazione all'appalto (cfr. determina n. 4 del 10 ottobre 2012 punto 7.1.1). Prosegue l'Autorità chiarendo che "In tal senso è anche l'orientamento prevalente della giurisprudenza, secondo cui il soggetto cooptato non acquista lo status di concorrente, né assume quote di partecipazione all'appalto, non riveste la posizione di offerente (prima) e contraente (dopo) e non presta garanzie; infine non può né subappaltare, né comunque affidare a terzi la propria quota dei lavori" (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 14 aprile 2016, n. 1492; Sez. V, 17 marzo 2014, n. 1327; Sez. IV, 3 luglio 2014, n. 3344; Sez. V, 27 agosto 2013, n. 4278; TAR del Lazio, Roma, Sez. I, 16 giugno 2016, n. 6922; TAR Lazio, Roma, Sez. I, 5 dicembre 2014, n. 12288)".

7. Elenco dei pareri richiamati nel testo

Parere n. 5 dell'11 gennaio 2017 (par. 3.1)

Parere n. 98 dell'8 febbraio 2017 (par. 4)

Parere n. 99 dell'8 febbraio 2017 (par.4)

Parere n. 228 dell'1 marzo 2017 (par. 6.2)

Parere n. 242 dell'8 marzo 2017 (par. 6.1.1)

Parere n. 244 del 15 marzo 2017 (par. 5)
Parere n. 284 del 22 marzo 2017 (par.2.1)
Parere n. 291 del 22 marzo 2017 (par. 3.3.1)
Parere n. 401 del 12 aprile 2017 (par. 6.1.1)
Parere n. 431 del 27 aprile 2017 (par. 3.3.6)
Parere n. 608 del 31 maggio 2017 (par. 3.1)
Parere n. 794 del 19 luglio 2017 (par. 3.1)
Parere n. 831 del 27 luglio 2017 (par. 3.2.2)
Parere n. 880 dell'1 agosto 2017 (par. 2.1)
Parere n. 1028 dell'11 ottobre 2017 (par. 3.3.3)
Parere n. 1099 del 25 ottobre 2017 (par. 3.3.5)
Parere n. 1103 del 25 ottobre 2017 (par. 3.3.4)
Parere n. 1237 del 6 dicembre 2017 (par. 2.2)
Parere n. 1343 del 20 dicembre 2017 (par. 6.1.2)
Parere n. 1345 del 20 dicembre 2017 (par. 3.2.1)
Parere n. 33 del 10 gennaio 2018 (par. 4)
Parere n. 269 del 14 marzo 2018 (par. 3.3.1)
Parere n. 526 del 17 maggio 2018 (par. 3.3.7)
Parere n. 575 del 13 giugno 2018 (par. 3.3.2)
Parere n. 714 del 31 luglio 2018 (par. 3.3.8)
Parere n. 865 del 2 ottobre 2018 (par. 3.3.2)
Ufficio Precontenzioso e Pareri – febbraio 2018