LAVORI PUBBLICI

Cumulo alla rinfusa: le novità del Codice dei contratti pubblici per i consorzi stabili

La recente sentenza del Consiglio di Stato n. 8767 del 9 ottobre 2023 rappresenta un'occasione significativa per esaminare in dettaglio l'evoluzione normativa e giurisprudenziale del cosiddetto "cumulo alla rinfusa".

Giuseppe De Carlo
Avvocato, Resp. Dipartimento Infrastrutture Studio Legale Morri Rossetti

L'evoluzione normativa

L'istituto del "cumulo alla rinfusa", disciplinato all'art. 67 del nuovo Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 36/2023) agevola la partecipazione dei consorzi stabili alle gare pubbliche, poiché consente di dimostrare il possesso dei requisiti di qualificazione attraverso la combinazione dei requisiti posseduti dai singoli consorziati. In altre parole, anche se alcuni consorziati sono sprovvisti dei requisiti di qualificazione richiesti, i consorzi stabili possono comunque partecipare alla procedura di gara designando uno o più consorziati come esecutori dell'appalto. La flessibilità nell'applicazione del cumulo alla rinfusa è una novità introdotta dal nuovo Codice e la sentenza in questione ha confermato l'applicabilità dell'istituto in questi termini, contribuendo a fare chiarezza nel panorama normativo e giurisprudenziale.

Peraltro, il Codice, all'art. 225, comma 13, fornisce un'interpretazione autentica della previgente disciplina sulla qualificazione dei consorzi stabili, contenuta nell'art. 47 del D.Lgs. 50/2016, che aveva suscitato non poche discussioni e originato un consistente contenzioso. L'interpretazione autentica ha avuto l'effetto di chiarire le ambiguità createsi nel tempo sulla possibilità per i consorzi stabili di ricorrere al cumulo alla rinfusa ai fini della qualificazione fornendo un quadro giuridico più chiaro e coerente dell'istituto.

Ma procediamo con ordine.

Tra gli operatori economici ammessi a partecipare alle procedure pubbliche, rientrano i consorzi stabili formati da imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali e società cooperative. Questi consorzi devono essere costituiti da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, hanno stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni. Questa decisione comporta l'istituzione di una struttura di impresa condivisa, che costituisce una base solida e stabile per partecipare alle procedure di gara nel settore dei contratti pubblici.

La creazione di una struttura collettiva implica un impegno significativo da parte dei consorziati non solo in termini di risorse, ma anche di coordinamento e una strategia condivisa. Ta-

le struttura collettiva di impresa, caratterizzata da una propria soggettività giuridica e dall'autonomia patrimoniale, si configura come un'entità distinta dalle imprese che la compongono ed è progettata per eseguire le prestazioni contrattuali anche in autonomia, senza necessariamente dipendere dalle strutture imprenditoriali delle singole consorziate (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., sent. 18 marzo 2021, n. 5).

Secondo l'impostazione del vecchio Codice (art. 47 del D.Lgs. 50/2016), i consorzi erano tenuti a dimostrare, ai fini della partecipazione, il possesso dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria, ad eccezione di quelli relativi alla disponibilità di attrezzature, mezzi d'opera e all'organico medio annuo. Questi ultimi requisiti potevano essere considerati cumulativamente in capo al consorzio, anche se posseduti dai singoli consorziati.

Tale previsione ha aperto la strada a un approccio più flessibile nella valutazione dei requisiti di qualificazione dei consorzi, consentendo loro di presentare un profilo qualificativo più forte e competitivo nelle procedure di gara.

Nella formulazione originaria dell'art. 47, comma 2 del D.Lgs. 50/2016, era previsto che per un periodo iniziale di cinque anni dalla costituzione, ai fini della partecipazione dei consorzi di imprese di cui all'art. 45, comma 2, lett. c) alle gare pubbliche, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti dalla normativa vigente e posseduti dalle singole imprese consorziate esecutrici sarebbero stati sommati e considerati come requisiti cumulativi attribuiti al consorzio nel suo complesso. Questa disposizione mirava ad agevolare l'accesso dei consorzi di recente costituzione alle procedure di gara, consentendo loro di dimostrare la propria idoneità attraverso la somma dei requisiti delle imprese consorziate, contribuendo così a promuovere la concorrenza e la partecipazione di nuovi attori nel settore dei contratti pubblici.

L'articolo ha fornito una base importante per il consolidamento e la crescita dei consorzi stabili, specialmente nei loro anni iniziali, facilitandone la partecipazione a gare pubbliche complesse e di grande entità.

Il decreto correttivo al Codice ha integralmente sostituito la disposizione richiamata, prevedendo che *"i consorzi ..., 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"* (cfr. art. 31, comma 1, del D.Lgs. 56/2017).

La modifica normativa ha ampliato ulteriormente le possibilità per i consorzi di qualificarsi per le gare pubbliche, offrendo maggiore flessibilità e riconoscendo l'importanza delle diverse competenze e risorse disponibili all'interno del consorzio. La modifica ha inoltre introdotto la possibilità di avvalersi dei requisiti dei consorziati non designati per l'esecuzione del contratto: un'opzione che ha aperto nuove strade per la qualificazione dei consorzi, specialmente in situazioni in cui alcuni membri possiedono competenze o risorse particolari che potrebbero essere cruciali in determinati appalti.

Il "decreto Sblocca-cantieri" ha poi modificato il comma 2 dell'art. 47 e aggiunto il comma 2-bis, stabilendo, rispettivamente, che "*I consorzi stabili ... 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 ... 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*" e che "*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*" (cfr.

art. 1, comma 20, lett. l del D.L. 32/2019, convertito in legge 55/2019).

Queste ulteriori modifiche hanno rafforzato il quadro normativo per i consorzi stabili, definendone più chiaramente il ruolo e le responsabilità nell'esecuzione di appalti pubblici e stabilendo criteri più precisi per la valutazione dei loro requisiti di qualificazione. In particolare, la modifica ha chiarito che l'esecuzione delle prestazioni da parte dei consorzi stabili può avvenire sia attraverso la loro struttura interna, sia tramite i consorziati indicati in sede di gara, con una flessibilità che riflette la varietà delle strutture organizzative e delle modalità operative all'interno dei consorzi.

Le incertezze interpretative sull'applicazione dell'istituto

Come anticipato, la stratificazione delle modifiche normative ha suscitato incertezze interpretative, in particolare sulla possibilità per il consorzio di qualificarsi utilizzando i requisiti dei consorziati non designati come esecutori dell'appalto. Alcuna giurisprudenza ha interpretato il comma 1 dell'art. 47 in maniera restrittiva, consentendo il cumulo solo per i requisiti relativi alle attrezzature, ai mezzi d'opera e all'organico medio annuo. Per tutti gli altri requisiti, invece, varrebbe la regola generale: chi esegue l'appalto, sia esso il consorzio in proprio o un consorziato designato come esecutore, deve possedere autonomamente i requisiti prescritti. Questa interpretazione, seppur aderente al testo normativo, limitava la portata del cumulo alla rinfusa, riducendo potenzialmente la capacità dei consorzi di partecipare alle gare pubbliche, in particolare in situazioni dove i requisiti necessari non erano uniformemente distribuiti tra i consorziati.

Nello stesso senso, la rinnovata formulazione del comma 2 dell'art. 47 del D.Lgs. 50/2016 non ammetteva più il ricorso all'istituto dell'avvalimento con i consorziati non designati quali esecutori per ovviare alla carenza dei requisiti di qualificazione, lasciando al consorzio l'alternativa tra eseguire l'appalto direttamente o attraverso i consorziati indicati in fase di gara. Tale cambiamento ha sollevato ulteriori questioni sulla flessibilità dei consorzi stabili nella gestione delle risorse umane e tecniche in occasione della partecipazione alle procedure pubbliche.

D'altra parte, un'altra corrente di giurisprudenza ha interpretato più liberamente il comma 1 dell'art. 47, sostenendo l'ammissibilità del cumulo alla rinfusa in un'ottica più estesa. Questa interpretazione prendeva le mosse dal tenore letterale del primo comma della norma, che non specificava esplicitamente le modalità di qualificazione dei consorziati designati come esecutori. Inoltre, la formulazione dell'art. 47, comma 1, del D.Lgs. 50/2016 era identica a quella dell'art. 35 del D.Lgs. 163/2006, in vigore del quale il cumulo alla rinfusa era pacificamente consentito, suggerendo così una continuità interpretativa.

La sent. n. 8767/2023 del Consiglio di Stato ha fornito un chiarimento definitivo in questo panorama di incertezza interpretativa. Il Giudice amministrativo, esaminando l'art. 225, comma 13, del D.Lgs. 36/2023, ha affermato che l'art. 47, comma 2-bis, del previgente Codice va inteso nel senso che i requisiti richiesti per l'affidamento di servizi e forniture devono essere verificati tenendo conto dell'effettiva sussistenza dei requisiti in capo a tutti i consorziati, anche quelli non designati come esecutori. Questa interpretazione ha esteso significativamente l'ambito di applicazione del cumulo alla rinfusa, permettendo ai consorzi stabili di sfruttare pienamente le risorse e le competenze dei loro membri per qualificarsi nelle gare pubbliche.

La pronuncia del Consiglio di Stato rappresenta un punto di svolta nella comprensione e nell'applicazione dell'istituto del cumulo alla rinfusa, offrendo ai consorzi stabili maggiori opportunità di partecipazione alle procedure pubbliche, soprattutto a quelle di maggior rilievo.