

Appalti

Consorzi stabili, dopo il Correttivo valido solo il prestito dei requisiti maturati in proprio

Con il Dlgs 209/2024 si chiarisce l'interpretazione restrittiva del cumulo alla rinfusa ai fini dell'avvalimento

di *Lorenzo Adani* (*)

05 Marzo 2025

Nel vasto panorama delle modifiche apportate al Codice dei contratti pubblici [dal Dlgs n. 209/2024 \(c.d. Decreto Correttivo\)](#), merita particolare attenzione la disposizione contenuta nel (nuovo) comma 7 dell'articolo 67 del Dlgs n. 36/2023, concernente il ricorso, da parte dei consorzi stabili, all'istituto dell'avvalimento.

Detta disposizione, nella sua versione novellata, dispone che «Possono essere oggetto di avvalimento solo i requisiti maturati dallo stesso consorzio in proprio e di tali requisiti è fornita specifica indicazione nell'attestazione di qualificazione SOA. È vietata la partecipazione a più di un consorzio stabile».

Per tentare di indagare la portata innovativa della disposizione in esame, è opportuno prendere le mosse dal dato normativo precedente e, in particolare, dall'interpretazione che ne era stata data dalla [Sezione Quinta del Consiglio di Stato \(n. 367 del 17 gennaio 2025\)](#).

La posizione del Consiglio di Stato

Nel caso di specie, una società era stata esclusa da una procedura di gara relativa all'esecuzione di lavori di sistemazione di bacini idrografici per essersi avvalsa dell'attestazione Soa di un consorzio stabile, il quale aveva a sua volta acquisito la predetta attestazione Soaper il tramite di una propria consorziata, in virtù del meccanismo del cumulo alla rinfusa. A parere della stazione appaltante, tale modalità di qualificazione del concorrente non era ammessa dall'ordinamento.

Contro l'esclusione l'operatore economico ha proposto ricorso, poi accolto, innanzi al Tar Calabria (cfr. Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 29 aprile 2024, n. 698). In appello il Consiglio di Stato ha confermato la pronuncia di primo grado (cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2025, n. 367), sancendo definitivamente l'illegittimità dell'esclusione.

La controversia si è sviluppata - per quanto qui di interesse - attorno a interpretazioni divergenti dell'articolo 67, comma 7, del Dlgs n. 36/2023, nella sua versione precedente l'entrata in vigore del Decreto Correttivo.

Detta norma, prima di essere modificata, disponeva che «Possono essere oggetto di avvalimento solo i requisiti maturati dallo stesso consorzio».

Da un lato, la stazione appaltante sosteneva che la norma, nel riferirsi ai requisiti «maturati dallo stesso consorzio», intendesse escludere dall'applicabilità della disposizione in parola i requisiti «meramente "posseduti"» dal consorzio stabile, ma effettivamente derivati dalle proprie consorziate mediante il cumulo alla rinfusa; dall'altro, al contrario, l'operatore economico affermava di aver fatto corretta applicazione del meccanismo del cumulo alla rinfusa, alla luce della natura mutualistica e duratura che connota il rapporto tra consorzio stabile e consorziate. Più nel dettaglio, sulla base del dato normativo, la difesa dell'Amministrazione aveva essenzialmente fatto leva sull'argomentazione secondo cui il rapporto intercorrente fra le imprese consorziate e il consorzio stabile cui le medesime partecipano sia di fatto assimilabile al rapporto che si instaura in caso di avvalimento fra ausiliata e ausiliaria.

Muovendo da tale premessa l'Amministrazione ha concluso che, poiché il "prestito" del requisito tramite cumulo alla rinfusa da consorziate a consorzio stabile è di fatto equiparabile al "prestito" del requisito da ausiliaria ad ausiliata, nel caso in cui il consorzio stabile "presti" a sua volta il medesimo requisito mediante ricorso all'avvalimento (nel caso, a favore del concorrente poi escluso), allora si realizzerebbe una sorta di avvalimento a cascata, vietato dall'ordinamento.

Una simile interpretazione troverebbe conforto, secondo l'Amministrazione, in quanto affermato dal Consiglio di Stato nell'Adunanza Plenaria n. 5 del 18 marzo 2021.

In quel caso l'Adunanza Plenaria era stata adita per chiarire se, nell'ipotesi di partecipazione ad una gara di un consorzio stabile che trae un requisito di qualificazione da una consorziate non designata per l'esecuzione, il consorzio medesimo possa sostituire detta consorziate nel caso in cui quest'ultima perda il requisito durante la

gara. Nell'ammettere tale possibilità per il consorzio stabile, il Consiglio di Stato aveva acceduto ad un'interpretazione estensiva dell'articolo 89, comma 3, del previgente Dlgs n. 50/2016 in materia di avvalimento, definendo altresì il rapporto intercorrente fra impresa consorziata e consorzio stabile «molto simile» al rapporto intercorrente fra impresa ausiliata e impresa ausiliaria.

Da tali argomentazioni la difesa dell'Amministrazione ha ritenuto di desumere che l'operatore economico andasse escluso in quanto il consorzio stabile ausiliario gli aveva "ceduto" un requisito che il consorzio stesso non aveva maturato "in proprio", ma aveva ottenuto a sua volta da una propria consorziata in virtù del cumulo alla rinfusa, determinando così - in tesi - un avvalimento a cascata (dalla consorziata al consorzio stabile e, successivamente, dal consorzio stabile al concorrente).

Contrariamente a quanto sopra esposto, secondo la difesa del concorrente escluso, la disposizione "pre-Correttivo" di cui all'art. 67, comma 7, del Dlgs n. 36/2023 non implicherebbe affatto che i requisiti del consorzio stabile ausiliario, per poter essere oggetto di avvalimento, debbano essere necessariamente da quest'ultimo maturati "in via diretta"; al contrario, il consorzio stabile ben potrebbe "prestare" a terzi i propri requisiti, mediante ricorso all'avvalimento, anche qualora detti requisiti siano maturati "in via diretta" dalle sue consorziate e solo "in via derivata" dal consorzio stabile, grazie all'operatività del cumulo alla rinfusa.

Anzi, più precisamente, il criterio del cumulo alla rinfusa, in virtù della natura mutualistica del rapporto che lega consorzio stabile e consorziate, consentirebbe al primo di acquisire la piena titolarità dei requisiti maturati dalle seconde e, per tale ragione, di poterli mettere a disposizione di un operatore economico mediante avvalimento. Il Consiglio di Stato, condividendo le conclusioni del giudice di primo grado che aveva annullato l'esclusione della società ricorrente, respinge l'appello, confermando l'illegittimità dell'esclusione.

Il Collegio riscontra, infatti, che nella tesi dell'Amministrazione «[q]uel che è accaduto, semplicemente, è che sono stati confusi il cumulo alla rinfusa e l'avvalimento a cascata». Infatti, «se il contratto di avvalimento genera un rapporto di collaborazione tra imprese, e se i consorzi stabili sono operatori economici provvisti di autonoma personalità giuridica, distinta dalle imprese consorziate, [...] nell'ambito del consorzio ausiliario di altro operatore economico non vi è un distinto avvalimento tra consorziata e consorzio, il quale appunto si qualifica, e si dota dei mezzi necessari, grazie alle consorziate che compongono il consorzio; insomma, le singole imprese consorziate non sono soggetti terzi rispetto al consorzio ausiliario, utilizzando i cui requisiti si realizzerebbe un avvalimento a cascata».

Il Collegio, infine, si esprime nettamente anche sulla corretta interpretazione dell'art. 67, comma 7, del Dlgs n. 36/2023 (ratione temporis, ante Decreto Correttivo), affermando che «L'art. 67 comma 7 del Codice dei contratti pubblici, nel disporre che possono essere oggetto di avvalimento solo i requisiti maturati dallo stesso consorzio, non limita affatto l'avvalimento ai soli requisiti maturati dal consorzio "in proprio"».

Le modifiche del Correttivo

Come anticipato supra, il Dlgs n. 209/2024 è intervenuto sulla formulazione dell'articolo 67, comma 7, del Dlgs n. 36/2023; infatti, l'articolo 27, comma 1, lettera f), del Decreto Correttivo ha disposto la sostituzione del comma 7 citato, modificando la portata della disposizione e chiarendo che «possono essere oggetto di avvalimento solo i requisiti maturati dallo stesso consorzio, "in proprio"» (cfr. Cons. Stato, Comm. spec., par. 2 dicembre 2024, n. 1463).

Ai sensi dell'attuale comma 7 dell'articolo 67 del Dlgs n. 36/2023 è pertanto esplicitamente esclusa la possibilità per un consorzio stabile di mettere a disposizione di un soggetto terzo i requisiti derivati dalle proprie consorziate in applicazione del meccanismo del cumulo alla rinfusa; il consorzio stabile potrà ora disporre mediante avvalimento esclusivamente dei requisiti maturati «in proprio», di cui, peraltro, dovrà essere data apposita evidenza all'interno dell'attestazione di qualificazione Soa.

In definitiva, detta modifica normativa introdotta dal Decreto Correttivo si inserisce nel quadro di una più ampia revisione delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici in materia di consorzi non necessari e segna un cambio di prospettiva nella disciplina dei consorzi stabili, restringendo significativamente il perimetro applicativo del cumulo alla rinfusa e chiarendo in modo inequivocabile che i requisiti oggetto di avvalimento devono essere maturati direttamente dal consorzio stabile.

Discostandosi dalla posizione assunta dal Consiglio di Stato, l'intervento del Decreto Correttivo, se da un lato mira a rafforzare le garanzie di effettiva qualificazione degli operatori economici che partecipano alle gare pubbliche a maggior tutela delle stazioni appaltanti, dall'altro implica necessariamente una minore flessibilità operativa dei consorzi stabili, con possibili ripercussioni sulla loro capacità competitiva nel mercato dei contratti pubblici.

(*) Bertacco Recla & partners

Il Sole 24 ORE aderisce a  **The Trust Project**

P.I. 00777910159 © Copyright Il Sole 24 Ore Tutti i diritti riservati

ISSN 2724-203X - Norme & Tributi plus Enti Locali & Edilizia [<https://ntplusentilocaliedilizia.ilsole24ore.com>]

Il Sole
24 ORE