

Cons. Stato, sez. V, 11.7.2023 n. 6777

Massime (segue testo alla pagina successiva)

“La clausola del bando di gara oggetto di impugnativa in prime cure che impone il possesso del requisito idoneità professionale anche in capo al Consorzio, pure allorquando lo stesso partecipi alla gara per il tramite dell'impresa indicata come esecutrice, deve intendersi nulla per violazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione, con la conseguenza che la stessa, al contrario di quanto ritenuto dal giudice di prime cure, non era soggetta ad onere di immediata impugnativa.

11.1. Ed invero il principio di tassatività delle cause di esclusione, di cui all'art. 83, comma 8, del D.Lgs. n. 50 del 2016, importa che le prescrizioni a pena di esclusione ulteriori rispetto a quelle previste dal codice e da altre disposizioni di legge vigenti "sono comunque nulle"; e detto stigma di nullità è tale per cui la clausola in tal senso viziata è da intendersi come “non apposta” a tutti gli effetti di legge, quindi inefficace e tamquam non esset, senza alcun onere di doverla impugnare, dovendosi semmai impugnare gli atti conseguenti che ne facciano applicazione (Cons. Stato, Ad. plen., n. 22 del 2020; Cons. Stato, Sez. 31 gennaio 2023, n. 1055)”

“Il consorzio può pertanto 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 dell'offerta ed assumendo, in via solidale, la responsabilità per l'esatta esecuzione, come evincibile sia pure incidenter tantum da Cons. Stato, ad. plen., n. 5/2021 cit.).

In detta ipotesi (che è quella assume rilievo nell'ipotesi de qua agitur) è sufficiente che le imprese designate possiedano e comprovino i requisiti, tecnici e professionali, di partecipazione; ferma restando la possibilità, ove l'impresa indicata come esecutrice non possieda i prescritti requisiti, per il consorzio che ne sia in possesso, di avocare a sé, in sede di verifica del possesso dei requisiti, la prestazione (in tal senso la sentenza di questa Sezione 28 marzo 2023 n. 3148)”

Pubblicato il 11/07/2023

N. 06777/2023REG.PROV.COLL.

N. 00253/2023 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 253 del 2023, proposto da Consorzio Leonardo Servizi e Lavori “Società Cooperativa Consortile Stabile”, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Angelo Annibali, Marco Orlando, Antonietta Favale, Matteo Valente, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Prato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Elena Bartalesi, Paola Tognini, Stefania Logli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza in forma semplificata del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima) n. 1449/2022, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Prato;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 marzo 2023 il Cons. Diana Caminiti e dato atto del deposito della richiesta di passaggio in decisione senza la preventiva discussione, ai sensi del Protocollo d'intesa del 10 gennaio 2023, da parte degli avvocati Valente e Bartalesi.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con atto notificato in data 3 gennaio 2023 e depositato il successivo 11 gennaio il Consorzio Leonardo Servizi e Lavori “Società Cooperativa Consortile Stabile” ha interposto appello avverso la sentenza del Tar per la Toscana, sez. I, 12 dicembre 2022 n. 1449, resa in forma semplificata, ex art. 60 c.p.a., che ha dichiarato inammissibile il ricorso da esso proposto avverso il provvedimento di esclusione dalla Gara Europea a procedura telematica aperta per l'appalto della gestione del Servizio Energia adottato dal seggio di gara del Comune di Prato nella seduta del 26 ottobre, nonché avverso la clausola del disciplinare prevista dal punto 6.5, per violazione dell'art. 83 comma 8 del D.Lgs. n. 50 del 2016 nonché avverso il bando nella parte in cui rimanda al disciplinare per le modalità partecipative alla gara in oggetto.

2. Segnatamente a base dell'esclusione era posta dalla stazione appaltante la mancanza, in capo al Consorzio ricorrente, del requisito di cui al d.m. 22 gennaio 2008, risultando irrilevante secondo le prescrizioni della *lex specialis*, in considerazione della previsione di cui all'art. 6.5 del disciplinare (che richiede il possesso del requisito necessario per eseguire la prestazione sia in capo al consorzio aggiudicatario che ai “*consorzianti indicati come esecutori*”), il fatto che detto

requisito fosse posseduto dalla consorziata Cristoforetti Energia s.p.a. indicata come esecutrice del servizio.

2.1. Il giudice di *prime cure* ha dichiarato inammissibile il ricorso - con cui si era avversata la clausola del disciplinare di gara per contrasto con il combinato disposto degli artt. 47 comma 2 bis e 83 comma 8 del D.lgs. 50/2016, nonché in via consequenziale la disposta esclusione - sulla base del rilievo che le clausole delle *lex specialis* di gara che fissano i requisiti di idoneità tecnica e professionale non contrastino con il principio di tassatività delle clausole di esclusione, rientrando nella discrezionalità della stazione appaltante, per cui non possano essere dichiarate nulle, ma al più, ove illegittime, annullabili.

Pertanto ha considerato tardiva l'impugnativa avverso la previsione della *lex specialis*, atteso che il requisito del possesso della suindicata abilitazione in capo non solo all'impresa consorziata esecutrice, ma anche in capo al consorzio era posta dal disciplinare di gara, con conseguente onere di immediata impugnativa nei termini di rito dalla sua pubblicazione, secondo il noto insegnamento dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2018.

3. Con il presente appello il Consorzio ha articolato in un unico motivo le seguenti censure:

Error in iudicando. Violazione del considerando 14 e degli artt. 19 e 80 della Direttiva 2014/24/UE. Violazione degli artt. 3 lett. p) v) e vvvv), 30, 45, 47 e 83 del D.Lgs. n. 50 del 2016. Violazione dell'art. 21 septies della L. 241 del 1990. Eccesso di potere. Sviamento. Violazione della *par condicio competitorum*. Irragionevolezza manifesta. Sproporzione e violazione del principio che sancisce la libertà di impresa. Violazione dell'art. 41 della Costituzione che sancisce la libertà dell'iniziativa economica privata.

Il Consorzio lamenta che il giudice di *prime cure* non avrebbe debitamente considerato che non verrebbe in rilievo nell'ipotesi di specie la tipologia di requisiti

di idoneità professionale e di capacità tecnica ed economica richiesti per la partecipazione alla procedura di gara, rientrante nella discrezionalità della stazione appaltante, ma la modulazione di quei requisiti in capo al Consorzio ed alle consorziate, che, per contro, non rientrerebbe nella disponibilità della stazione appaltante in quanto fissata dallo stesso legislatore, che all'art. 47 comma 2 bis del Codice fa riferimento, quanto all'appalto di servizi, al possesso dei requisiti in capo alle consorziate. Peraltro, a detta di parte appellante, la stazione appaltante alla luce dello stesso art. 83 del codice, potrebbe modulare il possesso dei requisiti di idoneità tecnica professionale solo in relazione ai consorzi ordinari ed ai raggruppamenti temporanei di imprese e non anche in relazione ai consorzi stabili, a ciò avendo provveduto l'art. 47; pertanto una previsione contrastante della *lex specialis* di gara si porrebbe in contrasto con il principio di tassatività della clausole di esclusione, dovendo considerarsi nulla.

4. Si è costituito il Comune di Prato instando per il rigetto dell'appello.

5. Con ordinanza cautelare n. 373/2023 l'istanza cautelare è stata accolta da questa Sezione avuto riguardo all'indubbia sussistenza del *periculum in mora* e alla necessità di approfondimenti delle questioni di merito.

6. In vista dell'udienza pubblica le parti hanno presentato memorie ex art. 73 comma 1 c.p.a., instando nei rispettivi assunti.

7. Il ricorso è stato trattenuto in decisione all'esito dell'udienza pubblica del 23 marzo 2023 sulla base dei soli scritti difensivi, come da verbale di udienza.

DIRITTO

8. Il presente giudizio involge un'unica questione, ossia quella sul se debba o meno ritenersi nulla, e come tale improduttiva di effetti, la clausola del bando che imponga, a pena di esclusione e in caso di partecipazione ad una procedura evidenziale per appalto di servizi di un consorzio stabile, che un determinato

requisito (di idoneità professionale) debba essere posseduto sia dal consorzio in proprio che dalle imprese consorziate indicate come esecutrici.

Peraltro prima di passare alla disamina di tale questione, occorre in primo luogo richiamare i principi elaborati dalla giurisprudenza sulla natura dei consorzi stabili, ben posta in luce da un precedente di questa Sezione, ovvero dalla recente sentenza 7 novembre 2022 n. 9762, nonché dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 5 del 2021.

8.1. Il consorzio stabile è stato introdotto nel nostro ordinamento dall'art. 10, comma 1, lett. c), L. 10 febbraio 1994, n. 109, all'esito di un "*percorso di tipizzazione normativa del fenomeno della cooperazione tra imprese*" nell'esecuzione di commesse pubbliche, che ha visto nel tempo il riconoscimento delle associazioni temporanee di imprese e dei consorzi di cooperative di produzione e lavoro regolati dalla l. 25 giugno 1909, n. 422, con l'art. 20, l. 8 agosto 1977, n. 584, e la disciplina dei consorzi ordinari, con l. 17 febbraio 1987, n. 80.

I consorzi stabili sono quei consorzi costituiti tra almeno tre imprese che abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici per un periodo non inferiore a cinque anni, istituendo a tale fine una comune struttura di impresa. Si differenziano pertanto dai consorzi "ordinari" in quanto, mentre questi ultimi nascono e cessano (al pari delle associazioni temporanee di imprese) in vista di un'unica operazione, i primi sono costituiti in funzione di un numero potenzialmente illimitato di operazioni.

Come evidenziato dalla dottrina, l'istituto del consorzio stabile costituisce una evoluzione della figura tradizionale disciplinata dagli artt. 2602 ss. c.c. e si colloca in una posizione intermedia fra le associazioni temporanee e gli organismi societari risultanti dalla fusione di imprese.

Il consorzio stabile, pertanto, rappresenta una particolare categoria dei consorzi disciplinati dal codice civile ed è soggetto sia alla disciplina generale dettata dallo stesso codice, sia a quella speciale dettata dal codice dei contratti pubblici.

L'istituto si colloca dunque nel più ampio fenomeno della partecipazione aggregata alle procedure di evidenza pubblica, secondo i principi del *favor participationis* e della “*neutralità delle forme giuridiche*” dei soggetti partecipanti alla procedura di gara, disciplinati e regolamentati dalla legislazione prima comunitaria e poi eurounitaria.

Ai sensi dell'art. 45, comma 2, lett. c) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 “*Rientrano nella definizione di operatori economici i seguenti soggetti... c) i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'art. 2615 ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro. I consorzi stabili sono formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tale fine una comune struttura di impresa*”.

8.2. La prevalente giurisprudenza amministrativa, mutuando anche i principi informativi compendiate all'articolo 45 del d.lgs. n. 50/2016, qualifica pertanto consorzi stabili quei consorzi che abbiano stabilito di operare nel settore dei contratti pubblici per un periodo non inferiore a cinque anni e che, pertanto, abbiano istituito una comune struttura d'impresa. Si tratta di aggregazioni durevoli di soggetti che nascono da un'esigenza di cooperazione ed assistenza reciproca e, operando come un'unica impresa, si accreditano all'esterno come soggetto distinto. Il Consiglio di Stato ha, in più occasioni, chiarito che sono operatori economici dotati di autonoma personalità giuridica, costituiti in forma collettiva e con causa mutualistica, che operano in base a uno stabile rapporto organico con le imprese associate, il quale si può giovare, senza necessità di ricorrere all'avvalimento, dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse, secondo il criterio

del “*cumulo alla rinfusa*” (cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 febbraio 2021, n. 964; Cons. Stato, 11 dicembre 2020, n. 7943; Cons. Stato sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165; Cons. Stato, sez. III, 22 febbraio 2018, n. 1112).

Ed invero elemento qualificante dei consorzi stabili è senz’altro la “*comune struttura di impresa*” da intendersi quale “*azienda consortile*” utile ad eseguire in proprio, ossia senza l’ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate, le prestazioni affidate a mezzo del contratto (cfr. Adunanza Plenaria 18 marzo 2021, n. 5; Cons. Stato, sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165).

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

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

8.3.1. È in particolare il riferimento aggiuntivo e qualificante alla “*comune struttura di impresa*” che induce ad approdare verso lidi ermeneutici diversi ed opposti rispetto a quanto visto per i consorzi ordinari. I partecipanti in questo caso danno infatti vita ad una stabile struttura di impresa collettiva, la quale, oltre a presentare una propria soggettività giuridica con autonomia anche patrimoniale, rimane distinta e autonoma rispetto alle aziende dei singoli imprenditori ed è strutturata, quale azienda consortile, per eseguire, anche in proprio le prestazioni affidate a mezzo del contratto (Consiglio di Stato Adunanza Plenaria 18/03/2021 n. 5, con richiamo da ultimo a Cons. St., sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165).

Proprio sulla base di questa impostazione, la Corte di Giustizia UE (C-376/08, 23 dicembre 2009) è giunta ad ammettere la contemporanea partecipazione alla medesima gara del consorzio stabile e della consorziata, ove quest’ultima non sia stata designata per l’esecuzione del contratto e non abbia pertanto concordato la presentazione dell’offerta (ex multis, Cons. St., sez. III, 4 febbraio 2019, n. 865).

9. Peraltro, quanto al cumulo alla rinfusa e alla possibilità che dello stesso potessero avvantaggiarsene le imprese indicate come esecutrici, già nel vigore del codice previgente, l’Adunanza Plenaria con il noto arresto di cui alla sentenza n. 8 del 2012, aveva affermato il principio secondo cui “*Nel senso qui seguito è la giurisprudenza secondo cui, mentre i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria devono essere riferiti al consorzio (come previsto dall’art. 35 codice appalti), i requisiti generali di partecipazione alla procedura di affidamento previsti dall’art. 38 codice citato devono essere posseduti dalle singole imprese consorziate; se, infatti, in caso di consorzi, tali requisiti andassero accertati solo in capo al consorzio e non anche in capo ai consorziati che eseguono le prestazioni, il consorzio potrebbe agevolmente diventare uno schermo di copertura consentendo la partecipazione di consorziati privi dei necessari requisiti; per gli operatori che non hanno i requisiti dell’art. 38 (si pensi al caso di soggetti con condanne penali per gravi reati incidenti sulla moralità professionale) basterebbe, anziché concorrere direttamente andando incontro a sicura esclusione, aderire a un consorzio da*

utilizzare come copertura [Cons. St., sez. V, 15 giugno 2010, n. 3759; Id., sez. IV, 27 giugno 2007, n. 3765; Id., sez. V, 5 settembre 2005, n. 4477; Id., sez. V, 30 gennaio 2002, n. 507].

Tale principio è stato affermato anche dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, secondo cui *"In virtù del particolare rapporto consortile - rapporto organico - esistente in tale tipologia di consorzi, l'articolo 35 d.lgs. n. 163 del 2006 dispone che i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria devono essere posseduti e comprovati dai consorzi stessi e non dalle singole società consorziate che eseguiranno i lavori, mentre i requisiti di carattere morale devono essere posseduti dal consorzio e da ciascuna delle imprese che partecipano al consorzio stesso"* (parere n. 192 del 10 luglio 2008 reso in sede di precontenzioso)".

9.1. L'art. 47, comma 1, del vigente Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 50 del 2016) statuisce che *"i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi con le modalità previste dal presente codice, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate"*.

L'art. 47, comma 2, D.lgs. n. 50 del 2016, nella sua originaria formulazione, prevedeva che *"per i primi cinque anni dalla costituzione, ai fini della partecipazione dei consorzi di cui all'art. 45, comma 2, lettera c), alle gare, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi previsti dalla normativa vigente posseduti dalle singole imprese consorziate esecutrici, vengono sommati in capo al consorzio"*.

L'art. 31 del decreto correttivo del codice (D.Lgs. n. 56 del 2017) ha modificato il comma 2, stabilendo che *"i consorzi di cui agli articoli 45, comma 2, lettera c), e 46, comma 1, lettera f), al fine della qualificazione, possono utilizzare sia i requisiti di qualificazione maturati in proprio, sia quelli posseduti dalle singole imprese consorziate designate per l'esecuzione delle prestazioni, sia, mediante avvalimento, quelli delle singole imprese consorziate"*.

non designate per l'esecuzione del contratto. Con le linee guida dell'ANAC di cui all'articolo 84, comma 2, sono stabiliti, ai fini della qualificazione, i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni". Per poter spendere i requisiti dei consorziati indicati per l'esecuzione era, quindi, sufficiente la semplice designazione in fase di gara; per poter usufruire di quelli dei consorziati non designati occorreva, invece, ricorrere all'istituto dell'avvalimento.

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

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

- *"La sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara per l'affidamento di servizi e forniture è valutata, a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati. In caso di scioglimento del consorzio per servizi e forniture, ai consorziati sono attribuiti pro quota i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi maturati a favore del consorzio e non assegnati in esecuzione ai consorziati. Le quote di assegnazione sono proporzionali all'apporto reso dai singoli consorziati nell'esecuzione delle prestazioni nel quinquennio antecedente"* (art. 47 comma 2-bis).

9.3. L'intervento legislativo del 2019 è stato quindi invocato a sostegno di una ricostruzione contraria alla generalizzata ammissibilità del cumulo alla rinfusa.

9.4. L'Adunanza Plenaria n. 5/2021, interrogatasi sulla perdita dei requisiti di una impresa consorziata non designata ai fini della esecuzione dei lavori relativamente a

fattispecie antecedente le modifiche del D.L. n. 32 del 2019, ha solo incidentalmente affermato che detto D.L. ha ripristinato l'originaria e limitata perimetrazione del cumulo alla rinfusa ai soli aspetti relativi disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo.

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

Un primo orientamento sostiene che qualora il consorzio individui una consorziata come esecutrice, quest'ultima dovrà essere autonomamente in possesso del requisito di qualificazione, così come, in caso di esecuzione in proprio ad opera del consorzio, quest'ultimo dovrà possedere autonomamente il requisito; l'utilizzo della "maggiore" qualificazione del consorzio non potrebbe, cioè, legittimare l'esecuzione di prestazioni da parte di piccole e medie imprese del tutto prive della qualificazione (Tar Lazio, sez. III, 3 marzo 2022, n. 2571; Cons. Stato, 22 agosto 2022, n. 7360, le cui argomentazioni sono state riprese dalla recente giurisprudenza, tra cui: Consiglio di Stato, sez. V, 29712/2022 n. 11596; Tar Ancona, Sez. I, 25 febbraio 2023, n. 119; Tar Milano, Sez. I, nn. 397, 597 e 744 del 2023; Tar Napoli, sez. III, 22 febbraio 2023, n. 1152).

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

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

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

Altro orientamento, anche dopo l'entrata in vigore del D.L. n. 32 del 2019, ha dato continuità al precedente orientamento giurisprudenziale che ha reputato ammissibile il cumulo alla rinfusa, con ciò legittimando la possibilità che i requisiti speciali di partecipazione non debbano essere posseduti dalle imprese indicate come esecutrici (Cons. Stato, Sez. V, n. 964 del 2 febbraio 2021; Cons. Stato, sez. V., 29 marzo 2021, n. 2588 secondo cui "*Non è poi vero [...] che ai sensi dell'art. 47 del Codice dei contratti pubblici, come modificato dal c.d. decreto sblocca-cantieri (decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 55) si sarebbe innovato il sistema di qualificazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici dei consorzi stabili. Ciò in particolare attraverso l'aggiunta alla citata disposizione del Codice di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, del comma 2-bis, che così dispone "(l)a 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". La disposizione, letta in combinato con la regola del c.d. cumulo alla rinfusa dei requisiti del consorzio stabile prevista dal medesimo art. 47, comma 1, deve ragionevolmente essere intesa nel senso che essa abbia inteso introdurre un onere di verifica dei requisiti di qualificazione da svolgere presso gli operatori economici partecipanti al consorzio stabile e che a quest'ultimo hanno apportato le loro rispettive capacità tecnico-professionali o economico-finanziarie. Dalla medesima disposizione non può invece desumersi che il singolo consorziato, indicato in gara come esecutore dell'appalto, debba essere a sua volta in possesso dei requisiti di partecipazione. Come sottolineano le parti appellanti ad opinare in questo senso verrebbero svuotate la finalità pro-concorrenziali dell'istituto del consorzio stabile, oltre che il suo stesso fondamento causale, enunciato dall'art. 45, comma 2, lett. c), del Codice dei contratti pubblici, ed incentrato sullo stabile apporto di capacità e mezzi aziendali in una "comune struttura di impresa" deputata ad operare nel settore dei contratti pubblici ed unica controparte delle stazioni appaltanti, secondo quanto previsto dall'art. 47, comma 2, del Codice (cfr. in questo senso, da ultimo: Cons. Stato, V, 2 febbraio 2021, n. 964; 11 dicembre 2020, n. 7943)".

10. Peraltro il cennato dibattito giurisprudenziale si è affermato precipuamente in relazione alle controversie in cui il possesso dei requisiti di partecipazione difettava in capo alle imprese consorziate indicate come esecutrici, laddove nella fattispecie di cui è causa è indubbio che il richiesto requisito di idoneità professionale sussista in capo all'impresa indicata come esecutrice, difettando invece in capo al consorzio stabile (in proprio).

10.1. Ed invero il requisito che viene in rilievo nella presente fattispecie, posseduto dalla consorziata indicata come esecutrice ma non dal consorzio in proprio, consiste nella Abilitazione ai sensi del D.M. 22 gennaio 2008 n. 37, all'esecuzione degli impianti di cui alle lettere A, C, D, E dell'art. 1 comma 2 del medesimo D.M. Si tratta dunque di un requisito soggettivo di capacità professionale indispensabile

per l'esecuzione del servizio oggetto di appalto; come tale esso rientra fra i requisiti di cui all'art. 83 lettera a) del Dlgs. 50/2016.

10.2. Di talché, secondo il Comune, la previsione del bando che semplicemente specifica chi, nel caso di partecipazione in forma consortile, debba possedere detto requisito giammai introdurrebbe una formalità o un adempimento ulteriore o contrario rispetto a quanto stabilito nell'art. 83, non applicandosi al caso di specie l'art. 83 comma 8.

10.3. Peraltro ad avviso del collegio nell'ipotesi di specie non risulta necessario il riferimento al cumulo alla rinfusa, in quanto pur ad ammetterne la sua abrogazione ad opera del D.L. n. 32 del 2019 lo stesso non assume rilievo nell'ipotesi di specie, non partecipando alla gara il consorzio in proprio ma per il tramite dell'impresa indicata come esecutrice.

A tal riguardo pertanto occorre procedere ad un'interpretazione congiunta del combinato disposto dell'art. 47 comma 2 del Codice secondo cui “ *I consorzi stabili di cui agli articoli 45, comma 2, lettera c), e 46, comma 1, lettera f), eseguono le prestazioni o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante*” con il successivo disposto del comma 2 bis a mente del quale “*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*”; pertanto, anche valorizzando l'interpretazione restrittiva dell'art. 47, vigente *ratione temporis*, secondo cui a seguito del D.L. n. 32 del 2019, il cumulo alla rinfusa sarebbe limitato alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, nell'ipotesi in cui il Consorzio partecipi alla gara per il tramite delle imprese consorziate, ai fini della verifica del possesso dei requisiti di partecipazione non potrebbe che aversi riguardo ai requisiti delle imprese indicate come esecutrici; **ciò è palesato dalla circostanza che nella bozza**

del nuovo Codice dei contratti pubblici predisposta dal Consiglio di Stato, all'art. 67 comma 3 seconda parte – previsione, poi confluita in parte qua, nel correlativo disposto del D.l.gs. 36/2023 - si stabilisce che *“Le autorizzazioni e gli altri titoli abilitativi per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione ai sensi del comma 3 dell'articolo 100”* [relativi a a) l'idoneità professionale; b) la capacità economica e finanziaria; c) le capacità tecniche e professionali] *sono posseduti, in caso di lavori o di servizi, dal consorzio esecutore*; detta statuizione ben può essere considerata, quanto all'appalto di servizi, come frutto della portata interpretativa dell'attuale art. 47 comma 2 bis secondo cui *“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?”*.

Ciò in disparte dalla considerazione, sia detto per inciso, che il legislatore del 2023 ha poi in effetti chiarito la perdurante vigenza, in via transitoria, nel vigore del D.l.gs. 50/2016, del cumulo alla rinfusa con la norma di interpretazione autentica di cui all'art. 225 comma 13 del D.l.gs. 36/2023 – sebbene non applicabile *ratione temporis* alla presente fattispecie - laddove stabilisce che *“L'articolo 47, comma 2-bis, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, si interpreta nel senso che, negli appalti di servizi e forniture, la sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara per l'affidamento di servizi e forniture è valutata a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati, anche se diversi da quelli designati in gara.”*

10.4. Nella fattispecie *de qua* pertanto ad avviso del collegio non appare necessario il ricorso all'istituto del cumulo alla rinfusa, non essendosi in presenza né della presentazione dell'offerta per l'esecuzione in proprio della commessa da parte del consorzio, né della designazione di un'impresa esecutrice priva dei prescritti requisiti.

Ed invero, come evidenziato dall'Adunanza Plenaria n. 5 del 2021 il consorzio può partecipare alla gara a favore di un'impresa consorziata indicata come esecutrice; in tal caso, ove si verta in un contratto di servizi e forniture si deve ritenere che sia l'impresa indicata come esecutrice a dovere possedere i requisiti, non solo di capacità tecnica e professionale, ma anche di idoneità professionale, come evincibile dall'art. 47 comma 2 bis del Codice secondo cui "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".

La versione dell'art. 47, comma 2 vigente *ratione temporis* non menziona invero più la facoltà del consorzio di ricorrere all'avvalimento, ai fini della utilizzazione dei requisiti di qualificazione delle consorziate non designate come esecutrici e si limita a prevedere l'alternativa facoltà di eseguire il contratto "con la propria struttura" ovvero "tramite i consorziati" all'uopo "indicati in sede di gara", con la precisazione che, in tal caso, non si tratta - ferma la responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante - di "subappalto".

Il consorzio può pertanto 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 dell'offerta ed assumendo, in via solidale, la responsabilità per l'esatta esecuzione, come evincibile sia pure *incidenter tantum* da Cons. Stato, ad. plen., n. 5/2021 cit.).

In detta ipotesi (che è quella assume rilievo nell'ipotesi *de qua agitur*) è sufficiente che le imprese designate possiedano e comprovino i requisiti, tecnici e professionali, di partecipazione; ferma restando la possibilità, ove l'impresa indicata come esecutrice non possieda i prescritti requisiti, per il consorzio che ne sia in possesso, di avocare a sé, in sede di verifica del possesso dei requisiti, la prestazione (in tal senso la sentenza di questa Sezione 28 marzo 2023 n. 3148).

11. Ciò posto, la clausola del bando di gara oggetto di impugnativa in *prime cure* che impone il possesso del requisito idoneità professionale anche in capo al Consorzio, pure allorché lo stesso partecipi alla gara per il tramite dell'impresa indicata come esecutrice, deve intendersi nulla per violazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione, con la conseguenza che la stessa, al contrario di quanto ritenuto dal giudice di *prime cure*, non era soggetta ad onere di immediata impugnativa.

11.1. Ed invero il principio di tassatività delle cause di esclusione, di cui all'art. 83, comma 8, del D.Lgs. n. 50 del 2016, importa che le prescrizioni a pena di esclusione ulteriori rispetto a quelle previste dal codice e da altre disposizioni di legge vigenti "sono comunque nulle"; e detto stigma di nullità è tale per cui la clausola in tal senso viziata è da intendersi come "non apposta" a tutti gli effetti di legge, quindi inefficace e *tamquam non esset*, senza alcun onere di doverla impugnare, dovendosi semmai impugnare gli atti conseguenti che ne facciano applicazione (Cons. Stato, Ad. plen., n. 22 del 2020; Cons. Stato, Sez. 31 gennaio 2023, n. 1055). Come chiarito dall'indicato arresto dell'Adunanza Plenaria, con richiamo anche alla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 9 del 2014, la nullità della clausola escludente *contra legem*, prevista dall'art. 83, comma 8, del Codice, va intesa come nullità in senso tecnico (con la conseguente improduttività dei suoi effetti). Inoltre, anche se la clausola è nulla, tale nullità è parziale e non si estende al provvedimento nel suo complesso (*vitiatur sed non vitiat*).

Ed invero, come sancito in tale arresto "ritenere che la nullità sancita dal comma 8, ultima parte, dell'articolo 83 vada intesa come annullabilità si porrebbe in contrasto con la scelta del legislatore di qualificare come nulla la clausola escludente *contra legem*, e dunque non solo con il tenore testuale della legge, cui occorre attribuire primario rilievo in sede ermeneutica, ma anche con la sua composita ratio, volta a individuare un equilibrio tra radicale invalidità della clausola per contrasto con norma imperativa, ordinaria autoritatività dei provvedimenti amministrativi e

interesse del ricorrente a far valere l'invalidità, in termini di nullità, quando essa si traduca in un provvedimento applicativo (esclusione o aggiudicazione) lesivo in concreto della sua situazione soggettiva tutelata".

Ciò posto, il principio di tassatività delle clausole di esclusione deve applicarsi anche alla fattispecie *de qua*, in quanto la clausola in questione integra il relativo presupposto, con conseguente nullità ai sensi dell'art. 83, comma 8, del Codice dei contratti pubblici.

In linea generale infatti la nullità, quale conseguenza della violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, colpisce le clausole con le quali l'amministrazione impone ai concorrenti determinati adempimenti o prescrizioni, ai fini della ammissione alla procedura di gara, che non trovano alcuna base giuridica nelle norme che (nel Codice dei contratti pubblici o nelle altre disposizioni di legge vigenti) prevedono cause di esclusione (comprese quelle che, pur non prevedendo espressamente - quale conseguenza - l'esclusione dalla gara, impongano adempimenti doverosi o introducano, comunque, norme di divieto: cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 7 giugno 2012, n. 21; 16 ottobre 2013, n. 23; 25 febbraio 2014, n. 9).

La clausola in esame infatti non si ricollega, al contrario di quanto ritenuto dal primo giudice, all'esercizio di un potere discrezionale riconosciuto alla stazione appaltante nell'ambito della indicazione dei requisiti speciali di partecipazione diretti a selezionare gli operatori economici in possesso delle capacità tecniche, professionali ed economiche-finanziarie, o dei requisiti di idoneità professionale, secondo i criteri della proporzionalità e della adeguatezza all'oggetto dell'appalto e delle prestazioni richieste dall'amministrazione (art. 83, comma 2, del Codice dei contratti pubblici) (discrezionalità come noto sindacabile, pur se nei noti limiti, dal giudice amministrativo che potrà eventualmente ritenere il requisito richiesto dal bando in contrasto col principio di proporzionalità o di ragionevolezza, o con il

principio della massima partecipazione o con la più ampia tutela della concorrenza, principi evocati dall'art. 83, comma 2, cit.), ma alla modulazione dei requisiti di partecipazione individuati dalla stazione appaltante in capo al consorzio ed in capo alle consorziate, modulazione questa che invece non può essere oggetto di scelta discrezionale ad opera della stazione appaltante, essendo fissata *ex lege*; conseguentemente la statuizione contraria al disposto del codice dei contratti deve considerarsi nulla per violazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione.

Occorre pertanto operare una differenziazione tra individuazione dei requisiti (compiuta ai sensi dell'art. 83 commi 1 e 2 del Codice) e decisione sulla modalità in cui detti requisiti debbano essere posseduti da un consorzio stabile (decisione vincolata dall'art. 47 comma 2bis del medesimo Codice). Tale necessaria differenziazione deve portare a ritenere che la prospettazione su cui è fondata la declaratoria di inammissibilità del ricorso ad opera del primo giudice sia errata nella parte in cui ha ritenuto inapplicabile il principio di tassatività della cause di esclusione all'operato del Comune di Prato.

Ed invero, come evidenziato da parte appellante, la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto nulle le clausole volte a prevedere una modalità di possesso del requisito tesa a violare le disposizioni specifiche relative ai singoli soggetti partecipanti.

Così nella pronuncia di questa Sezione (Consiglio di Stato, Sez. V, 4 maggio 2020, n. 2785) si è ritenuta nulla la prescrizione che richiedeva a tutti i componenti di un RTI la dimostrazione contemporanea dei requisiti di partecipazione (impedendo di poter costituire un RTI verticale o misto e imponendo il RTI orizzontale).

La richiamata pronuncia dell'Adunanza Plenaria, 16 ottobre 2020, n. 22, ha inoltre statuito in ordine alla nullità della previsione che onerava l'impresa ausiliata ad

essere comunque in possesso della certificazione SOA anche se quest'ultima era oggetto di avvalimento

11.2. Alla stregua delle indicate coordinate ermeneutiche, le clausole del disciplinare di gara di cui al punto 6.5, nonché del bando, nella parte in cui rimanda al disciplinare per le modalità partecipative alla gara in oggetto, devono considerarsi nulle per violazione dell'art. 83 comma 8 del D.Lgs. n. 50 del 2016 e per l'effetto deve considerarsi altresì viziata la disposta esclusione della parte appellante, impugnata nei termini di rito.

12. L'appello va pertanto accolto e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va accolto il ricorso di *prime cure*.

13. Sussistono nondimeno eccezionali e gravi ragioni, avuto riguardo alle difficoltà interpretative in materia, per compensare integralmente tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto in riforma della sentenza appellata accoglie il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2023 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Diana Caminiti

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO