

GLI OPERATORI ECONOMICI NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI.*

Premessa.

Pur riconoscendo che possa sembrare eccentrico esaminare la disciplina degli operatori economici contenuta nel vigente codice degli appalti del 2023 muovendo da elaborazioni passate, sembra utile iniziare questa disamina facendo riferimento alla disciplina pregressa sia per dare conto, sinteticamente, di quali siano gli “antenati” della legislazione vigente, sia per anticipare i problemi e le criticità che, da sempre, accompagnano un istituto certamente proconcorrenziale quale è quello che disciplina la posizione dell’offerente “pluricomposto” nella contrattualistica pubblica e che è volto ad ampliare l’accesso degli operatori economici alle procedure evidenziali.ⁱ

1.Introduzione. Uno sguardo al passato.

In uno scritto redatto nel 2006 da un Collega,ⁱⁱ quanto alle problematiche di più stretto interesse, con riferimento all’oggetto della presente relazione, veniva posto in luce quanto segue: *“la cooperazione tra più imprese, nel rispetto del mantenimento della individualità e gestione produttiva di ciascuna, rappresenta, in tema di contratti governati dalle regole della evidenza pubblica, una realtà, con la quale l’ordinamento interno da tempo si confronta, muovendo proprio dalla prevista possibilità di partecipazione alle gare di raggruppamenti già costituiti, che abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una delle ditte partecipanti al gruppo. La partecipazione di imprese appositamente e temporaneamente raggruppate, che ancora non abbiano formalmente conferito mandato ad una delle ditte partecipanti al raggruppamento, ha costituito poi un passaggio ulteriore, nella evoluzione dell’istituto e nel processo di adattamento dell’ordinamento interno alle direttive comunitarie, che si è concretato, per gli appalti di forniture e di servizi, nella legge n. 113 del 1981, nell’art. 10 del d.Lgs. n. 358 del 1992 e nell’art. 17 del d.Lgs. n. 157 del 1995 e, per gli appalti di opere pubbliche, nell’art. 13, comma 5, della legge n. 109 del 1994, come modificata dalla legge n. 415 del 1998. Orbene, mentre il subappalto attiene senz’altro all’esecuzione del contratto di appalto e non interferisce in linea generale con la disciplina dei requisiti tecnici e morali richiesti all’appaltatore ai fini della aggiudicazione, il proprium della determinazione di partecipare ad una procedura di evidenza pubblica in associazione temporanea consiste nella volontà di conseguire in forma associata i requisiti minimi di partecipazione alla procedura stessa. Invero, la finalità, per cui il Legislatore ha ammesso la possibilità per talune imprese di partecipare alle gare pubbliche in forma associata, è evidente: quella di consentire la partecipazione alla gara (a parità di condizioni concorrenziali) anche di soggetti i quali non possano e/o non ritengano di impegnare la totalità dei requisiti richiesti per la partecipazione medesima; meglio, quella di consentire una maggiore concorrenza attraverso l’unione delle risorse organizzative, personali e finanziarie da parte di più imprese di dimensioni così ridotte da non consentire loro una seria competizione sul mercato. Lo*

stesso art. 95 del DPR n. 554/99, nell'indicare, con riguardo alle associazioni temporanee di imprese, le percentuali minime da possedersi da impresa mandataria e imprese mandanti, si riferisce sempre ai requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi. Ne consegue che, una volta che tali soggetti abbiano deciso di ricorrere alla facoltà legislativamente riconosciuta di associarsi (se del caso, secondo apporti percentuali minimi da fissarsi ad opera dell'amministrazione indicente, il d.P.R. n. 554 del 1999 fissando per la sola materia degli appalti pubblici di lavori il principio secondo cui, nel caso di associazioni temporanee di imprese, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi possano essere fissati nel bando di gara secondo ammontari differenziati fra l'impresa mandataria e le mandanti, nell'ambito di percentuali minime fissate dal medesimo decreto ed una volta che essi abbiano realizzato un raggruppamento costituito per contendere in condizioni di parità l'affidamento dell'appalto, risulta illegittima ogni previsione della lex specialis idonea ad alterare le menzionate condizioni di partecipazione a carico delle sole associazioni temporanee. Sembra peraltro evidente che il riferimento alla "quota percentuale" dei "requisiti di qualificazione", contenuto nell'art. 13, comma 1, della legge n. 109/94 (indicazione non ripresa dall'art. 37 del "Codice dei Contratti") con riferimento ai raggruppamenti di imprese nel settore dei lavori, non possa che riguardare anche la suddivisione in quote dei lavori dell'appalto da aggiudicare tra i componenti del raggruppamento e cioè il "quantum" della partecipazione di ciascuno ai lavori stessi; e che, dunque, la disposizione di cui all'art. 95, comma 2°, cit, laddove fa riferimento al possesso dei requisiti ivi previsti in una misura minima, rapportata ai requisiti richiesti in capo alle imprese singole, debba riferirsi non solo alla soglia di qualificazione attinta attraverso la mera classifica d'iscrizione, ma anche all'entità quantitativa dei lavori da realizzarsi da ciascuna delle imprese associate in caso di aggiudicazione dell'appalto. Se, invero, il possesso dei requisiti di qualificazione riguarda, come s'è visto, il necessario accertamento della capacità economico-finanziaria e tecnica dell'impresa, mentre l'altro (la suddivisione fra componenti il raggruppamento dei lavori) attiene alla corretta esecuzione dell'appalto e se, dunque, i due termini attengono a momenti logicamente e temporalmente distinti, non v'è dubbio che la "quota" di capacità da ciascun componente del raggruppamento fatta valere ai fini dell'ammissione alla gara debba poi tradursi in una corrispondente "quota" di prestazioni da eseguire e dunque in una "corrispondente quota di partecipazione al raggruppamento" (v. comma 13 dell'art. 37 cit.); e ciò perché la quota di qualificazione non è altro che la misura dell'effettiva capacità di quell'impresa di eseguire correttamente corrispondenti prestazioni, cosicché l'entità dell'impegno quantitativo poi posto nell'esecuzione a carico dell'impresa medesima non può non trovare corrispondenza nel requisito "speso" al fine di soddisfare l'esigenza di idoneità dell'A.T.I. Dunque, per essere chiamate alla diretta assunzione di responsabilità solidale nell'adempimento dell'intera obbligazione (enunciata oggi dal primo periodo del comma 5 del ridetto art. 37), le imprese raggruppate in associazione temporanea, comprese le mandanti, devono essere in possesso (in tutto od in parte, a seconda della normativa speciale di settore applicabile) dei prescritti requisiti di affidabilità economico finanziaria e tecnica e, nella stessa misura, partecipare all'esecuzione dell'oggetto del contratto; come, del resto, agevolmente si evince dallo stesso dettato legislativo, laddove, al secondo periodo del comma 5 cit., viene stabilito che "per gli assuntori di lavori scorporabili e, nel caso di servizi e forniture, per gli assuntori di prestazioni secondarie, la responsabilità è limitata all'esecuzione delle prestazioni di rispettiva competenza ...". Opinare diversamente significherebbe vanificare l'imprecindibile esigenza che alla gara siano ammessi solo soggetti idonei per la prestazione del servizio, la quale deve essere assicurata, pertanto, da imprese in possesso ciascuna dei requisiti sufficienti per l'esecuzione della parte della prestazione a ciascuna di esse assegnata, che quegli stessi requisiti abbiano fatto valere ai fini dell'ammissione del raggruppamento alla gara.

Sempre nel medesimo scritto, sulla questione – più di sistema- concernente la predeterminazione di un mercato degli operatori economici e la idoneità delle imprese - possono rinvenirsi queste considerazioni, che manifestano stringente attualità: *“Ciascun appalto non rappresenta una mera esercitazione accademica, caratterizzata da una verifica puramente formale del rispetto di alcune regole, bensì una vicenda in cui quelle regole sono predisposte per garantire all'Amministrazione procedente il raggiungimento del risultato che la stessa si aspetta dalle prestazioni contrattuali, di talché si possa ottenere il massimo del soddisfacimento dell'interesse pubblico strumentalmente connesso con la gara esperita. Un tale risultato è con tutta evidenza attingibile solo circoscrivendo l'accesso ai pubblici appalti a quei soggetti, che siano in grado di garantire, per un verso, un sicuro regime di imputazione degli effetti del contratto e di responsabilità personale e patrimoniale e, per l'altro, un'evidente capacità all'esercizio di attività d'impresa. Per questo, sia la legislazione italiana che quella comunitaria sugli appalti pubblici si basano, tra l'altro, sul caposaldo della predeterminazione di un “mercato” delle imprese. Come è stato in proposito efficacemente osservato, “la predeterminazione di un mercato di imprenditori non significa la chiusura dello stesso, ma solo la necessità che l'ingresso tra i potenziali contraenti della P.A. sia concesso solo a soggetti dotati di sufficienti requisiti soggettivi ed oggettivi. Il possesso di tali requisiti deve soddisfare il bisogno di sicurezza della stazione appaltante, sotto i diversi profili variamente ipotizzabili nella gestione di un rapporto contrattuale complesso quale l'appalto: la solidità economica del contraente, la sua capacità professionale, l'onestà, l'assenza di legami con organizzazioni malavitose, il rispetto delle norme sociali e di sicurezza e mille altre ben note a tutti”. Ciò significa, in estrema sintesi, che alla contrattazione con la P.A. può accedere solo un imprenditore dotato di determinati requisiti, a tutela dell'interesse dell'Amministrazione pubblica a che le singole imprese, per la qualificazione imprenditoriale e morale che hanno, siano nelle condizioni di poter correttamente adempiere le obbligazioni, che sono state riservate a ciascuna di esse.”.*

Qui si chiudono le “rimembranze” del passato. Si sono volute arrestare al 2006, epoca del c.d. Codice “de Lise”ⁱⁱⁱ per ragioni di contenenza e opportunità, ma anche per non indulgere in superflue ripetizioni, tenuto conto che il successivo d. Lgs n. 50 del 2016 che ne ha preso il posto, costituendo il referente normativo immediatamente antecedente al d.Lgs. 31 marzo 2023 n. 36 (che è, naturalmente, l'oggetto immediato dell'analisi che si si propone di sviluppare) verrà a più riprese di seguito richiamato.

2. Interessi da perseguire analoghi, e mutamento delle soluzioni apprestate in via legislativa.

Facendo un salto temporale non indifferente, e venendo a tempi più recenti, si vuole iniziare l'esame dell'argomento centrale della relazione con una considerazione che forse potrà sembrare “cinica” e che è sintetizzata dalla frase che costituisce il titolo del paragrafo: il mutare delle sensibilità, e le sperimentazioni sul “campo di battaglia” giurisprudenziale delle disposizioni apprestate dal Legislatore comunitario e nazionale, inducono a modifiche legislative che sono destinate (non già a risolvere alla radice problematiche emerse nell'esperienza concreta ma), in tesi, a semplificare l'attività degli attori del mercato, eliminando inconvenienti e incertezze, ma che non si illudono di sradicare in radice ogni perplessità. E' la materia che si cerca di regolamentare, talvolta, ad essere magmatica per se stessa: sarebbe presuntuoso pensare di eliminarne le asperità con un tratto di penna.

Questa considerazione, è stato il –realistico, a parere di chi scrive – approccio con cui la Commissione ha affrontato il tema dei c.d “operatori economici” che costituisce oggetto della presente relazione.

2.1. Il quadro normativo di riferimento.

Per comodità espositiva e di consultazione, ma anche per non appesantire questo scritto, verranno di seguito soltanto elencate le disposizioni normative oggetto di analisi o comunque di maggiore interesse, (il cui testo verrà comunque riportato in nota, al fine di rendere la relazione “autoconclusiva”, in linea con la “parola d’ordine” che il Coordinatore della Commissione Luigi Carbone ha raccomandato per tutta la durata dei lavori, riferendosi al progetto di codice). Ciò, pur nella certezza che non sarà possibile esaminarle tutte – e partitamente- in dettaglio. A tal proposito, si osserva che la Commissione^{iv} che ha predisposto la bozza del nuovo codice degli appalti si è in primo luogo dovuta confrontare, quanto alla tematica oggetto di esame, con lettera s)^v del comma 2 della legge 21 giugno 2022 n.78 recante delega al Governo in materia di contratti pubblici, che perimetrava la “missione” affidatagli. Ovviamente, la Commissione non poteva ignorare che l’antevigente codice n. 50 del 2016 che ci si accingeva a modificare era stato redatto sulla scorta di quanto disposto dalla Direttiva UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 n. 24 sugli appalti pubblici (per l’appunto già in vigore al momento in cui venne predisposto il codice del 2016) e che detta Direttiva era (ed è) ancora vigente.

Premesso che -a legislazione comunitaria invariata, come si è chiarito- la ratio “causale” della modifica complessiva del sistema di contrattualistica pubblica si rinviene nelle esigenze razionalizzatrici e adeguatrici espresse nell’art.1 della richiamata legge-delega, le ulteriori disposizioni di riferimento si rinvencono proprio nella predetta direttiva n. 24/2014^{vi}. Sulla scorta di tale quadro normativo di partenza, la riscrittura delle disposizioni che regolano la “qualificazione” degli operatori economici, con particolare riguardo a quelli plurisoggettivi, si è poi confrontata con le norme contenute nell’allora vigente d.Lgs. n. 50 del 2016.^{vii} Il prodotto di tale attività di riscrittura, si rinviene oggi nel Titolo II (“Gli operatori economici”) della Parte III (“Dei Soggetti”) del Libro II (“Dell’Appalto”) agli artt. da 65 a 69^{viii}. Se quella appena indicata è certamente la parte “core” dell’argomento oggetto di analisi, tuttavia non vanno trascurate, per una visione complessiva d’insieme, ulteriori disposizioni, che di seguito si elencano:

- a) al comma I lett.l) e m) dell’articolo 1 dell’allegato I.I. del codice, si rinvencono, rispettivamente, la nozione di operatore economico e di raggruppamento temporaneo^{ix};
- b) l’allegato II.I disciplina le modalità di individuazione degli operatori economici, nel c.d. “sottosoglia”^x;
- c) l’allegato II.12 (che consta di 45 articoli) e l’art. 100 del codice, (richiamati a più riprese dall’art.67 del codice) disciplina i requisiti di qualificazione per i lavori^{xi};
- d) inoltre, - a dimostrazione della complessità dell’argomento- una menzione a parte va fatta all’art. 97, mediante il quale si è voluta espressamente disciplinare l’evenienza relativa al ricorrere di una causa di esclusione in capo ad un soggetto partecipante a un raggruppamento offerente (o in capo ai soggetti “equiparati” dal comma 3 del predetto art. 97), che -come peraltro chiarito nella Relazione a detta disposizione del codice-^{xii} aveva dato luogo ad un imponente contenzioso in giurisprudenza;
- e) in ultimo, e con più specifico riferimento alla tematica dei consorzi, vanno citate senz’altro -sebbene preesistenti al codice- le disposizioni di cui agli artt. 2602 e 2615 ter del codice civile, che verranno a più riprese richiamate nel prosieguo dell’esposizione.^{xiii}

3. Gli operatori economici.

Il titolo del paragrafo vuole “rispondere” alla seguente domanda: chi è l’operatore economico?

L’allegato I.I che reca alla lett. L del comma 1 dell’art.1 la definizione di “operatore economico”, si discosta rispetto al passato^{xiv}, più per una maggior snellezza (ma anche completezza testuale) che per una particolare innovatività (come peraltro comprovato dalla circostanza che nella Relazione al predetto allegato non ci si diffonde sul punto). Invero -ma sul tema si tornerà in sede di disamina dell’art. 66- si è preso atto della costante elaborazione giurisprudenziale comunitaria (pienamente recepita dal Giudice nazionale^{xv}) secondo cui l’assenza di scopo lucrativo non costituisce elemento dirimente ai fini dell’esclusione dell’attribuzione di tale qualifica e tale concetto (“*qualsiasi persona o ente, anche senza scopo di lucro*”) è stato inserito nella definizione.

Il principio comunitario applicato, come rilevato nella Relazione^{xvi}, è quello c.d. di “neutralità delle forme giuridiche”.

Non v’è da stupirsi, quindi, che l’art. 65 riprenda, con marginali modifiche, i concetti già contenuti nel corrispondente antevigente art. 45 del d.Lgs. 50 del 2016, e che analogamente, l’art. 66 ricalchi l’art. 46 del predetto codice del 2016.

Ciò premesso, ci si soffermerà brevemente sui citati artt. 65 e 66 del d.Lgs. 31 marzo 2023 n. 36 più che altro per dare conto del modus operandi della Commissione (pienamente recepito dal Governo, in parte qua, visto che il testo trasmesso non ha subito alcuna modifica ed è stato pubblicato tal quale in GU).

La prima delle disposizioni in commento (art. 65), è più “snella” rispetto al corrispondente antevigente art. 45, unicamente in forza di una operazione di “riordino”. Come chiarito nella Relazione^{xvii}, infatti, l’abrogato art. 45 conteneva anche due commi (il terzo, e il quinto) che si riferivano, più propriamente, ai raggruppamenti di impresa. Detti commi terzo, e quinto dell’abrogato art. 45, non sono stati affatto espunti dal sistema, ma sono stati trasfusi nella sede “propria”, e cioè, rispettivamente, nel comma 4 lett a) e nel comma 10 dell’art. art. 68 d.Lgs. 31 marzo 2023 n. 36.

Il comma 1 dell’art. 65, quindi, corrisponde al comma 1 dell’art.45 (seppur snellito nel testo, non essendosi riprodotta l’ultima, ridondante, parte contenuta al primo comma dell’art. 45). Lo stesso è a dirsi quanto all’elencazione contenuta al comma 2 dell’art. 65 (che riproduce in toto quella contenuta al comma 2 dell’art.45); l’osservatore attento, noterà che l’art. 65 comma 2 contiene una lettera in più, rispetto al comma II dell’art. 45: ciò è ascrivibile allo “scorporo” della previsione omnicomprensiva dei consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro e dei consorzi tra imprese artigiane prima contenuta alla lettera b del detto comma 2 dell’art. 45, nelle due distinte lettere, b e c, dell’art. 65).

Su quest’ultimo punto, si tornerà nel prosieguo dell’esposizione, nella sede “propria” (e cioè in sede di commento dell’art. 67); allo stato, è sufficiente rendere avvertito il lettore che non si è trattato affatto di una operazione di semplice maquillage, come, peraltro, ben colto da recente giurisprudenza.

L’unica “novità” dell’art. 65 (rispetto all’abrogato art. 45 del d.Lgs n.50/2016) riposa nella specificazione alle lett e) e f) del comma 2, che rientrano appieno nella nozione di operatori economici non soltanto i raggruppamenti temporanei e i consorzi ordinari già costituiti, ma anche quelli costituendi (il che comunque, era sistematicamente desumibile, tenuto conto del comma 11 dell’art. 48 del d.Lgs. n. 50 del 2016), così “doppiandosi” la previsione di cui al primo comma dell’art. 68.

Anche il successivo art. 66 non presenta novità di rilievo rispetto al corrispondente, abrogato, art. 46 del d.Lgs. 50 del 2016. Come esaurientemente chiarito dalla Relazione^{xviii}, il Legislatore aveva già adeguato (attraverso la lett. d-bis del comma 1, inserita dall'art. 10, comma 1, lett. b, n. 1) della l. n. 238 del 2021) l'abrogato art. 46 alla sentenza della Corte di giustizia 11 giugno 2020, in causa C-219/19. Per quanto si è finora illustrato, sembra preconizzabile che i consolidati approdi raggiunti dalla giurisprudenza formatasi nel settore delle opere pubbliche, manterranno attualità e che pertanto (riferendosi, senza alcuna pretesa di esaustività a “temi” in passato controversi): anche una società semplice (seppur non “commerciale”, a stretto rigore) potrà concorrere alle gare; e che del pari tale legittimazione sussiste per le fondazioni^{xix}, e per enti pubblici quali le Università, e per le c.d. “imprese sociali” (ad esempio, associazioni di volontariato): che ciò dovrebbe, invece, ritenersi precluso per le società di fatto, o irregolari.^{xx}

4. I consorzi “non necessari”: le ragioni di tale denominazione.

Con l'articolo 67^{xxi} si entra nel vivo dell'attività di novellazione legislativa realizzata dalla Commissione.

Il titolo della disposizione, ha suscitato qualche “curiosità”, nei commenti che immediatamente dopo la pubblicazione del codice sulla Gazzetta Ufficiale si sono soffermati su questo argomento, in quanto pressochè tutti hanno sottolineato che trattavasi di una espressione mai utilizzata in precedenza. Mentre è stato ben colto che detta disposizione ricomprende i consorzi stabili^{xxii}, i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro, i consorzi tra imprese artigiane, e i consorzi stabili di società di professionisti e/o di società di ingegneria, è stato evidenziato qualche scritto -con qualche disappunto- che si era in qualche modo “smarrita” la nozione unitaria di tale categoria, visto che l'articolo 67 non aveva approntato una disciplina omogenea per tutti i soggetti ivi menzionati (o, il che è lo stesso, che si era persa l'occasione per dettare una disciplina unificante).

A tal proposito, può sin da subito affermarsi che tali considerazioni “fotografano” esattamente la realtà: sul tema, però, sembra utile evidenziare che lo scopo della dislocazione delle diverse entità plurisoggettive disciplinate all'art.67 in un articolo unico, non era quello di fornire una disciplina “unificante” delle medesime, (scopo impossibile da realizzare per le ragioni chiarite nella Relazione, e su cui di seguito ci si soffermerà) quanto quella di marcare la differenza tra le strutture “stabili” normate sub art. 67^{xxiii} e i consorzi ordinari (costituiti, cioè, per una singola gara) menzionati alla lett. f) dell'art. 65 c.II del codice (“*i consorzi ordinari di concorrenti di cui all'articolo 2602 del codice civile, costituiti o costituendi tra i soggetti di cui alle lettere a), b), c) e d) del presente comma, anche in forma di società ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile;*”) che per analogia di disciplina, unitamente ai raggruppamenti, sono stati disciplinati nel successivo articolo 68.^{xxiv}

Differentemente da quanto accaduto per gli artt. 65, 66, 68 e 69 (laddove per questi ultimi la bozza trasmessa dalla Commissione al Governo è stata recepita senza modifiche), la bozza dell'art. 67 è stata in qualche punto modificata dal Governo. In nota, è stato riportato il testo dell'art. 67, con l'evidenziazione delle modifiche apportate dal Governo dopo la trasmissione del testo medesimo da parte della Commissione, che si sono sostanzialmente strutturate:

a) nella ricomprensione (al comma 1 dell'art. 67) dei consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422 e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577 di cui all'art. 65 c. 2

lett b) tra i soggetti rientranti – quanto ai requisiti di capacità tecnica e finanziaria per l’ammissione alle procedure di affidamento- nella disciplina del regolamento richiamato dall’art. 100 comma 4 (id est: l’allegato II.12);

b) in un’operazione di maquillage con lo spostamento di un inciso della bozza trasmessa in origine contenuto nella lett. b del comma 2 dell’art 67 riguardante gli appalti di lavori, nel successivo, autonomo, comma 8 del medesimo art. 67.

In ultimo, può adesso essere chiarito, alla luce delle osservazioni di avveduta, recente, giurisprudenza quel criptico inciso contenuto nel paragrafo precedente, in forza del quale si è avvertito che lo “scorporo” della previsione omnicomprensiva dei consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro e dei consorzi tra imprese artigiane prima contenuta alla lettera b del detto comma 2 dell’art. 45, nelle due distinte lettere, b e c, dell’art. 65, non costituiva una semplice operazione di restyling.

Come colto, infatti, dalla giurisprudenza che esaminava la legge *ratione temporis* applicabile alla gara (e quindi l’art. 45 del d.Lgs. n. 50 del 2016), *“la disposizione in commento è stata sostanzialmente riprodotta all’art. 65, del codice n. 36/2023, con la sola differenza che rispetto alla previgente disposizione è stata aggiunta un’apposita lettera c) per la figura dei consorzi tra imprese artigiane, prima ricompresi nella lettera b) disciplinante i consorzi di cooperative. Tale diversa collocazione nel nuovo codice è comunque utile sul piano esegetico in quanto sollecita a riflettere sull’esigenza, avvertita dal legislatore, di non accomunare più sotto un’unica lettera fenomeni consortili sostanzialmente diversi fra di loro, essendo i consorzi di cooperative caratterizzati da una disciplina peculiare (già Consiglio di Stato, Sezione V, 28 maggio 2004, n. 3465, sottolineava la dimensione sostanziale di stampo fortemente pubblicistico “per la diuturna ed immanente presenza pubblicistica, dalla nascita alla estinzione del soggetto”). Si tratta, in particolare, della disciplina introdotta dalla legge 25 giugno 1909, n. 422, dal r.d. 12 febbraio 1911, n. 278 e dal decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato del 14 dicembre 1947, n. 1577 (cd. legge Basevi). L’art. 1 della legge 422/1909 istituisce una figura peculiare connotata da una precisa finalità (“le società cooperative di produzione e lavoro legalmente costituite possono riunirsi in consorzio per assumere in tutte le parti del Regno appalti di opere pubbliche dello Stato e degli enti morali”) e il successivo art. 4 prevede che “Il consorzio di cooperative costituisce persona giuridica e soggiace alle norme del codice di commercio per le sue operazioni commerciali e per tutti gli effetti che ne derivano”. Le società cooperative consorziate si caratterizzano, dunque, per il fatto che, allo scopo mutualistico della cooperativa, si somma la funzione, anch’essa mutualistica, del consorzio e, per tale motivo, esse sono comunemente qualificate come società cooperative “di secondo grado”. Tale peculiare natura conferisce ai consorzi di cooperative totale autonomia dalle imprese consorziate, derivando dal riconoscimento della personalità giuridica fondamentali corollari sul piano organizzativo e funzionale. Le consorziate, infatti, finché perdura il vincolo consortile, operano quali meri interna corporis di un soggetto autonomo e distinto, appunto il consorzio di cooperative, unico soggetto al quale l’ordinamento riconosce rilevanza ed efficacia giuridica in via autonoma dalle figure soggettive che lo compongono. Di qui la particolare disciplina pubblicistica alla quale sono assoggettati i consorzi di cooperative, attraverso penetranti controlli e vigilanza pubblica dal momento della nascita, a quello della loro operatività e fino alla estinzione. La premessa dalla quale principia quindi il Tar, ossia che la vicenda si presta ad una lettura “sostanziale/fattuale” tale da potersi sic et simpliciter assimilare le figure soggettive dei consorzi di cooperative a quelle dei consorzi stabili e ordinari, con conseguente applicazione in via estensiva della relativa disciplina, trascura anzitutto di considerare il dato storico e normativo, all’origine invero di un ‘unicum’ nel panorama dell’intero fenomeno cooperativistico e consortile.” (Cons. Stato, Sez, VII, n. 3332 dell’11 aprile 2024).^{xxv}*

E d'altro canto, detta operazione di “scorporo” trova corrispondenza nel disposto di cui al comma 3 dell'art. 97, sul quale ci si soffermerà di qui a poco (che non menziona i consorzi di cooperative) e, in positivo, nella “previsione separata” di cui al comma 5 dell'art. 67 riguardante i predetti consorzi di cooperative (“*I consorzi di cooperative possono partecipare alla procedura di gara, fermo restando il disposto degli articoli 94 e 95, utilizzando requisiti propri e, nel novero di questi, facendo valere i mezzi nella disponibilità delle cooperative che li costituiscono.*”). Per concludere, e “semplificando”: proprio le peculiarità intrinseche dei consorzi tra società cooperative di produzione e lavoro, e le differenze strutturali di questi rispetto agli altri operatori “composti” di cui all'art. 67, ha impedito di formulare una disciplina identica e unificante.

4.1. Le ragioni dell'assenza di una disciplina unitaria.

Le ragioni per le quali i consorzi “non necessari” di cui all'art. 67 del codice sono stati disciplinati differentemente dai consorzi ordinari (costituiti, cioè, per una singola gara) menzionati alla lett. f) dell'art. 65 c.II del codice e disciplinati dal successivo art. 68, sono assolutamente evidenti: per brevità ci si limita a sottolineare la profonda diversità strutturale e inassimilabilità tra dette figure, e l'assenza, nei secondi, di una “comune struttura di impresa”, rinviando, per il resto, alla considerazione della importante decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 5 del 18 marzo 2021, che si riportano in nota.^{xxvi}

Passando adesso a descrivere, sinteticamente, la disciplina sostanziale racchiusa nell'art. 67, nel ribadire che le motivazioni in forza delle quali si è ritenuto non potesse apprestarsi una disciplina identica a tutte le entità soggettive contemplate nell'articolo, riposano nella diversità strutturale degli uni rispetto agli altri, (e segnatamente dei consorzi tra società cooperative rispetto alle altre entità soggettive ivi menzionate, come prima anticipato) si è così proceduto:

a) si è ritenuto di potere apprestare analoga disciplina “di riferimento” ai consorzi fra imprese artigiane rispetto ai consorzi stabili, e ai consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria così recependo le indicazioni della giurisprudenza;^{xxvii} agli stessi sono stati “affiancati”(nel testo finale pubblicato in GU, come chiarito nel precedente paragrafo) nel “rimando” alla disciplina regolamentare i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422 e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, e successive modificazioni;

b) per tutte queste formazioni plurisoggettive, (ad esclusione di quelle di cui alla lett. b del comma 2 dell'art. 65 “*i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422 e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577*”) è stata dettata una disciplina transitoria della loro qualificazione, che è contenuta nell'allegato II.12, destinata ad essere sostituita da un atto regolamentare (cfr. rinvio all'art. 100 comma 4 contenuto al comma 1 dell'art. 67) e il regime degli affidamenti (per i quali non si applica il detto allegato II.12);^{xxviii} si anticipa sin d'ora che i soggetti di cui alla lett. b del comma 2 dell'art. 65 trovano la loro disciplina nel comma 5 del predetto art. 67;

c) è stato in particolare stabilito (c. 2)^{xxix} che per gli appalti di servizi e forniture che i requisiti di capacità tecnica e finanziaria sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate, mentre per gli appalti di lavori, si

è disposto in continuità con il sistema vigente riguardante l'attestazione SOA del consorzio, che consente la sommatoria dei requisiti posseduti dalle singole consorziate^{xxx}; il che invero appieno il sistema c.d. del "cumulo alla rinfusa";

d) consorzi stabili, consorzi fra imprese artigiane e consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria, (comma 3) e loro consorziati esecutori o che prestino i loro requisiti al consorzio, devono essere, tutti, ai sensi del comma 3, in possesso dei requisiti generali;^{xxxi} l'applicazione dell'istituto ai soggetti che "prestano i requisiti" si è resa necessaria in quanto le consorziate che prestano i requisiti sono assimilate agli ausiliari: il rapporto che si instaura è "molto simile a quello dell'avvalimento" (Ad. plen. 18 marzo 2021 n. 5), e quindi soggiace al regime di quest'ultimo, per il quale, d'altro canto, la stessa Corte di giustizia ha applicato l'istituto della c.d. "sostituzione" (3 giugno 2021, in causa C-210/20);

e) la disposizione contenuta al quarto comma dell'art. 67 ricomprende più previsioni: segnatamente, la prima parte del comma 4 contiene una previsione autonoma, "dedicata" ai consorzi stabili, e ai i consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria di cui alla lett.g del comma 1 dell'art.66 che a propria volta riproduce il contenuto del comma 2 dell'art. 47 del decreto legislativo n. 50 del 2016, e onera i consorzi stabili e quelli "ingegneristici" ad indicare se eseguono le prestazioni con la propria struttura o tramite i consorziati; per altro verso, è stata mantenuta immutata l'antevigente disposizione che chiarisce che l'esecuzione delle prestazioni da parte dei consorziati non integra subappalto;

e1) in seno al predetto comma 4 è stato trasfuso il contenuto del terzo periodo dell'art. 47 del d.Lgs. n. 50 del 2016 (*"L'affidamento delle prestazioni da parte dei soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettera b), ai propri consorziati non costituisce subappalto"*) concernente i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro e i consorzi fra imprese artigiane, ed è stato stabilito che, laddove il consorziato designato sia, a sua volta, un consorzio di imprese artigiane, è tenuto anch'esso a indicare, in sede di offerta, i consorziati per i quali concorre; lo sdoppiamento della disposizione "segue" una spirazione classificatoria e la volontà di indicare partitamente la disciplina dei singoli soggetti, mentre, sotto il profilo sostanziale, mira a soddisfare l'esigenza che le stazioni appaltanti conoscano in anticipo chi sono i soggetti che in concreto eseguiranno le prestazioni;

e2) nella Relazione, è stata chiarita la ragione per la quale si è ritenuto di dettare una disciplina autonoma (indicata nel comma 5) per i consorzi di cooperative^{xxxii};

e3) l'ultima parte del comma 4, invece, supera quanto previsto nell' art. 48, comma 7, del d.Lgs n. 50 del 2016, ed è stata inserita- come approfonditamente chiarito nella Relazione - considerando la giurisprudenza della Corte di giustizia e la procedura di infrazione n.2018/2273;^{xxxiii} in proposito, resta soltanto da rappresentare che durante i lavori della Commissione (sempre muovendo dalla condivisa esigenza di elaborare una proposizione che tenesse conto della procedura d'infrazione avviata) era stato prospettato anche un testo alternativo, che era il seguente: *"la partecipazione alla gara in qualsiasi altra forma da parte del consorziato designato dal consorzio offerente integra i presupposti della causa escludente di cui all'art. 95 comma1 lett. d- (corrispondente e art. 80 comma 5 lett. m), sempre che l'operatore economico non dimostri che la circostanza non ha influito sulla gara né è idonea a incidere sulla capacità di rispettare gli obblighi contrattuali e solo dopo e comunque fatta salva la facoltà di cui ai commi 5 e 6 dell'art. xy (art. 45 del d.Lgs. 50/2016)"*;

f) il quinto comma, è “dedicato” ai consorzi di cooperative di cui alla lett. b) dell’art.65: questi, devono essere in possesso dei requisiti generali e dei requisiti di qualificazione, potendo mutuare i mezzi anche dalle consorziate, armonicamente a quanto a più riprese affermato dalla giurisprudenza;^{xxxiv}

g) al comma 6 è rimasto inalterato il rinvio ad altra fonte (art. 100, e, per esso, Allegato II.12) per la determinazione dell’imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati: la disposizione, nella sostanza, ripropone il contenuto della seconda parte del comma 2 dell’art. 47 (“*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*”) e della seconda parte del comma 2 bis del medesimo art. 47 dell’antevigente codice (“*In caso di scioglimento del consorzio stabile 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*”);

h) mentre il comma 7 specifica che possono essere oggetto di avvalimento solo i requisiti maturati dallo stesso consorzio, l’ottavo e ultimo comma, non era contenuto- si ripete- nella bozza originaria trasmessa dalla Commissione: il Governo ha ivi voluto allocare, riferendola alla attestazione SOA, la disciplina che, nella bozza, era stata collocata nel comma II (disciplina, peraltro, sostanzialmente sovrapponibile al previgente art. 36 comma 7 d.lgs. n. 163/2006, a dimostrazione della *volontà* di consentire ai “*consorzi stabili di attestare, per i lavori, i requisiti di qualificazione attraverso l’attestazione SOA del consorzio, nella quale si sommano i requisiti posseduti dalle singole consorziate*”).

4.2. Brevi considerazioni.

In attesa che la giurisprudenza si pronunci sulla sopracitata disciplina, può sin d’ora affermarsi -incentrando l’analisi sui consorzi “non necessari” e tuttavia con ciò fornendo qualche anticipazione relativa anche alla disciplina contenuta nell’art. 68 sulla quale ci si soffermerà più approfonditamente di seguito - che:

a) i consorzi stabili ex art. 67 comma 4 (ma anche i consorzi ordinari ex art. 68 comma 2) devono indicare le consorziate esecutrici in sede di gara, mentre le autorizzazioni e gli altri titoli abilitativi per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione ai sensi del comma 3 dell’articolo 100 sono posseduti, in caso di lavori o di servizi, dal consorzio esecutore;

b) i requisiti di qualificazione, a regime, saranno disciplinati, a regime, dal regolamento di cui all’articolo 100, comma 4;

c) nelle more dell’adozione del regolamento di cui all’articolo 100 comma 4, detti requisiti sono disciplinati appunto dall’art. 67 comma 2 in relazione all’allegato II.12 e si applica, in sintesi, un sostanziale cumulo alla rinfusa,^{xxxv} con ciò intendendosi che i consorzi stabili si possono qualificare giovandosi dei requisiti posseduti dalle singole imprese consorziate, indipendentemente dall’essere queste indicate come esecutrici del contratto (sul tema si tornerà, ancora: di seguito, qui ci si limita ad anticipare che la giurisprudenza muovendo dall’art. 67 del codice ha affermato l’immediata applicabilità dell’art. 225 comma 13 qual norma di interpretazione autentica, e, quindi, in vigore dall’1 aprile 2023, e non soggetto a efficacia differita, facendone discendere per gli appalti di lavori che i consorzi, per la partecipazione alle procedure di gara possono utilizzare, per qualificarsi, tanto i requisiti maturati in proprio, tanto quelli delle imprese

consorziate, in quanto, se il consorzio stabile è in possesso, in proprio, dei requisiti partecipativi richiesti dalla legge di gara, non osta in senso contrario l'assenza della qualificazione SOA in capo alla consorziata esecutrice dei lavori)^{xxxvi};

d) in sostanza, risulta superata la precedente disciplina contenuta nel comma I dell'art. 47 del d.Lgs. n. 50 del 2016 (*"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"*) nella parte in cui quest'ultimo imponeva il possesso dei requisiti *"agli stessi"* enti plurisoggettivi, e poi, nella seconda parte del predetto comma, stabiliva l'eccezione del computo cumulativo per taluni requisiti soltanto (*"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"*): in sintesi, l'eccezione della previgente disciplina è divenuta regola; e) i consorzi di cooperative possono partecipare alla procedura di gara, (fermo restando il disposto degli articoli 94 e 95) utilizzando requisiti propri e, nel novero di questi, facendo valere i mezzi nella disponibilità delle consorziate che li costituiscono (secondo la norma transitoria di cui all'art. 67 comma 5);

f) i consorzi ordinari di operatori economici sono ammessi alla gara se gli imprenditori o altro raggruppamento che vi partecipano, oppure gli imprenditori consorziati, abbiano complessivamente i requisiti relativi alla capacità economica e finanziaria e alle capacità tecniche e professionali, ferma restando la necessità che l'esecutore sia in possesso dei requisiti prescritti per la prestazione che lo stesso si è impegnato a realizzare ai sensi del comma 2. (art. 68 comma 11);

g) il comma 3 dell'art. 67 del codice, per la prima volta rispetto al passato, stabilisce espressamente la necessità che i requisiti generali prescritti ai fini dell'affidamento siano attestati, oltre che dal consorzio stabile, altresì dalle consorziate esecutrici indicate in gara e dalle esecutrici che prestano i requisiti, così recependo quanto acclarato da lungo tempo dalla giurisprudenza formatasi in materia: peraltro, l'art. 32 dell'allegato II.12 al Codice, rubricato *"consorzi stabili"*, in punto di qualificazione di tali operatori specifica quanto di seguito: *"1. I consorzi stabili di cui agli articoli 65, comma 1, lettera d), e 67, comma 4, del codice, eseguono i lavori 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. 2. I consorzi stabili conseguono la qualificazione a seguito di verifica dell'effettiva sussistenza in capo alle singole consorziate dei corrispondenti requisiti. 3. Il conseguimento della qualificazione da parte del consorzio stabile non pregiudica la contemporanea qualificazione dei singoli consorziati, ma il documento di qualificazione di questi ultimi deve riportare la segnalazione di partecipazione a un consorzio stabile. 4. In caso di scioglimento del consorzio stabile ai consorziati sono attribuiti pro quota i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi maturati a favore del consorzio in quanto da questi non assegnati in esecuzione ai consorziati. Le quote di assegnazione sono proporzionali all'apporto reso dai singoli consorziati nell'esecuzione dei lavori nel quinquennio antecedente"*.

5. Raggruppamenti temporanei^{xxxvii} e consorzi "ordinari".

Come si evince dalla rubrica dell'art. 68, e da quanto si è finora esposto a proposito dello “snellimento” della disposizione di cui all'art. 65 del codice (quest'ultima, si ripete, corrispondente all'art. 45 del d.Lgs. 50 del 2016), in detto art. 68 sono state fatte confluire le norme che regolamentano la partecipazione alle gare dei soggetti menzionati alle lett. e) e f) dell'art. 65 medesimo, ivi ricomprendendosi quelle in precedenza allocate nel predetto, previgente, art. 45 (si ripete, per chiarezza: i commi terzo, e quinto dell'abrogato art. 45, non sono stati affatto abrogati, ma sono stati trasfusi nella sede “propria”, e cioè sub art. 68 commi 4 e 10 del d.Lgs. 31 marzo 2023 n. 36).

Il “ragionamento”, seguito dalla Commissione, e che si espone qui, in via di estrema sintesi, è stato il seguente (se gli obiettivi perseguiti siano stati, o meno, realizzati, sarà il tempo - e il fondamentale apporto della giurisprudenza - a stabilirlo).

Quanto alla “organizzazione”, dell'ordito normativo, si è voluto seguire uno sviluppo il più possibile “ordinato”, per cui, dopo l'indicazione dei singoli operatori economici, esposta all'art. 65, e all'art. 66, si è tentato di disciplinare all'art. 67 tutti quelli “diversi” dagli r.t.i. e dai consorzi ordinari (quelli, cioè che, si ripete, nascono per un'unica gara e “muoiono” con essa) dedicando a questi ultimi un'unica disposizione (appunto l'art. 68).

Quanto invece, in particolare, all'art. 68, la premessa maggiore dalla quale ha preso le mosse l'attività di riformulazione, è enunciata nell'incipit della Relazione, e sembra opportuno (vista la portata determinante che essa ha spiegato, sui lavori) riportarla qui, per esteso, piuttosto che relegarla in nota: *“I commi 1, 2, 6 e 7-bis dell'art. 48 del decreto legislativo n. 50 del 2016, sono superati da Corte di giustizia, sez. IV, 28 aprile 2022 in causa C-642/20 (punti 38, 39 e 40: nonostante gli artt. 19 e 63 direttiva, non è ammissibile che uno Stato membro predetermini le modalità esecutive all'interno del raggruppamento)^{xxxviii}. In base a detta pronuncia, l'art. 83, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016, imponendo all'impresa mandataria del raggruppamento di operatori economici di eseguire le prestazioni “in misura maggioritaria” rispetto a tutti i membri del raggruppamento, fissa una condizione più rigorosa di quella prevista dalla direttiva 2014/24.”.*

Conseguentemente, la disciplina complessiva è stata riformulata integralmente, nei termini che verranno chiariti di seguito. In via di anticipazione, si può osservare che la disposizione in commento è senza dubbio quella più piena di novità, la più importante delle quali riposa nel venir meno della distinzione fra raggruppamenti verticali e orizzontali (e misti) e della relativa disciplina che ne regolava le caratteristiche. La antecedente disciplina era proprio volta a regolamentare le modalità di qualificazione e di esecuzione dell'appalto da parte dei raggruppamenti, nel presupposto della “primazia” dell'impresa mandataria, con le conseguenze stigmatizzate dalla pronuncia del Giudice europeo appena prima menzionata. La nuova configurazione dell'istituto del raggruppamento si struttura nel consentire la presentazione di un'offerta sulla base del solo mandato collettivo, senza richiedere ulteriori requisiti e comportando la responsabilità solidale dei partecipanti.

5.1. La sentenza “Caruter” della Corte di Giustizia.

Storicamente, il favor della disciplina comunitaria verso i raggruppamenti temporanei d'impresa (“figura” questa, che ha matrice europea, sebbene qualche legge regionale precedente avesse in precedenza dettato una disciplina embrionale dei medesimi)si

giustifica in chiave antimonopolistica e in funzione concorrenziale: unendosi, gli operatori possono qualificarsi per gare per le quali, isolatamente considerati, sarebbero stati privi di requisiti.

Questo favor, - che ha negli anni dato luogo a un progressivo affinamento della legislazione comunitaria e nazionale- è stato di recente riaffermato dai Giudici europei nella sentenza del 2022 che intitola questo paragrafo.

E posto che i principi affermati dalla Corte di Giustizia sez. IV, 28 aprile 2022 nella causa C-642/20 hanno rivestito una portata determinante e “condizionante” nella predisposizione della vigente disciplina, sembra opportuno soffermarsi brevemente sulla medesima.

L’ordinanza di rimessione in Corte di Giustizia, era stata formulata dal Cgars nella causa r.g.n. 260/2022.^{xxxix}

La Corte di Giustizia, con la detta decisione ha;

a) sintetizzato il quesito formulato dal Giudice nazionale, nei seguenti termini: *”con la sua questione il giudice del rinvio domanda, in sostanza, se l’articolo 63 della direttiva 2014/24, in combinato disposto con gli articoli 49 e 56 TFUE, debba essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale secondo la quale l’impresa mandataria di un raggruppamento di operatori economici partecipante ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico deve possedere i requisiti previsti nel bando di gara ed eseguire le prestazioni di tale appalto in misura maggioritaria”*;

b) ricostruito il quadro normativo comunitario, e quello nazionale che, in tesi, collideva con il primo;

c) affermato, infine, il principio per cui *“l’articolo 63 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale (art. 83, comma 8, III periodo, del d.lgs. 50/2016 n.d.r.) secondo la quale l’impresa mandataria di un raggruppamento di operatori economici partecipante a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico deve possedere i requisiti previsti nel bando di gara ed eseguire le prestazioni di tale appalto in misura maggioritaria.”*.

Risulta centrale, nell’economia del ragionamento del Giudice europeo, -oltre a quelli menzionati della Relazione- il considerando 37 della detta sentenza, secondo cui *“imponendo all’impresa mandataria del raggruppamento di operatori economici di eseguire le prestazioni «in misura maggioritaria» rispetto a tutti i membri del raggruppamento, vale a dire di eseguire la maggior parte dell’insieme delle prestazioni contemplate dall’appalto, l’articolo 83, comma 8, del Codice dei contratti pubblici fissa una condizione più rigorosa di quella prevista dalla direttiva 2014/24, la quale si limita ad autorizzare l’amministrazione aggiudicatrice a prevedere, nel bando di gara, che taluni compiti essenziali siano svolti direttamente da un partecipante al raggruppamento di operatori economici.”*.

La conseguenza esegetica che se ne è tratta – e che ha informato di sé l’impianto dell’art. 68- è stata quella per cui al Legislatore nazionale era preclusa una limitazione nella configurazione dei raggruppamenti disposta in via generale e astratta, mentre eventualmente, per particolari esigenze, detta iniziativa poteva essere assunta dalle stazioni appaltanti; la disciplina nazionale di recepimento della normativa comunitaria, invece, doveva limitarsi ad intervenire, in particolari casi sui requisiti di qualificazione.

Le prime decisioni della giurisprudenza amministrativa hanno avvalorato tali conclusioni.^{xl}

5.2. La sintesi delle novità della disciplina applicabile ai raggruppamenti temporanei e ai consorzi ordinari.

La mancata riproposizione delle disposizioni che tracciavano il discrimen tra Rti orizzontali e verticali^{xli} non si è limitata, ovviamente, ad una innovazione puramente lessicale. Sotto un profilo più squisitamente sostanziale, la ripartizione delle quote di partecipazione al Rti (o Ati) e la suddivisione delle quote da eseguire è stata lasciata alla libera e autonoma decisione del Rti, mentre è stata stabilita la responsabilità solidale di tutti i componenti del Rti e di tutti i consorziati nei confronti della stazione appaltante: in altre parole, la “novella” concerne sia la partecipazione alle procedure e la regolamentazione delle quote assegnate ai componenti del raggruppamento ai fini della qualificazione e della esecuzione del contratto, che il conseguente regime di responsabilità in capo ai medesimi operatori economici raggruppati (o consorziati) verso la stazione appaltante; viene meno, appunto, il “regime” di precostituzione dei limiti alla struttura del Rti “disegnato” in passato dall’art. 48 del d.Lgs. n. 50 del 2016. Ciò, come conseguenza del convincimento dei Giudici europei, secondo cui l’art. 83, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016, imponendo all’impresa mandataria del raggruppamento di operatori economici di eseguire le prestazioni “in misura maggioritaria” rispetto a tutti i membri del raggruppamento, fissava una condizione più rigorosa di quella prevista dalla direttiva 2014/24. L’antevigente impianto normativo del 2016 si fondava, appunto, sulla prescrizione di una quota maggioritaria in capo alla impresa mandataria; le nuove regole introdotte prevedono la presentazione dell’offerta da parte del raggruppamento (o del consorzio), sulla base di un mandato collettivo, senza ulteriori prescrizioni, e la conseguente responsabilità solidale dei partecipanti alla compagine (il comma 9 del medesimo art. 68, che ha in tal ultimo senso implementato quanto precedentemente disposto dall’art. 48, comma 5, del d.Lgs. n. 50/2016). Se ne ricava, in via di sintesi, quanto segue:

a) viene meno la *primauté ex lege* dell’impresa mandataria, che si strutturava nel possesso dei requisiti ed esecuzione delle prestazioni in capo a quest’ultima, in misura maggioritaria rispetto alle mandanti, pur facultizzandosi le stazioni appaltanti ove “*proporzionato e giustificato da motivazioni obiettive*” a “*specificare nei documenti di gara le modalità con cui i raggruppamenti di operatori economici ottemperano ai requisiti in materia di capacità economica e finanziaria o di capacità tecniche e professionali*”; (art. 68 c.4 lett b); al comma 10 si rinviene, condizionata sempre al parametro della ragionevolezza, l’ulteriore facoltà rimessa alle stazioni appaltanti (“*Le stazioni appaltanti possono richiedere ai raggruppamenti di operatori economici condizioni per l’esecuzione di un appalto diverse da quelle imposte ai singoli partecipanti, purché siano proporzionate e giustificate da ragioni oggettive.*”);

b) se non, ormai, a meri fini descrittivi, viene meno la distinzione tra prestazioni “principali” e “secondarie” dell’appalto;

c) a questa “deregulation” in punto di strutturazione dei raggruppamenti temporanei di impresa si è fatta conseguire la responsabilità solidale di tutti i partecipanti, con conseguente soppressione della clausola “perimetrativa” della solidarietà in passato contenuta nella seconda parte del comma 5 dell’art. 48 del d.Lgs. n. 50 del 2016 (“*Per gli assuntori di lavori scorporabili e, nel caso di servizi e forniture, per gli assuntori di prestazioni secondarie, la responsabilità è limitata all’esecuzione delle prestazioni di rispettiva competenza, ferma restando la responsabilità solidale del mandatario*”);

d) come già anticipato al punto 4.2. in sede di commento all'art. 67, si ripete nuovamente (e sul tema si tornerà anche successivamente) che è stata espressa chiaramente la cumulabilità dei requisiti di qualificazione da parte delle imprese del raggruppamento, pur nella necessità che l'esecutore sia in possesso dei requisiti prescritti per la prestazione di propria competenza (comma 11 dell'art. 68: *“I consorzi ordinari di operatori economici sono ammessi alla gara se gli imprenditori o altro raggruppamento che vi partecipano, oppure gli imprenditori consorziati, abbiano complessivamente i requisiti relativi alla capacità economica e finanziaria e alle capacità tecniche e professionali, ferma restando la necessità che l'esecutore sia in possesso dei requisiti prescritti per la prestazione che lo stesso si è impegnato a realizzare ai sensi del comma 2.”*);

e) all'art. 97 (disposizione, quest'ultima, ricompresa nel “pacchetto” delle cinque disposizioni di cui agli artt. 94-98 che hanno preso il posto dell'art. 80 del d.Lgs. 50 del 2016 in tema di disciplina dell'esclusione dell'operatore economico) che verrà partitamente esaminato di seguito, è stata dettata una autonoma previsione (pregna di conseguenza con riferimento al regime di immodificabilità in passato previsto) circa la possibile modifica dei raggruppamenti (e dei consorzi “ordinari” ma anche di quelli formati da imprese artigiane, nonché dei consorzi stabili, limitatamente alle consorziate esecutrici e a quelle aventi i requisiti dei quali i consorzi si avvalgono);

f) infine, il comma 12 dell'art. 48 disciplina la vexata quaestio dell'istituto della c.d. “cooptazione”.

Prima di esaminare più puntualmente l'articolo 68 (il che avverrà avvalendosi, come fatto finora, anche e soprattutto delle considerazioni contenute nella Relazione al codice) saranno consentite alcune brevi notazioni, la prima “di cronaca” e la seconda “autocritica”:

a) la bozza dell'articolo 68 trasmessa dalla Commissione al Governo, è stata pubblicata in Gazzetta Ufficiale senza alcuna modifica;^{xlii}

b) effettivamente, rileggendo sinotticamente tutte e quattro le disposizioni che compongono questo “microcosmo”, è agevole riscontrare che ricorrono, nel testo, talune ripetizioni: limitandosi a citarne una per tutte, l'ultima parte del comma 4 dell'art. 67 (*“La partecipazione alla gara in qualsiasi altra forma da parte del consorziato designato dal consorzio offerente determina l'esclusione del medesimo se sono integrati i presupposti di cui all'articolo 95, comma 1, lettera d), sempre che l'operatore economico non dimostri che la circostanza non ha influito sulla gara, né è idonea a incidere sulla capacità di rispettare gli obblighi contrattuali, fatta salva la facoltà di cui all'articolo 97.”*) riproduce lo stesso concetto espresso nel comma 14 del successivo art.68(*“La partecipazione alla gara dei concorrenti in più di un raggruppamento o consorzio ordinario, ovvero in forma individuale qualora abbiano partecipato alla gara medesima in raggruppamento o consorzio ordinario, determina l'esclusione dei medesimi se sono integrati i presupposti di cui all'articolo 95, comma 1, lettera d), sempre che l'operatore economico non dimostri che la circostanza non ha influito sulla gara, né è idonea a incidere sulla capacità di rispettare gli obblighi contrattuali”*); è, questo, “un inconveniente” che è riscontrabile in altre parti del codice (esemplificativamente: se si pone mente locale alla disciplina sui requisiti generali di cui agli artt. 94-98, si noterà, ad esempio, che la frase *“in nessun caso l'aggiudicazione può subire dilazioni”* ricorre più volte); nel corso della procedura di drafting (ma anche prima, per il vero) la Commissione si era resa conto di ciò: è sembrato però

che le esigenze di chiarezza facessero premio su considerazioni “stilistiche”, tantopiù che trattavasi di istituti che avevano dato luogo a divergenze interpretative e ad un cospicuo contenzioso, per cui si è preferito ridurre al minimo le disposizioni di “rinvio interno”.

5.3. Le cause escludenti dei raggruppamenti e dei consorzi.

L’osservazione che “chiude” il paragrafo precedente, costituisce un buon viatico per un breve commento dell’articolo 97, la cui rubrica recita, testualmente “*Cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti*”. Alla formulazione di un articolo autonomo^{xliii}, si è pervenuti per le ragioni chiarite nella Relazione: “*tenuto conto delle incertezze applicative che avevano indotto la giurisprudenza ad intervenire a più riprese sulle antevigenti disposizioni, è sembrato corretto, a fini sistematici e di chiarificazione, allocare in questa parte del codice la disciplina della c.d. “sostituzione” od “estromissione” del partecipante al raggruppamento, che, sebbene successiva al verificarsi dell’evento passibile di conseguenze espulsive, in realtà si pone a monte delle iniziative della stazione appaltante e previene l’adozione di misure espulsive*”.^{xliv} E’ stata così “superata” l’antevigente previsione contenuta ai commi 17 e 18 dell’art. 48 del decreto legislativo n. 50 del 2016, (sulla scorta dell’affermazione di principio contenuta nel secondo periodo del comma 9 dell’art. 48 del d.lgs. n. 50 del 2016”*Salvo quanto disposto ai commi 17 e 18, è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall’impegno presentato in sede di offerta*”) dando diretta attuazione all’ art. 63 paragrafo 1 comma 2 della direttiva 24/2014 siccome interpretato resa da Corte di giustizia, sez. IX, 3 giugno 2021, nella causa C-210/20.^{xlv}

Si rammenta in proposito che, secondo il Giudice europeo, infatti, sarebbe stato anticomunitario escludere automaticamente un raggruppamento (qualora una impresa ausiliaria non abbia più le condizioni stabilite dalla legge e dal disciplinare di gara) senza poter permettere all’operatore economico di sostituire detto soggetto. Pertanto è stata riconosciuta al Rti la facoltà di sostituire o estromettere l’operatore per le cause escludenti verificatesi in corso di gara e per le cause che, pur verificatesi prima della gara, l’operatore economico possa provare l’impossibilità ad intervenire precedentemente. Al comma 2^{xlvi} è stata prevista, per le stesse motivazioni e se sussistono i requisiti, la possibilità per l’operatore economico di effettuare l’estromissione con la conseguente diminuzione dell’operatore economico costituito da un raggruppamento di imprese. Nella strutturazione del principio, si è ovviamente tenuto conto di quanto affermato dalle pronunce dell’Adunanza plenaria nn. 5 del 2021, 9 del 2021 e 2 del 2022, che avevano ammesso la modificazione “in riduzione” e, per dirla con le parole utilizzate della Relazione, “*sulla scorta della convinzione che l’istituto di cui all’art. 63, paragrafo 1, comma 2, della direttiva 24/2014 possa applicarsi non solo alla sostituzione, prevista espressamente dalla direttiva medesima, ma anche alla modifica per riduzione dell’operatore economico con identità plurisoggettiva*” (in quanto di minore impatto). Infine, nel terzo e ultimo comma, è stato stabilito che dette disposizioni si applichino sia ai consorzi ordinari che a quelli formati da imprese artigiane, nonché ai consorzi stabili, limitatamente alle consorziate esecutrici ed a quelle avente i requisiti dei quali i consorzi si avvalgono. La necessità di rispettare la *par condicio* e di non stravolgere le regole di gara ha imposto - sulla scorta del caveat affermato dalla Corte di giustizia in merito alla circostanza che “*la sostituzione del soggetto interessato non conduca a una modifica sostanziale dell’offerta di tale offerente*” (Corte di giustizia, sez. IX, 3 giugno 2021,

in causa C-210/20) – di assicurare che la modificazione della compagine dell’operatore economico avvenga “*fatta salva l’immodificabilità sostanziale dell’offerta presentata*”. In altre parole: una volta che ci si era risolti a intervenire su quella che era considerata – in passato- una caratteristica indefettibile degli R.t.i., direttamente ricondotta al superiore principio della garanzia della *par condicio* tra i competitori, è sembrato utile disciplinare in dettaglio tale novità.^{xlviii} Restano, quindi, fuori dal perimetro del comma terzo dell’art. 97, tra i soggetti menzionati dal comma 2 dell’art. 65, unicamente “*i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422 e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, e successive modificazioni;*”. Va da sé infine che la disposizione di cui all’art. 97 “ai allinea” a quanto previsto nel precedente art. 96 (non a caso richiamato espressamente al comma I dell’art. 97 medesimo: “*Fermo restando quanto previsto dall’articolo 96, commi 2, 3, 4, 5 e 6*”). Se, infatti, su un piano generale, all’art. 96 si era individuato -per tutti gli operatori economici- il momento dell’aggiudicazione (e non più quello della scadenza del termine di presentazione dell’offerta) quale barrage finale dell’adozione degli istituti c.d. di “self-cleaning, sarebbe stato discriminatorio nei confronti degli operatori “pluricomposti” non consentire la sostituzione fino al momento dell’aggiudicazione (art. 97 comma I lett, b).

5.4. Rti e consorzi ordinari: la antevigente disciplina riprodotta.

Così individuata la ratio della riorganizzazione della disciplina, e le principali novità, si può passare all’analisi dell’art. 68, cercando, per quanto possibile, di omettere di ripetere considerazioni già esposte e limitandosi a esporre le “corrispondenze” rispetto alla disciplina previgente contenuta nel d. Lgs. n. 50 del 2016 con riferimento ai commi dell’articolo che non presentano novità di rilievo rispetto alla previgente disciplina.

In particolare, si osserva immediatamente che:

- a) al comma 1 è stato trasposto, senza variazioni, il comma 8 dell’art. 48 del decreto legislativo n.50 del 2016;
- b) il comma 4 alla lettera a) – come già posto in luce in sede di commento all’art. 65 -contiene la previsione di cui all’art. 19, par. 2, ultimo capoverso della direttiva, sinora contenuta nel comma 3 dell’art. 45 del decreto legislativo n. 50 del 2016; alla lett. b) del predetto comma 4 dell’art. 68 è stata aggiunta la seguente proposizione circa i poteri delle stazioni appaltanti, che peraltro si pone in collegamento logico con il comma 10 dell’art, 68:” *b) specificare nei documenti di gara le modalità con cui i raggruppamenti di operatori economici ottemperano ai requisiti in materia di capacità economica e finanziaria o di capacità tecniche e professionali, purché ciò sia proporzionato e giustificato da motivazioni obiettive.*”;
- c) i commi 5, 6, 7 e 8 sono riproduttivi delle disposizioni contenute rispettivamente nei commi 12, 13, 15 e 16, dell’art. 48 del decreto legislativo n. 50 del 2016 riguardanti il mandato necessario per la costituzione del raggruppamento;
- d)il comma 10 – come già evidenziato in sede di commento all’art. 65 -ripropone la disposizione in passato contenuta nel comma 5 dell’art. 45 del decreto legislativo n. 50 del 2016: anch’ esso integra attuazione dell’art. 19, par. 2, ultimo capoverso della direttiva riferito ai raggruppamenti (art. 19, par. 2, ultimo capoverso della direttiva, riferito ai raggruppamenti e richiamato dalla sentenza “Caruter”28 aprile 2022 in causa C 642/20);

e) il comma 13 prevede che i partecipanti al raggruppamento e al consorzio ordinario debbano possedere i requisiti generali, in continuità con il regime antecedente (desumibile dall'art. 48, commi 17 e 18 del decreto legislativo n. 50 del 2016);

f) il comma 14 riproduce la disposizione contenuta nell'ultima parte del comma 4 dell'art. 67, (in tal senso è una "ripetizione"), e ha ovviamente, anch'essa, trovato il proprio presupposto nella procedura di infrazione n. 2018/2273, nei termini precedentemente esposti;

g) al comma 15 è stato riproposto, immutato, il disposto di cui alla prima parte del comma 9 dell'art. 48 del decreto legislativo n. 50 del 2016, che imponeva il divieto di associazione in partecipazione, mentre, al successivo comma 16, sono state espresse (trasponendo quanto già previsto dal comma 10 dell'art. 48 del decreto legislativo n. 50 del 2016), le conseguenze dell'inosservanza di tale divieto, che riposano nella esclusione dei concorrenti riuniti in raggruppamento o in un consorzio ordinario di concorrenti, nonché di annullamento dell'aggiudicazione o di risoluzione del contratto;

h) i commi 17 e 18, sono riprodottrici delle disposizioni già contenute nei commi 19 e 19 bis dell'art. 48 del decreto legislativo n. 50 del 2016: segnatamente, nel comma 17 è stata riprodotta la disposizione sul recesso del partecipante al raggruppamento e al consorzio, contenuta nel comma 19 dell'art. 48 del decreto legislativo n. 50 del 2016, consentendo il recesso *ad nutum* (anche se il raggruppamento si riduce a un unico soggetto) di una o più imprese raggruppate, sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione, mentre il comma 18, (corrispondente al comma 19-bis dell'art. 48 del decreto legislativo n. 50 del 2016), prevede l'applicabilità del recesso di cui al precedente comma 16 ai soggetti di cui all'art. 45, comma 2, lett. b) c), d) e) del d.Lgs 50/2016;

i) anche i commi 19 e 20 dell'art. 68, non costituiscono una novità: in quanto, rispettivamente, riprodottrici delle disposizioni in passato contenute ai commi 11 e 14 dell'art. 48 del decreto legislativo n. 50 del 2016; in particolare, il comma 19 (che corrisponde al comma 11 dell'art. 48 del decreto legislativo n. 50 del 2016) contiene la previsione della possibilità dell'operatore economico di presentare offerta o di trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti in caso di procedure ristrette o negoziate, ovvero di dialogo competitivo, mentre il comma 20 che "chiude" l'art. 68 (riproduttivo del comma 14 dell'art. 48 del decreto legislativo n. 50 del 2016) dispone l'applicabilità dell'articolo, in quanto compatibile, alla partecipazione alle procedure di affidamento delle aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete. Come è facile riscontrare, considerato che l'art. 68 consta di complessivi venti commi, ben quindici di essi riproducono –con minime modifiche di restyling, talvolta– l'antecedente disciplina. Sulla medesima non sembra necessario soffermarsi ulteriormente, in quanto, per le chiarite ragioni, un approfondimento non potrebbe che limitarsi a richiamare i pregressi approdi raggiunti, su tali tematiche, dalla giurisprudenza in passato formatasi sul d.Lgs. n. 50 del 2016.

5.5. Rti e consorzi ordinari: la disciplina innovativa.

Seguendo l'ordine dei commi, riveste portata innovativa il comma 2 (*"2. Fatto salvo quanto previsto al comma 4, in sede di offerta sono specificate le categorie di lavori o le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati, con l'impegno di questi a realizzarle."*).

La ratio della norma è chiara; venuta meno per le già chiarite ragioni la predisposizione in via legislativa della struttura degli Rti, (e tenuto conto delle affermazioni contenute nella sentenza Caruter circa poteri e facoltà in tal senso delle stazioni appaltanti), non è

però venuto meno l'interesse della stazione appaltante a conoscere- già in sede di presentazione dell'offerta- chi sia il soggetto in concreto individuato ad eseguire le porzioni dei lavori o le parti di servizio o fornitura.^{xlix}

Anche il successivo comma 3, è “nuovo”, ma in un senso tutt'affatto diverso, in quanto – probabilmente – costituisce un “eccesso di scrupolo” della Commissione, dettato dal fine di non ingenerare equivoci. Si è già chiarito, infatti, nel paragrafo “dedicato” alla nozione generale di operatore economico, che esso era – e continua ad essere – retto dal principio, c.d. di “neutralità delle forme giuridiche” sancito dall'art. 19 par. 2, ultimo capoverso (“*essi non possono essere obbligati dalle amministrazioni aggiudicatrici ad avere una forma giuridica specifica ai fini della presentazione di un'offerta o di una domanda di partecipazione*”) della direttiva, con parziale deroga all'ultimo cpv del comma. Come spiegato nella Relazione, si è preferito ripeterlo in quanto l'art.19 è stato dettato per i raggruppamenti espressamente menzionati in direttiva; esso è forse superfluo, in quanto espressivo della regola generale (principio di neutralità delle forme).

Parimenti “nuovo”, stavolta sotto il profilo sostanziale, nella sua portata assoluta è il comma 9, laddove si prevede che la responsabilità solidale, senza eccezioni, dei partecipanti al raggruppamento nei confronti della stazione appaltante, fornitori, subappaltatori (in passato: cfr art.48 comma 5 d.Lgs. n. 50 del 2016). La previsione costituisce logico pendant del superamento dell'istituto dei raggruppamenti verticali e orizzontali.

Il comma 11, ⁱdisciplina i requisiti che Rti e consorzi ordinari devono possedere, per essere ammessi alla gara. In concreto, nell'ultima parte del predetto comma, si è fatto rinvio all'allegato II.12.^{li} Su detto comma, si tornerà brevemente, alla fine della presente esposizione. Quanto al comma 12, in seno al quale si è disciplinato l'istituto della cooptazione,^{lii} sembra sufficiente riportare la Relazione, che, a parere di chi scrive, non necessita di ulteriori commenti: *“Il comma 12 prevede che, laddove il singolo concorrente o i concorrenti che intendano riunirsi in raggruppamento temporaneo possiedano i requisiti previsti dall'art. 68 medesimo, essi possano raggruppare altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando, a condizione che i lavori eseguiti da queste ultime non superino il venti per cento dell'importo complessivo dei lavori e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna sia almeno pari all'importo dei lavori che saranno ad essa affidati.”*

6. Un riscontro invertito: cosa è stato conservato del d.Lgs. n. 50 del 2016.

Per maggiore chiarezza, si procede adesso ad indicare, partitamente, quali commi degli articoli 47 e 48 del d.Lgs. n. 50 del 2016 sono stati, nella sostanza, conservati, (indicando altresì i corrispondenti commi degli artt. 67 e 68 del d.Lgs. n. 36 del 2023) e quali, invece, sono stati soppressi. Questa puntualizzazione – resa a maggior chiarezza della esposizione- è limitata unicamente a questi due articoli, ritenendosi superfluo soffermarsi nuovamente sugli artt. 45 e 46 del d.Lgs. n. 50 del 2016 (e, specularmente, sugli artt. 65 e 66 del d.Lgs. n. 36 del 2023) oggetto delle minimali innovazioni già illustrate in precedenza.

Il comma 1 dell'art. 47,^{liii} trova “corrispondenza” nell'art. 67 comma I, ma – come prima rilevato- è stato radicalmente mutato in quanto l'eccezione in passato contenuta nell'ultima parte del predetto primo comma è divenuto regola generale, ai sensi del comma II dell'art. 67;

Il comma II dell'art. 47^{liv} è stato nella sostanza conservato, in quanto, la prima parte è stata “dislocata”, all'art. 67, nel primo comma dell'art. 4, la seconda parte dislocata nel comma 6 prima parte, e la terza parte nel secondo periodo del comma 4;

Quanto al comma 2 bis dell'art. 47, invece:

a)il secondo periodo (“*In caso di scioglimento del consorzio stabile 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*”) è stato trasfuso nell'ultima parte del comma 6 dell'art. 67;

b)il primo periodo (“*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.*”) è stato, al contrario, soppresso, per le stesse ragioni esposte sub comma 1 dell'art. 47 (con espunzione dell'inciso “*agli stessi*” ed elevazione a regola generale dell'eccezione di cui all'ultima parte del comma 1 dell'art. 47) in quanto l'attuale disciplina si rinviene nella lettera a) del comma 2 dell'art. 67 (“*per gli appalti di servizi e forniture i requisiti di capacità tecnica e finanziaria sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate;*”).

Passando adesso, rapidamente alla disamina dell'art. 48 del d.Lgs. n. 50 del 2016, si osserva che:

a)come già in precedenza illustrato, i commi 1, 2, 6 e 7-bis, sono stati espunti dal sistema in quanto reputati contrastanti con la sentenza Caruter sul cui contenuto ci si è prima soffermati; b)il comma 3 (“*Nel caso di lavori, i raggruppamenti temporanei e i consorzi ordinari di operatori economici sono ammessi se gli imprenditori partecipanti al raggruppamento, ovvero gli imprenditori consorziati, abbiano i requisiti di cui all'articolo 84.*”) dell'art. 48 trova corrispondenza nel comma 11 dell'art. 68; c)il comma 4 (“*nel caso di lavori, forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate le categorie di lavori o le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati*”) dell'art. 48 trova corrispondenza nel comma 2 dell'art. 68; d)la prima parte del comma 5 dell'art. 48 (“*L'offerta degli operatori economici raggruppati o dei consorziati determina la loro responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante, nonché nei confronti del subappaltatore e dei fornitori.*”), come prima chiarito, è stata trasfusa nella prima parte del comma 9 dell'art. 68; la seconda parte del predetto comma 5 (“*Per gli assuntori di lavori scorporabili e, nel caso di servizi e forniture, per gli assuntori di prestazioni secondarie, la responsabilità è limitata all'esecuzione delle prestazioni di rispettiva competenza, ferma restando la responsabilità solidale del mandatario.*”) è stata, ovviamente, soppressa, quale conseguenza del venir meno della distinzione tra Rti orizzontali e verticali, e tra prestazioni “principali” ed accessorie; e)il precetto contenuto nel comma 7 dell'art. 48 è confluito, con le modifiche di cui si è detto (ascrivibili alla procedura di infrazione 2018/2273) nel comma 14 dell'art. 68; f)il comma 8 dell'art. 48 è confluito – come prima evidenziato- senza modifiche nel comma 1 dell'art. 68; g)la prima parte del comma 9 dell'art. 48 (“*E' vietata l'associazione in partecipazione sia durante la procedura di gara sia successivamente all'aggiudicazione.*”) è stata riprodotta, senza modifiche nella prima parte del comma 15 dell'art. 68; è, questa, una disposizione necessaria, e la si è sempre ritenuta tale, considerato che

l'associato, assumendo oneri soltanto nei confronti dell'associante quale corrispettivo della propria compartecipazione agli utili: non si ritiene, pertanto, che il contratto di cui all'art. 2549 cc garantisca a sufficienza la stazione appaltante da comportamenti inosservanti dell'obbligo di eseguire correttamente la prestazione;^{lv} la seconda parte del predetto comma 9 (*“Salvo quanto disposto ai commi 17 e 18, è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta ”*) in quanto espressiva di un concetto “superato” ai sensi di Corte di giustizia, sez. IX, 3 giugno 2021, in causa C-210/20 (sentenza, questa, che ha “fondato” la scrittura dell'art. 97 del nuovo codice) trova “corrispondenza” (solo formale) nella seconda parte del comma 15 dell'art. 68 predetto, (“La modifica dei consorzi e dei raggruppamenti è ammissibile nei termini indicati dall'articolo 97 e dal comma 17 del presente articolo”) non a caso formulata in chiave “permissiva”; h)il comma 10 dell'art. 48 - disposizione, quest'ultima, tesa a predeterminare le conseguenze della violazione del comma 9 (*“ L'inosservanza dei divieti di cui al comma 9 comporta l'annullamento dell'aggiudicazione o la nullità del contratto, nonché l'esclusione dei concorrenti riuniti in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti, concomitanti o successivi alle procedure di affidamento relative al medesimo appalto”*) trova corrispondenza nel comma 16 dell'art. 68: ovviamente, trattasi di “corrispondenza” sui generis, integrale per quanto concerne il divieto di associazione in partecipazione, e “per relationem” quanto alla modificazione della composizione di cui all'art. 97;i)il comma 11 dell'art. 48 (*“In caso di procedure ristrette o negoziate, ovvero di dialogo competitivo, l'operatore economico invitato individualmente, o il candidato ammesso individualmente nella procedura di dialogo competitivo, ha la facoltà di presentare offerta o di trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti.”*) è stato trasposto, senza modifiche, nel comma 19 dell'art. 68; l) dei commi 12, 13, 15 e 16, dell'art. 48, relativi al mandato, si è già detto: essi sono stati trasposti, senza sostanziali modifiche, nei commi 5,6,7,8 dell'art. 68, mentre il comma 14 (*“Le disposizioni di cui al presente articolo trovano applicazione, in quanto compatibili, alla partecipazione alle procedure di affidamento delle aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete, di cui all'articolo 45, comma 2, lettera f); queste ultime, nel caso in cui abbiano tutti i requisiti del consorzio stabile di cui all'articolo 45, comma 2, lettera c), sono ad esso equiparate ai fini della qualificazione SOA”*) è stato trasposto, immutato, nel comma 20 dell'art. 68; m)i commi 17 e 18 dell'art. 48 (*“17. Salvo quanto previsto dall'articolo 110, comma 6, in caso di liquidazione giudiziale, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, concordato preventivo o di liquidazione del mandatario ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o liquidazione giudiziale del medesimo ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante deve recedere dal contratto .18. Salvo quanto previsto dall'articolo 110, comma 6, in caso di liquidazione giudiziale, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, concordato preventivo o di liquidazione di uno dei mandanti ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o liquidazione giudiziale del medesimo ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire ”*)

trovano per la parte relativa all'esecuzione corrispondenza negli articoli 123 e 124^{lvi} del nuovo codice 36 del 2023; la ragione di questa differente collocazione, non discende dalla novellazione della disciplina degli operatori economici "pluricomposti", ma dall'ambizione di raggruppare- differentemente da quanto avvenuto in passato- in una unica parte del libro II del codice tutte le disposizioni in materia di esecuzione del contratto (la parte VI "dell'esecuzione", composta dagli artt. da 113 a 126); nella parte non riguardante l'esecuzione, essi trovano corrispondenza (e sono stati "superati" nel modo che si è detto) dall'art. 97 (così, sul punto, la Relazione: *"sotto il profilo sostanziale, le disposizioni ivi contenute "corrispondono" e "superano" quanto previsto ai commi 17 e 18 dell'art. 48 del decreto legislativo n. 50 del 2016, tenuto conto delle incertezze applicative che avevano indotto la giurisprudenza ad intervenire a più riprese sulle antevigenti disposizioni, è sembrato corretto, a fini sistematici e di chiarificazione, allocare in questa parte del codice la disciplina della c.d. "sostituzione" od "estromissione" del partecipante al raggruppamento, che, sebbene successiva al verificarsi dell'evento passibile di conseguenze espulsive, in realtà si pone a monte delle iniziative della stazione appaltante e previene l'adozione di misure espulsive."*); la disciplina sostanziale di tali "eventi" si rinviene sub art. 94 comma 5 lett. a) e d); n) commi 19 e 19 bis dell'art.48 (*"19. E' ammesso il recesso di una o più imprese raggruppate, anche qualora il raggruppamento si riduca ad un unico soggetto, esclusivamente per esigenze organizzative del raggruppamento e sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire. In ogni caso la modifica soggettiva di cui al primo periodo non è ammessa se finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara"; 19-bis. "Le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche con riferimento ai soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b), c) ed e) "*) trovano corrispondenza (immutate se non nella numerazione ivi richiamata, salva la specificazione che si dirà immediatamente di seguito) nei commi 17 e 18 dell'art. 68;o)infine, il comma 19 ter (*"Le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verifichino in fase di gara "*)dell'art. 48 ha seguito la stessa sorte che si è già riferita con riferimento ai commi 17 e 18.

7.Considerazioni conclusive.

Questa esposizione – per esigenze di contenenza sommaria e ridotta all'essenziale- volge al termine. Si premette che non ci si soffermerà affatto sull'articolo 69, in quanto in esso è stato trasfuso, immutato, l'art. 49 del d.Lgs. n.50 del 2016 (semmai, l'unica nota di "colore" - della quale si è peraltro dato contezza nella Relazione- riposa nella circostanza che, inizialmente, si era esplorata la possibilità di sopprimerlo e di inserire le relative disposizioni ivi contenute in taluna di quelle prima illustrate, nell'auspicio di "ottemperare" al disposto di cui alla lett. a) del comma 2 della legge-delega^{lvii} nella parte in cui, tra l'altro auspicava una "riduzione" delle disposizioni del codice: dopo approfondite riflessioni, tale opzione è stata scartata stante la peculiarità della fattispecie ivi disciplinata e la difficoltà di "innestarla" in taluna delle disposizioni che la precedono). Si ritiene utile, invece, brevemente soffermarsi su alcune questioni che hanno suscitato dibattito all'indomani della pubblicazione del d.Lgs. n. 36 del 2023. La questione che più di ogni altra è stata evidenziata, attiene ai requisiti di qualificazione, e per la precisione, alla possibilità, per le formazioni plurisoggettive, di cumulare i requisiti posseduti dalle imprese che le compongono (c.d. "cumulo alla rinfusa"). Esaminandole

distintamente, vanno distinti i consorzi stabili di cui all'art. 67 e i "soggetti" di cui all'art. 68 (Rti e consorzi ordinari). Quanto ai primi (consorzi stabili) è evidente che agli stessi si applichi il c.d. "cumulo alla rinfusa". Peraltro l'art. 225 comma 13 del codice^{lviii} ha fornito l'interpretazione autentica dell'art. 47 del d.Lgs. n. 50 del 2016, il quale, al comma 1, prevede il cumulo alla rinfusa per la qualificazione del consorzio stabile - da intendersi senza limiti alla luce della interpretazione autentica ai sensi dell'art. 225, comma 13, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 - e al comma 2 prevede che il consorzio stabile esegue la prestazione in proprio o tramite le consorziate, senza che questo possa essere qualificato come subappalto, e con responsabilità solidale che, per la formulazione letterale della norma, va intesa nel senso che sono responsabili in solido il consorzio stabile e la consorziata esecutrice.^{lix} Quanto ai raggruppamenti temporanei, e ai consorzi ordinari, la disciplina trova la propria fonte sub comma 11 dell'art. 68 (*"I consorzi ordinari di operatori economici sono ammessi alla gara se gli imprenditori o altro raggruppamento che vi partecipano, oppure gli imprenditori consorziati, abbiano complessivamente i requisiti relativi alla capacità economica e finanziaria e alle capacità tecniche e professionali, ferma restando la necessità che l'esecutore sia in possesso dei requisiti prescritti per la prestazione che lo stesso si è impegnato a realizzare ai sensi del comma 2"*) il che comporta un cumulo dei requisiti "de facto". La "matrice" della riorganizzazione legislativa, si ripete, si è fondata sul convincimento della permanente attualità degli approdi di cui alle pronunce dell'Adunanza plenaria nn. 5 del 2021, 9 del 2021 e 2 del 2022, e ha trovato la propria ragion d'essere in due recenti sentenze della Corte di Giustizia, sez. IX, 3 giugno 2021, in causa C-210/20 sez. IV, 28 aprile 2022 in causa C-642/20, e nella necessità di superare la "presunzione assoluta" *sottesa al comma 7 dell'art. 89 del decreto legislativo n. 50 del 2016* in forza della quale era stata avviata la procedura di infrazione comunitaria n. 2018/2273; vengono meno due capisaldi della antevigente disciplina, in passato considerati l'essenza della figura del R.t.i: immodificabilità del raggruppamento, e "primazia" del soggetto mandatario^{lx}. Nell'indispensabile confronto con l'elaborazione giurisprudenziale, si vedrà se lo sforzo della Commissione ha prodotto i risultati di chiarificazione auspicati.

Fabio Taormina

*Il contributo costituisce la sintesi della relazione svolta il 23 maggio 2024 presso la Sala Convegni di Villa Manin (Passariano Udine) al Convegno **"Il Codice dei Contratti Pubblici ad un anno dall'entrata in vigore"**. Il titolo dell'intervento era: **"I raggruppamenti temporanei d'impresa e i consorzi non necessari: requisiti e cause di esclusione"**.

ⁱ Lo scrivente ha avuto il privilegio, di coordinare insieme al Collega Presidente Gabriele Carlotti il gruppo di lavoro che si è più direttamente occupato della scrittura del secondo libro del codice e di presiedere il sottogruppo dedicato agli operatori economici; mentre i demeriti vanno tutti direttamente imputati allo scrivente, i meriti di questa attività – confidando che ve ne siano- sono senz'altro scrivibili ai Colleghi, agli Avvocati, e ai Professori, che hanno materialmente proceduto alla redazione delle norme; in questo senso voglio, tra gli altri, ringraziare la Consigliera Sara Raffaella Molinaro, che vi ha profuso enorme impegno (tra l'altro, scrivendo di pugno la Relazione degli articoli che ci si accinge a commentare), e il gruppo di lavoro della Banca d'Italia, coordinato dal Dott. Ciro Vacca, e dal dott. Francesco De Peppo, il cui supporto è stato per qualità e quantità impareggiabile, e senza il quale sarebbe stato impossibile rispettare i tempi di consegna della bozza al Governo;

ⁱⁱ Salvatore Cacace – al tempo Consigliere di Stato, poi Presidente di Sezione, *“L' idoneità degli operatori economici alla esecuzione di lavori pubblici: un filo conduttore che lega istituti vecchi e nuovi del “Codice” unificato degli apalti”* Intervento al convegno organizzato dall'IGI – Istituto Grandi Infrastrutture in Roma l'11 aprile 2006 su *“Il codice unificato degli apalti: nuovi e vecchi istituti”*, in www.giustizia-amministrativa.it;

ⁱⁱⁱ ci si riferisce ovviamente al d. Lgs 12 aprile 2006 n.163 - Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, spesso indicato come Codice “de Lise” con riferimento al Presidente del Consiglio di Stato Pasquale de Lise che presiedeva la Commissione deputata alla predisposizione del testo;

^{iv} La Commissione è stata nominata dal Presidente Franco Frattini, essendosi inverteva l'ipotesi di cui all'art. 4 della legge-delega 21 giugno 2022 n.78 *“Ove il Governo, nell'attuazione della delega di cui al presente articolo, intenda esercitare la facoltà di cui all'articolo 14, numero 2°, del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, di cui al regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054 il Consiglio di Stato si avvale, al fine della stesura dell' articolato normativo, di magistrati di tribunale amministrativo regionale, di esperti esterni e rappresentanti del libero foro e dell'Avvocatura generale dello Stato, i quali prestano la propria attività a titolo gratuito e senza diritto al rimborso delle spese. Sugli schemi redatti dal Consiglio di Stato non è acquisito il parere dello stesso.”*; l'art. 1 della predetta legge così dispone: *“ (Delega al Governo in materia di contratti pubblici) 1. Il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge uno o più decreti legislativi recanti la disciplina dei contratti pubblici, anche al fine di adeguarla al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali, e di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, nonché al fine di evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea e di giungere alla risoluzione delle procedure avviate.”*

^v *“s) revisione e semplificazione del sistema di qualificazione generale degli operatori, valorizzando criteri di verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, dell'adeguatezza dell'attrezzatura tecnica e dell'organico, delle attività effettivamente eseguite e del rispetto della legalità, delle disposizioni relative alla prevenzione antimafia, alla tutela del lavoro e alla prevenzione e al contrasto della discriminazione di genere, anche attraverso l'utilizzo di banche dati a livello centrale che riducano le incertezze in sede di qualificazione degli operatori nelle singole procedure di gara e considerando la specificità del settore dei beni culturali.”;*

^{vi} ci si riferisce ai:

a)consideranda 14 e 15: *“(14) È opportuno precisare che la nozione di «operatori economici» dovrebbe essere interpretata in senso ampio, in modo da comprendere qualunque persona e/o ente che offre sul mercato la realizzazione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi, a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale ha scelto di operare. Pertanto imprese, succursali, filiali, partenariati, società cooperative, società a responsabilità limitata, università pubbliche o private e altre forme di enti diverse dalle persone fisiche dovrebbero rientrare nella nozione di operatore economico, indipendentemente dal fatto che siano «persone giuridiche» o meno in ogni circostanza.”;*

(15) È opportuno precisare che i raggruppamenti di operatori economici, inclusi quelli sotto forma di associazione temporanea, possono partecipare a procedure di aggiudicazione senza dover assumere una forma giuridica specifica. Nella misura in cui ciò sia necessario, ad esempio nei casi in cui sia prevista la responsabilità in solido, detti raggruppamenti possono essere obbligati ad assumere una forma specifica qualora l'appalto sia stato aggiudicato a tali raggruppamenti.

È inoltre opportuno precisare che le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero poter stabilire esplicitamente come i raggruppamenti di operatori economici siano tenuti a soddisfare i requisiti relativi alla capacità economica e finanziaria, come indicato nella presente direttiva, o i criteri relativi alle capacità tecniche e professionali richiesti agli operatori economici che partecipano in proprio.

L'esecuzione di appalti da parte di raggruppamenti di operatori economici può rendere necessario definire condizioni che non sono imposte a singoli partecipanti. Tali condizioni, che dovrebbero essere giustificate da ragioni obiettive e dovrebbero essere proporzionate, potrebbero ad esempio comprendere la richiesta a tali raggruppamenti di nominare una rappresentanza congiunta o un partner capofila ai fini della procedura di appalto o la richiesta di informazioni sulla loro costituzione.”;

b) articoli 19 e 63: “Articolo 19 Operatori economici 1. Gli operatori economici che, in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, sono autorizzati a fornire la prestazione di cui trattasi, non possono essere respinti soltanto per il fatto che, secondo la normativa dello Stato membro nel quale è aggiudicato l'appalto, essi avrebbero dovuto essere persone fisiche o persone giuridiche. Tuttavia, per gli appalti pubblici di servizi e di lavori nonché per gli appalti pubblici di forniture che comportano anche servizi o lavori di posa in opera e di installazione, alle persone giuridiche può essere imposto d'indicare, nell'offerta o nella domanda di partecipazione, il nome e le qualifiche professionali delle persone incaricate di fornire la prestazione per l'appalto di cui trattasi. 2. I raggruppamenti di operatori economici, comprese le associazioni temporanee, sono autorizzati a partecipare a procedure di appalto. Essi non possono essere obbligati dalle amministrazioni aggiudicatrici ad avere una forma giuridica specifica ai fini della presentazione di un'offerta o di una domanda di partecipazione.

Ove necessario, le amministrazioni aggiudicatrici possono specificare nei documenti di gara le modalità con cui i raggruppamenti di operatori economici devono ottemperare ai requisiti in materia di capacità economica e finanziaria o di capacità tecniche e professionali di cui all'articolo 58, purché ciò sia proporzionato e giustificato da motivazioni obiettive. Gli Stati membri possono stabilire le condizioni generali relative all'ottemperanza a tali modalità da parte degli operatori economici.

Le condizioni per l'esecuzione di un appalto da parte di tali gruppi di operatori economici, diverse da quelle imposte a singoli partecipanti, sono giustificate da motivazioni obiettive e sono proporzionate. 3. In deroga al paragrafo 2, le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre ai gruppi di operatori economici di assumere una forma giuridica specifica una volta che sia stato loro aggiudicato l'appalto, nella misura in cui tale trasformazione sia necessaria per la buona esecuzione dell'appalto.”;

“Articolo 63 Affidamento sulle capacità di altri soggetti

Per quanto riguarda i criteri relativi alla capacità economica e finanziaria stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 3, e i criteri relativi alle capacità tecniche e professionali stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 4, un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi, gli operatori economici possono tuttavia fare affidamento sulle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste. L'amministrazione aggiudicatrice impone che l'operatore economico sostituisca un soggetto che non soddisfa un pertinente criterio di selezione o per il quale sussistono motivi obbligatori di esclusione. L'amministrazione aggiudicatrice può imporre o essere obbligata dallo Stato membro a imporre che l'operatore economico sostituisca un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione. Se un operatore economico si affida alle capacità di altri soggetti per quanto riguarda i criteri relativi alla capacità economica e finanziaria, l'amministrazione aggiudicatrice può esigere che l'operatore economico e i soggetti di cui sopra siano solidalmente responsabili dell'esecuzione del contratto. Alle stesse condizioni, un raggruppamento di operatori economici di cui all'articolo 19, paragrafo 2, può fare valere le capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti. 2. Nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente stesso o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici di cui all'articolo 19, paragrafo 2, da un partecipante al raggruppamento.”;

^{vii} Si fa riferimento agli artt. 45-49 del d.Lgs. n. 50/2016;

^{viii} Articolo 65. Operatori economici. 1. Sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici gli operatori economici di cui all'articolo 1, lettera l) dell'allegato I.1, nonché gli operatori economici stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi. 2. Rientrano nella definizione di operatori economici: a) gli imprenditori individuali, anche artigiani, e le società, anche cooperative; b) i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro

costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422 e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, e successive modificazioni; c) i consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443; d) i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 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 tal fine una comune struttura di impresa; e) i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti o costituendi dai soggetti di cui alle lettere a), b) e c), i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti; f) i consorzi ordinari di concorrenti di cui all'articolo 2602 del codice civile, costituiti o costituendi tra i soggetti di cui alle lettere a), b) e c) del presente comma, anche in forma di società ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile; g) le aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete ai sensi dell'articolo 3, comma 4-ter, del decreto legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, n. 33; h) i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE) ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240. 3. Le stazioni appaltanti possono imporre alle persone giuridiche di indicare, nell'offerta o nella domanda di partecipazione a procedure per l'affidamento di appalti che comportino esecuzione di servizi o lavori nonché di forniture che comportano anche servizi o lavori di posa in opera e di installazione, il nome e le qualifiche professionali delle persone fisiche incaricate di fornire la prestazione e possono esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente.

Articolo 66. Operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e di ingegneria. 1. Sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria nel rispetto del principio di non discriminazione fra i diversi soggetti sulla base della forma giuridica assunta: a) i prestatori di servizi di ingegneria e architettura: i professionisti singoli, associati, le società tra professionisti di cui alla lettera b), le società di ingegneria di cui alla lettera c), i consorzi, i GEIE, i raggruppamenti temporanei fra i predetti soggetti che rendono a committenti pubblici e privati, operando sul mercato, servizi di ingegneria e di architettura, nonché attività tecnico-amministrative e studi di fattibilità economico-finanziaria ad esse connesse, con riferimento agli interventi inerenti al restauro e alla manutenzione di beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici, i soggetti con qualifica di restauratore di beni culturali ai sensi della vigente normativa, gli archeologi professionisti, singoli e associati, e le società da essi costituite; b) le società di professionisti: le società costituite esclusivamente tra professionisti iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali, nelle forme delle società di persone di cui ai Capi II, III e IV del Titolo V del Libro V del codice civile, oppure nella forma di società cooperativa di cui al Capo I del Titolo VI del Libro V del codice civile, che svolgono per committenti privati e pubblici servizi di ingegneria e architettura quali studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico economica o studi di impatto ambientale; c) società di ingegneria: le società di capitali di cui ai Capi V, VI e VII del Titolo V del Libro V del codice civile, oppure nella forma di società cooperative di cui al Capo I del Titolo VI del Libro V del codice civile che non abbiano i requisiti delle società tra professionisti, che eseguono studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico-economica o studi di impatto, nonché eventuali attività di produzione di beni connesse allo svolgimento di detti servizi; d) i prestatori di servizi di ingegneria e architettura identificati con i codici CPV da 74200000-1 a 74276400- 8 e da 74310000-5 a 74323100-0 e 74874000-6 stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi; e) altri soggetti abilitati in forza del diritto nazionale a offrire sul mercato servizi di ingegneria e di architettura, nel rispetto dei principi di non discriminazione e par condicio fra i diversi soggetti abilitati; f) i raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti di cui alle lettere da a) a e); g) i consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria, anche in forma mista, formati da non meno di tre consorziati che abbiano operato nei settori dei servizi di ingegneria e architettura. 2. Per la partecipazione alle procedure di affidamento di cui al comma 1 i soggetti ivi indicati devono possedere i requisiti minimi stabiliti nella Parte V dell'allegato II.12. Le società, per un periodo di cinque anni dalla loro costituzione, possono documentare il possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti dal bando di gara anche con riferimento ai requisiti dei soci delle società, qualora costituite nella forma di società di persone o di società cooperativa, e dei direttori tecnici o dei professionisti dipendenti della società con rapporto a tempo indeterminato, qualora costituite nella forma di società di capitali, nonché dei soggetti di cui alla lettera e) del comma 1, i cui requisiti minimi sono stabiliti nel predetto allegato.

Articolo 67. Consorzi non necessari. 1. I requisiti di capacità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui agli articoli 65, comma 2 lettere c) e d) e 66, comma 1, lettera g) sono disciplinati dal regolamento di cui all'articolo 100, comma 4. 2. L'allegato II.12 disciplina, in attesa del regolamento di cui all'articolo 100, comma 4, la qualificazione degli operatori economici, fermo restando che: a) per gli appalti di servizi e forniture i requisiti di capacità tecnica e finanziaria sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate; b) per gli appalti di lavori, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento sono posseduti e comprovati dagli stessi sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate.

Per i lavori, la qualificazione è acquisita con riferimento a una determinata categoria di opere generali o specialistiche per la classifica corrispondente alla somma di quelle possedute dalle imprese consorziate. Per la qualificazione alla classifica di importo illimitato è in ogni caso necessario che almeno una tra le imprese consorziate già possieda tale qualificazione ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno una con qualificazione per classifica VII e almeno due con classifica V o superiore, ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno tre con qualificazione per classifica VI. Per la qualificazione per prestazioni di progettazione e costruzione, nonché per la fruizione dei meccanismi premiali di cui all'articolo 106, comma 8, è in ogni caso sufficiente che i corrispondenti requisiti siano posseduti da almeno una delle imprese consorziate. Qualora la somma delle classifiche delle imprese consorziate non coincida con una delle classifiche di cui all'allegato II.12, la qualificazione è acquisita nella classifica immediatamente inferiore o in quella immediatamente superiore alla somma delle classifiche possedute dalle imprese consorziate, a seconda che tale somma si collochi rispettivamente al di sotto, ovvero al di sopra o alla pari della metà dell'intervallo tra le due classifiche. Gli atti adottati dall'ANAC restano efficaci fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al precedente comma. 3. Per gli operatori di cui all'articolo 65, comma 2, lettere c) e d) e di cui all'articolo 66, comma 1, lettera g) i requisiti generali di cui agli articoli 94 e 95 sono posseduti sia dalle consorziate esecutrici che dalle consorziate che prestano i requisiti. Le autorizzazioni e gli altri titoli abilitativi per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione ai sensi del comma 3 dell'articolo 100 sono posseduti, in caso di lavori o di servizi, del consorzio esecutore. 4. I consorzi stabili di cui agli articoli 65, comma 2, lettera d), e 66, comma 1, lettera g), 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 nei confronti della stazione appaltante. L'affidamento delle prestazioni da parte dei soggetti di cui all'articolo 65, comma 2, lettere b) e c), ai propri consorziati non costituisce subappalto. I consorzi, di cui all'articolo 65, comma 2, lettere c) e d) e di cui all'articolo 66 comma 1 lettera g), indicano in sede di offerta per quali consorziati il consorzio concorre. Qualora il consorzio designato sia, a sua volta, un consorzio di cui all'articolo 65, comma 2, lettera c), è tenuto anch'esso a indicare, in sede di offerta, i consorziati per i quali concorre. La partecipazione alla gara in qualsiasi altra forma da parte del consorzio designato dal consorzio offerente determina l'esclusione del medesimo se sono integrati i presupposti di cui all'articolo 95, comma 1, lettera d), sempre che l'operatore economico non dimostri che la circostanza non ha influito sulla gara, né è idonea a incidere sulla capacità di rispettare gli obblighi contrattuali, fatta salva la facoltà di cui all'articolo 97. 5. I consorzi di cooperative possono partecipare alla procedura di gara, fermo restando il disposto degli articoli 94 e 95, utilizzando requisiti propri e, nel novero di questi, facendo valere i mezzi nella disponibilità delle cooperative che li costituiscono. 6. Per i lavori, ai fini della qualificazione di cui all'articolo 100, nell'allegato II.12 sono stabiliti i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio stabile o ai singoli consorziati che le eseguono. In caso di scioglimento del consorzio stabile 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. 7. Possono essere oggetto di avvalimento solo i requisiti maturati dallo stesso consorzio. Articolo 68. Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici. 1. È consentita la presentazione di offerte da parte dei soggetti di cui all'articolo 65, comma 2, lettera e) e lettera f), anche se non ancora costituiti. In tal caso l'offerta deve essere sottoscritta da tutti gli operatori economici che costituiranno i raggruppamenti temporanei o i consorzi ordinari di concorrenti e deve contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, gli stessi operatori conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, da indicare in sede di offerta e qualificato come mandatario, il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti. 2. Fatto salvo quanto previsto al comma 4, in sede di offerta sono specificate le categorie di lavori o le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati, con l'impegno di questi a realizzarle. 3. I raggruppamenti temporanei non possono essere obbligati ad avere una forma giuridica specifica ai fini della presentazione di un'offerta o di una domanda di partecipazione. 4. Le stazioni appaltanti possono: a) imporre ai raggruppamenti di operatori economici di assumere una forma giuridica specifica dopo l'aggiudicazione del contratto, nel caso in cui tale trasformazione sia necessaria per la buona esecuzione del contratto; b) specificare nei documenti di gara le modalità con cui i raggruppamenti di operatori economici ottemperano ai requisiti in materia di capacità economica e finanziaria o di capacità tecniche e professionali, purché ciò sia proporzionato e giustificato da motivazioni obiettive. 62 5. Per la costituzione del raggruppamento temporaneo gli operatori economici devono conferire, con un unico atto, mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, detto mandatario. 6. Il mandato deve risultare da scrittura privata autenticata. La relativa procura è conferita al legale rappresentante dell'operatore economico mandatario. Il mandato è gratuito e irrevocabile e la sua revoca, anche per giusta causa, non ha effetto nei confronti della stazione appaltante. In caso di inadempimento dell'impresa mandataria è ammessa la revoca del mandato collettivo speciale di cui al comma 5 al fine di consentire alla stazione appaltante il pagamento diretto nei confronti delle altre imprese del raggruppamento. 7. Al mandatario spetta la rappresentanza esclusiva, anche processuale, dei mandanti nei confronti della stazione appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto, anche dopo il collaudo, o atto equivalente, fino all'estinzione di ogni rapporto. La stazione appaltante, tuttavia, può far valere direttamente le responsabilità facenti capo ai mandanti. 8. Il rapporto di mandato non determina di per sé organizzazione o associazione degli operatori economici riuniti, ognuno dei quali conserva la propria autonomia ai

fini della gestione, degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali. 9. L'offerta degli operatori economici raggruppati o dei consorziati determina la loro responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante, nonché nei confronti del subappaltatore e dei fornitori. Nell'ipotesi di cui al comma 4, lettera a), la responsabilità solidale di cui al precedente periodo concorre con quella del soggetto giuridico nel quale il raggruppamento temporaneo o il consorzio ordinario si sono trasformati. Nel caso di cui al comma 4, lettera a) e nell'ipotesi in cui i concorrenti riuniti o consorziati indicati dal consorzio come esecutori, anche in parte, dei lavori dopo l'aggiudicazione costituiscono tra loro una società anche consortile, ai sensi del Libro V del Titolo V, Capi III e seguenti del codice civile, per l'esecuzione unitaria, totale o parziale, dei lavori, la responsabilità solidale di cui al precedente periodo concorre con quella del soggetto giuridico nel quale il raggruppamento temporaneo o il consorzio ordinario si sono trasformati a far data dalla notificazione dell'atto costitutivo alla stazione appaltante e, subordinatamente, alla iscrizione della società nel registro delle imprese. In tale ipotesi la società subentra, senza che ciò costituisca ad alcun effetto subappalto o cessione di contratto e senza necessità di autorizzazione o di approvazione, nell'esecuzione totale o parziale del contratto. 10. Le stazioni appaltanti possono richiedere ai raggruppamenti di operatori economici condizioni per l'esecuzione di un appalto diverse da quelle imposte ai singoli partecipanti, purché siano proporzionate e giustificate da ragioni oggettive. 11. I raggruppamenti e i consorzi ordinari di operatori economici sono ammessi alla gara se gli imprenditori o altro raggruppamento che vi partecipano, oppure gli imprenditori consorziati, abbiano complessivamente i requisiti relativi alla capacità economica e finanziaria e alle capacità tecniche e professionali, ferma restando la necessità che l'esecutore sia in possesso dei requisiti prescritti per la prestazione che lo stesso si è impegnato a realizzare ai sensi del comma 2. Si applicano in quanto compatibili le disposizioni contenute nell'allegato II.12. 12. Se il singolo concorrente o i concorrenti che intendano riunirsi in raggruppamento temporaneo hanno i requisiti di cui al presente articolo, possono raggruppare altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando, a condizione che i lavori eseguiti da queste ultime non superino il venti per cento dell'importo complessivo dei lavori e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna sia almeno pari all'importo dei lavori che saranno ad essa affidati. 13. Tutti i partecipanti al raggruppamento e al consorzio ordinario possiedono i requisiti generali di cui agli articoli 94 e 95. 14. La partecipazione alla gara dei concorrenti in più di un raggruppamento o consorzio ordinario, 63 determina l'esclusione dei medesimi se sono integrati i presupposti di cui all'articolo 95, comma 1, lettera d), sempre che l'operatore economico non dimostri che la circostanza non ha influito sulla gara, né è idonea a incidere sulla capacità di rispettare gli obblighi contrattuali. 15. È vietata l'associazione in partecipazione sia durante la procedura di gara sia successivamente all'aggiudicazione. La modifica dei consorzi e dei raggruppamenti è ammissibile nei termini indicati dall'articolo 97 e dal comma 17. 16. L'inosservanza di quanto prescritto al comma precedente comporta l'esclusione dei concorrenti riuniti in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti, nonché l'annullamento dell'aggiudicazione o la risoluzione del contratto. 17. È ammesso il recesso di una o più imprese raggruppate, sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire. Il recesso è ammesso anche se il raggruppamento si riduce a un unico soggetto. 18. Le previsioni di cui al comma 17 trovano applicazione anche con riferimento ai soggetti di cui all'articolo 65, comma 2, lettere b), c), d) e f). 19. In caso di procedure ristrette o negoziate oppure di dialogo competitivo l'operatore economico invitato individualmente o il candidato ammesso individualmente nella procedura di dialogo competitivo può presentare offerta o trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti. 20. Il presente articolo trova applicazione, in quanto compatibile, nella partecipazione alle procedure di affidamento delle aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete, di cui all'articolo 65, comma 2, lettera g); queste ultime, nel caso in cui abbiano tutti i requisiti del consorzio stabile di cui all'articolo 65, comma 2, lettera d), sono ad esso equiparate ai fini della qualificazione SOA;

Articolo 69. Accordo sugli Appalti Pubblici (AAP) e altri accordi internazionali. 1. Se sono contemplati dagli allegati 1, 2, 4 e 5 e dalle note generali dell'appendice 1 dell'Unione europea dell'Accordo sugli Appalti Pubblici (AAP) e dagli altri accordi internazionali cui l'Unione è vincolata, le stazioni appaltanti applicano ai lavori, alle forniture, ai servizi e agli operatori economici dei Paesi terzi firmatari di tali accordi un trattamento non meno favorevole di quello concesso ai sensi del codice.;

^{ix} Allegato I.1 "Definizioni dei soggetti, dei contratti, delle procedure e degli strumenti": l) "operatore economico", qualsiasi persona o ente, anche senza scopo di lucro, che, a prescindere dalla forma giuridica e dalla natura pubblica o privata, può offrire sul mercato, in forza del diritto nazionale, prestazioni di lavori, servizi o forniture corrispondenti a quelli oggetto della procedura di evidenza pubblica; m) "raggruppamento temporaneo", un insieme di imprenditori, o fornitori, o prestatori di servizi, costituito o costituendo, anche mediante scrittura privata, allo scopo di partecipare alla procedura di affidamento di uno specifico contratto pubblico mediante presentazione di una unica offerta;

^x Allegato II.1 "Elenchi degli operatori economici e indagini di mercato per gli affidamenti di contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea";

^{xi} Allegato II.12 "Sistema di qualificazione e requisiti per gli esecutori di lavori. Requisiti per la partecipazione alle procedure di affidamento dei servizi di ingegneria e architettura";

Articolo 100 Requisiti di ordine speciale. “1. Sono requisiti di ordine speciale: a) l’idoneità professionale; b) la capacità economica e finanziaria; c) le capacità tecniche e professionali. 2. Le stazioni appaltanti richiedono requisiti di partecipazione proporzionati e attinenti all’oggetto dell’appalto. 3. Per le procedure di aggiudicazione di appalti di servizi e forniture le stazioni appaltanti richiedono l’iscrizione nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l’artigianato o presso i competenti ordini professionali per un’attività pertinente anche se non coincidente con l’oggetto dell’appalto. All’operatore economico di altro Stato membro non residente in Italia è richiesto di dichiarare ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica del 28 dicembre 2000, n. 445 di essere iscritto in uno dei registri professionali o commerciali di cui all’allegato II.11. In sede di prima applicazione del codice, l’allegato è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento emanato ai sensi dell’articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro per gli Affari europei che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice. 4. Per le procedure di aggiudicazione di appalti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro le stazioni appaltanti richiedono che gli operatori economici siano qualificati. L’attestazione di qualificazione è rilasciata da organismi di diritto privato autorizzati dall’ANAC. Il sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, articolato in rapporto alle categorie di opere ed all’importo delle stesse è disciplinato dall’allegato II.12. Le categorie di opere si distinguono in categorie di opere generali e categorie di opere specializzate. Il possesso di attestazione di qualificazione in categorie e classifiche adeguate ai lavori da appaltare rappresenta condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dei requisiti di partecipazione di cui al presente articolo nonché per l’esecuzione, a qualsiasi titolo, dell’appalto. Entro tre mesi dall’entrata in vigore del codice, l’allegato II.12 è abrogato e sostituito da un corrispondente regolamento emanato ai sensi dell’articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentita l’ANAC, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice. Con apposito regolamento, da emanare ai sensi dell’articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, è disciplinato un nuovo sistema generale di qualificazione. 5. Per ottenere o rinnovare l’attestazione di qualificazione gli operatori economici devono: a) essere iscritti nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l’artigianato o presso i competenti ordini professionali per un’attività, prevista dall’oggetto sociale e compresa nella categoria per la quale è richiesta l’attestazione; b) non essere incorsi nelle cause di esclusione di cui al Capo II del presente Titolo nel triennio precedente alla data della domanda di rilascio o di rinnovo dell’attestazione di qualificazione; c) essere in possesso di certificazioni di sistemi di qualità conformi alle norme europee e alla vigente normativa nazionale, rilasciate da soggetti accreditati. 6. L’organismo di attestazione rilascia l’attestazione di qualificazione per la categoria di opere generali o specializzate per l’esecuzione delle quali l’operatore economico risulti essere in possesso di adeguata capacità economica e finanziaria, di adeguata dotazione di attrezzature tecniche e risorse umane, e dispone la classificazione per importi in ragione della documentata pregressa esperienza professionale. 7. Fino alla emanazione del regolamento di cui al settimo periodo del comma 4, il periodo di attività documentabile è quello relativo ai 15 anni antecedenti la data di sottoscrizione del contratto con la società organismo di attestazione (SOA) e la qualificazione ha durata di cinque anni, con verifica entro il terzo anno del mantenimento dei requisiti. 8. Con il regolamento di cui al settimo periodo del comma 4, sono in ogni caso disciplinati: a) la procedura per ottenere l’attestazione di qualificazione e per il suo rinnovo, prevedendo che l’operatore economico richieda la conferma dell’attestazione nel caso in cui, nel periodo di validità dell’attestazione, intervenga una modifica soggettiva; b) i requisiti per la dimostrazione dell’adeguata capacità economica e finanziaria e per la dimostrazione del possesso di adeguate attrezzature tecniche e di adeguato organico; c) le modalità di qualificazione degli operatori economici di cui all’articolo 67, comma 1, sulla base del criterio del cumulo nonché i criteri di imputazione di cui all’articolo 67, comma 6; d) le modalità di documentazione delle pregresse esperienze professionali, considerando anche i lavori eseguiti a favore di soggetti privati che siano comprovati da idonea documentazione; e) le modalità di verifica a campione compiute dagli organismi di attestazione; f) il periodo di durata dell’attestazione di qualificazione e i periodi intermedi di verifica del mantenimento dei requisiti; g) i casi di sospensione e di decadenza dall’attestazione di qualificazione già rilasciata, prevedendo sanzioni interdittive nel caso di presentazione di falsa documentazione agli organismi di attestazione. 9. Relativamente agli organismi di attestazione, con il regolamento di cui al settimo periodo del comma 4, sono in ogni caso disciplinati: a) i requisiti soggettivi, organizzativi, finanziari e tecnici per il conseguimento dell’autorizzazione all’esercizio dell’attività di qualificazione degli operatori economici nonché la procedura per ottenere l’autorizzazione; b) le sanzioni pecuniarie e interdittive, fino alla decadenza dell’autorizzazione, per le violazioni commesse dagli organismi di attestazione, anche alle richieste di informazioni e di atti loro rivolte dall’ANAC nell’esercizio dell’attività di vigilanza, secondo un criterio di proporzionalità e nel rispetto del contraddittorio; c) le modalità dell’esercizio dell’attività di vigilanza da parte dell’ANAC; d) gli obblighi di conservazione e di pubblicazione della documentazione in capo agli organismi di attestazione; e) gli obblighi di comunicazione all’ANAC in capo agli organismi di attestazione. 10. Con il regolamento di cui al settimo periodo del comma 4, è altresì definita la disciplina della qualificazione degli operatori economici per gli appalti di servizi e forniture. Il regolamento contiene, tra l’altro: la definizione delle tipologie per le quali è possibile una classificazione per valore, la competenza a rilasciare la relativa attestazione, la procedura e le condizioni per la relativa richiesta, il regime sanzionatorio. 11. Fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al settimo periodo del comma 4, per le procedure di aggiudicazione di

appalti di servizi e forniture, le stazioni appaltanti possono richiedere agli operatori economici quale requisito di capacità economica e finanziaria un fatturato globale maturato nell'anno precedente a quello di indizione della procedura non superiore al doppio del valore stimato dell'appalto. In caso di procedure di aggiudicazione suddivise in pluralità di lotti, salvo diversa motivata scelta della stazione appaltante, il fatturato è richiesto per ciascun lotto. Le stazioni appaltanti possono, altresì, richiedere agli operatori economici quale requisito di capacità tecnica e professionale di aver eseguito nel precedente triennio dalla data di indizione della procedura di gara contratti analoghi a quello in affidamento anche a favore di soggetti privati. 12. Salvo quanto previsto dall'articolo 102 o da leggi speciali, le stazioni appaltanti richiedono esclusivamente i requisiti di partecipazione previsti dai commi precedenti.”;

^{xii} Articolo 97. Cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti. 1. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 96, commi 2, 3, 4, 5 e 6, il raggruppamento non è escluso qualora un suo partecipante sia interessato da una causa automatica o non automatica di esclusione o dal venir meno di un requisito di qualificazione, se si sono verificate le condizioni di cui al comma 2 e ha adempiuto ai seguenti oneri: a) in sede di presentazione dell'offerta: 1) ha comunicato alla stazione appaltante la causa escludente verificatasi prima della presentazione dell'offerta e il venir meno, prima della presentazione dell'offerta, del requisito di qualificazione, nonché il soggetto che ne è interessato; 2) ha comprovato le misure adottate ai sensi del comma 2 o l'impossibilità di adottarle prima di quella data; b) ha adottato e comunicato le misure di cui al comma 2 prima dell'aggiudicazione, se la causa escludente si è verificata successivamente alla presentazione dell'offerta o il requisito di qualificazione è venuto meno successivamente alla presentazione dell'offerta. 2. Fermo restando l'articolo 96, se un partecipante al raggruppamento si trova in una delle situazioni di cui agli articoli 94 e 95 o non è in possesso di uno dei requisiti di cui all'articolo 100, il raggruppamento può provare di averlo estromesso o sostituito con altro soggetto munito dei necessari requisiti, fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata. Se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, il raggruppamento non è escluso dalla procedura d'appalto. Se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, l'operatore economico viene escluso con decisione motivata. 3. I commi 1 e 2 si applicano anche ai consorzi ordinari. Si applicano altresì ai consorzi fra imprese artigiane, nonché ai consorzi stabili limitatamente alle consorziate esecutrici e alle consorziate aventi i requisiti di cui i consorzi si avvalgono.”;

Nella Relazione specifica su tale disposizione, è dato leggere quanto segue:

I) la formulazione di cinque distinti articoli (in luogo del vigente art. 80 del decreto legislativo n. 50 del 2016); detta opzione si è resa opportuna a fini di semplificazione e chiarificazione, per consentire agli operatori economici ed alle stazioni appaltanti ed enti concedenti di meglio orientarsi;

II) il quarto articolo (art. 97) contiene la disciplina specifica che riguarda i raggruppamenti di imprese. Proprio per le incertezze applicative che avevano indotto la giurisprudenza ad intervenire a più riprese sul tema, è sembrato corretto, a fini sistematici e di chiarificazione, allocare in questa parte del codice la disciplina della c.d. “sostituzione” od “estromissione” del partecipante al raggruppamento, che, sebbene successiva al verificarsi dell'evento passibile di conseguenze espulsive, in realtà si pone a monte delle iniziative della stazione appaltante e previene l'adozione di misure espulsive. Sotto il profilo sostanziale - come meglio sarà chiarito in sede di relazione specifica su detto articolo, le disposizioni ivi contenute “corrispondono” e “superano” quanto previsto ai commi 17 e 18 dell'art. 48 del decreto legislativo n. 50 del 2016;

III) “La disposizione contiene la disciplina specifica delle cause di esclusione che riguarda i raggruppamenti di imprese. Come accennato nella relazione generale questa collocazione è stata suggerita da una considerazione. Posto che, sotto il profilo sostanziale, le disposizioni ivi contenute “corrispondono” e “superano” quanto previsto ai commi 17 e 18 dell'art. 48 del decreto legislativo n. 50 del 2016, tenuto conto delle incertezze applicative che avevano indotto la giurisprudenza ad intervenire a più riprese sulle antevigenti disposizioni, è sembrato corretto, a fini sistematici e di chiarificazione, allocare in questa parte del codice la disciplina della c.d. “sostituzione” od “estromissione” del partecipante al raggruppamento, che, sebbene successiva al verificarsi dell'evento passibile di conseguenze espulsive, in realtà si pone a monte delle iniziative della stazione appaltante e previene l'adozione di misure espulsive. Più partitamente, con riferimento al comma 1 nel rispetto della lett. s) della legge-delega (“Revisione e semplificazione del sistema di qualificazione generale degli operatori”) si è ritenuto di attuare l'art. 63 paragrafo 1 comma 2 della direttiva 24/2014 considerando l'interpretazione resa da Corte di giustizia, sez. IX, 3 giugno 2021, in causa C-210/20. L'art. 63, paragrafo 1, comma 2, della direttiva dispone che l'amministrazione aggiudicatrice: “impone che l'operatore economico sostituisca un soggetto che non soddisfa un pertinente criterio di selezione o per il quale sussistono motivi obbligatori di esclusione”; - “può imporre o essere obbligata dallo Stato membro a imporre che l'operatore economico sostituisca un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione”. Detto articolo è stato interpretato da Corte di giustizia, sez. IX, 3 giugno 2021, in causa C-210/20 nel senso che esso “osta a una normativa nazionale in forza della quale l'amministrazione aggiudicatrice deve automaticamente escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico qualora un'impresa ausiliaria, sulle cui capacità esso intende fare affidamento, abbia reso una dichiarazione non veritiera quanto all'esistenza di condanne penali passate in giudicato, senza poter imporre o quantomeno permettere, in siffatta ipotesi, a tale offerente di sostituire detto soggetto”. Si è pertanto provveduto a disciplinare l'applicazione di detto principio ai raggruppamenti temporanei di impresa,

che operano in qualità di mandatarie delle imprese della compagine, ripetendo i requisiti di qualificazione attraverso di esse e così rappresentando una modalità alternativa rispetto all'avvalimento (oggetto della pronuncia della Corte di giustizia) per consentire di partecipare a gare d'appalto a soggettività non munite dei necessari requisiti di qualificazione. L'ambito oggettivo di applicazione della disposizione è stato perimetrato, nel rispetto dell'art. 63 della direttiva, con riferimento alle cause di esclusione di cui agli artt. 94 e 95, comprese le cause di esclusione riguardanti le irregolarità fiscali e contributive (a differenza dell'istituto del self cleaning, che le esclude - in quanto l'art. 57 comma paragrafo 6 "Un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui ai paragrafi 1 e 4", nella parte in cui non richiama il paragrafo 2, esclude dal perimetro applicativo dell'istituto le violazioni fiscali e previdenziali), e all'art. 100. La facoltà di sostituire o estromettere l'operatore è stata riconosciuta per le cause escludenti che si verificano in corso di gara e per le cause che si verificano in precedenza per le quali l'offerente abbia comprovato l'impossibilità di farvi fronte prima della presentazione dell'offerta, così ritenendo di contemperare il principio di par condicio con la pretesa del candidato di partecipare alla gara, sacrificando la posizione di colui che non ha posto rimedio per tempo alla causa (pur potendolo fare) a favore della parità di trattamento con gli altri offerenti che si sono adoperati per presentare un'offerta ammissibile e della velocità della procedura. Quanto alla procedimentalizzazione della facoltà di sostituzione, si è optato per una disciplina "snella": a fronte dell'onere dell'operatore economico di comunicare tempestivamente il verificarsi della causa di esclusione e delle misure adottate (o dell'intenzione di adottarle se sono venute meno in corso di gara o prima e l'operatore economico ha comprovato l'impossibilità di porvi rimedio per tempo) ed è stato ribadito nel successivo comma 2 che la intempestività della adozione delle misure comporta l'esclusione. Il comma 2 è stato formulato sulla scorta della convinzione che l'istituto di cui all'art. 63, paragrafo 1, comma 2, della direttiva 24/2014 possa applicarsi non solo alla sostituzione, prevista espressamente dalla direttiva medesima, ma anche alla modifica per riduzione dell'operatore economico con identità plurisoggettiva, in ragione del minore impatto di tale ultimo fenomeno sull'identità dell'operatore economico offerente e delle pronunce dell'Adunanze plenarie nn. 5 del 2021, 9 del 2021 e 2 del 2022, che hanno ammesso detta ultima tipologia di modificazione. Il rispetto della par condicio e delle regole di gara ha imposto - sulla scorta di quanto affermato dalla Corte di giustizia in merito alla circostanza che "la sostituzione del soggetto interessato non conduca a una modifica sostanziale dell'offerta di tale offerente" (Corte di giustizia, sez. IX, 3 giugno 2021, in causa C-210/20) - di assicurare che la modificazione della compagine dell'operatore economico avvenga "fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata". Tale espressione è stata ritenuta preferibile rispetto alla dizione originariamente ipotizzata ("mantenendo gli standard qualitativi e quantitativi dell'offerta presentata"). Il riferimento all'offerta è da intendersi soltanto in senso oggettivo visto che con la sostituzione si verifica un mutamento soggettivo. Resta salvo comunque che il subentrante deve essere munito dei necessari requisiti. Il comma 3 delinea l'ambito soggettivo di applicazione della disposizione, che il comma 1 ha disciplinato con riferimento ai raggruppamenti: esso è stato perimetrato sulla base delle seguenti considerazioni. L'istituto è applicabile ai consorzi ordinari in ragione delle stesse motivazioni che hanno giustificato il riferimento del comma 1 ai raggruppamenti d'impresa, in quanto entrambi mandatarie delle imprese della compagine (Ad. plen. n. 5 del 2021 con riferimento ai consorzi ordinari). Con riferimento ai consorzi stabili l'istituto è stato applicato alle consorziate esecutrici e alle consorziate che "prestano" i requisiti. In quest'ultimo caso l'applicazione dell'istituto si rende necessaria in quanto le consorziate che prestano i requisiti sono assimilabili agli ausiliari: il rapporto che si instaura è "molto simile a quello dell'avvalimento" (Ad. plen. 18 marzo 2021 n. 5), e quindi soggiace al regime di quest'ultimo, per il quale è la stessa Corte di giustizia ad avere applicato l'istituto della sostituzione (3 giugno 2021 in causa C-210/20). Si è altresì ritenuto di estendere l'istituto alle consorziate designate all'esecuzione da parte del consorzio stabile. Il consorzio stabile infatti, da un lato, costituisce una stabile struttura di impresa collettiva, che presenta una propria soggettività giuridica con autonomia anche patrimoniale, distinta e autonoma rispetto alle aziende dei singoli imprenditori (Ad. plen. 18 marzo 2021 n. 5) e, dall'altro lato, non è assimilabile ad una società, specie in ragione della possibilità di designare nell'offerta una consorziata esecuttrice, che si affranca quindi dalla posizione di mero partecipante al consorzio per acquisire rilevanza in quanto soggetto interessato all'esecuzione. Pertanto se, da un lato, la non assimilabilità del consorzio stabile ad una società non consente di ritenere estensibile ad esso la possibilità di modificare la compagine sociale senza interazioni con la stazione appaltante, stante la permanenza della società come persona giuridica autonoma dalle persone dei soci, dall'altro lato, la stessa presenza del consorzio stabile (che ha presentato l'offerta) impedisce di ritenere che l'offerta sia presentata dalla stessa consorziata esecuttrice, così non impedendo di poter usufruire dell'istituto della sostituzione (che verrebbe altrimenti a modificare la stessa identità del soggetto offerente). Si è quindi ritenuto un approdo equilibrato quello di consentire la sostituzione della consorziata esecuttrice escludendola con altro soggetto in possesso dei necessari requisiti, in modo da assicurare la permanenza in gara di detti tipi di consorzi superando la regola dell'immodificabilità (soggettiva) dell'offerta. I consorzi di cooperative non sono stati annoverati tra i soggetti cui è applicabile la procedura di cui ai commi 1 e 2 in quanto il consorzio di cooperative costituisce una persona giuridica (art. 4 della legge n. 422 del 1909), è l'unica controparte del rapporto di appalto, sia nella fase di gara che in quella di esecuzione del contratto, e, in relazione alle singole consorziate, opera sulla base di un rapporto di tipo organico (Consiglio di Stato, sez. V, 2 settembre 2019, n. 6024): "l'attività compiuta dalle consorziate è imputata organicamente al consorzio, come unico ed autonomo centro di imputazione e di riferimento di interessi" (Ad. plen., 20 maggio 2013 n. 14). La giurisprudenza ha altresì affermato che "proprio tale autonoma soggettività giustifica

anche la possibilità di designare una nuova cooperativa come esecutrice, ove per motivi sopravvenuti la prima designata non fosse in condizione di svolgere la prestazione". I consorzi fra imprese artigiane di cui alla lett. c) del comma 2 dell'art. 65 (già comma 2, lett. b, dell'art. 45 del decreto legislativo n. 50 del 2016) sono stati parificati ai consorzi stabili e non ai consorzi di cooperative (su cui si è formata una giurisprudenza specifica su cui infra) sulla scorta della più recente giurisprudenza (Consiglio di Stato n. 7155 del 2021, punti 1.4.2.1. e 1.4.2.3, dove viene richiamata la pronuncia dell'Ad. plen. n. 5 del 2021, assimilando il consorzio fra imprese artigiane ai consorzi stabili). Per l'assimilabilità dei consorzi fra imprese artigiane ai consorzi stabili milita anche il parere ANAC n. 192 del 2008.";

^{xiii} Articolo 2602 cc (ConSORZI): "con il contratto di consorzio più imprenditori istituiscono una organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese. Il contratto di cui al precedente comma è regolato dalle norme seguenti, salve le diverse disposizioni delle leggi speciali"; Articolo 2615 ter cc (Società consortili) "Le società previste nei capi III e seguenti del titolo V possono assumere come oggetto sociale gli scopi indicati nell'articolo 2602. In tal caso l'atto costitutivo può stabilire l'obbligo dei soci di versare contributi in denaro.";

^{xiv} così, la lettera P) dell'art. 3 del d.Lgs. 50 del 2016: «operatore economico», una persona fisica o giuridica, un ente pubblico, un raggruppamento di tali persone o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, un ente senza personalità giuridica, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) costituito ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240, che offre sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi;"

^{xv} Consiglio di Stato sez. V, 22 febbraio 2021, n.1515: "La costante giurisprudenza della Corte di Giustizia U.E. delinea un'ampia nozione di "operatore economico" idonea a ricomprendere qualunque persona e/o ente attivo sul mercato «a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale ha scelto di operare», precisando che qualora un ente sia abilitato in forza del diritto nazionale a offrire sul mercato «la realizzazione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi, a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale ha scelto di operare» (considerando 14 della direttiva n. 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici), esso non può vedersi negato il diritto di partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico avente ad oggetto la prestazione delle stesse prestazioni, e ciò anche quando tale preclusione sia determinata da specifiche presunzioni discendenti dalla sua forma giuridica, quale quella di ente senza scopo di lucro (in tal senso, di recente, Corte di Giustizia U.E., sezione X, 11 giugno 2020, nella causa C-219/19, con riguardo al diritto di una fondazione di diritto privato - costituita ai sensi dell'art. 14 del Codice civile - di partecipare alle gare per l'affidamento di servizi di architettura e ingegneria)."; cfr. anche, con riferimento alle associazioni di volontariato, T.A.R. Napoli, (Campania) sez. V, 11 dicembre 2017, n.5815 : "Le associazioni di volontariato possono partecipare alle gare per l'affidamento di pubblici servizi nei casi in cui l'attività oggetto di gara sia funzionale allo scopo associativo dell'ente e compatibile con la disciplina statutaria di esso. In particolare, alla luce della Direttiva CE n. 18/2004 e della giurisprudenza della Corte di Giustizia (CGE 23 dicembre 2009, causa C-305/08), la nozione comunitaria di imprenditore non presuppone la coesistenza dello scopo di lucro dell'impresa, per cui l'assenza di fine di lucro non è di per sé ostativa della partecipazione ad appalti pubblici. Alle associazioni di volontariato non è precluso partecipare agli appalti, ove si consideri che la legge quadro sul volontariato, nell'elencare le entrate di tali associazioni, menziona anche le entrate derivanti da attività commerciali o produttive svolte a latere, con ciò riconoscendo la capacità di svolgere attività di impresa. Esse possono essere ammesse alle gare pubbliche, quali « imprese sociali », a cui il d.lg. 24 marzo 2006 n. 155 ha riconosciuto la legittimazione ad esercitare in via stabile e principale un'attività economica organizzata per la produzione e lo scambio di beni e servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità di interesse generale, anche se non lucrativa. L'esposta nozione di imprenditore, tra l'altro, risulta recepita anche dal Codice dei contratti (d.lg. n. 163 del 2006), che si riferisce all'imprenditore inteso come « operatore economico » ammesso a partecipare alle gare per la realizzazione di opere e l'affidamento di servizi senza ulteriori specificazioni.";

^{xvi} Così, testualmente la relazione: " Gli artt. 65, 66, 67, 68 e 69, disegnano il complesso dei soggetti, dal lato degli operatori economici, che aspirano a stipulare i contratti di affidamento di lavori, servizi e forniture. Tale corpus omogeneo di disposizioni, fa riferimento alla nozione generale di operatori economici contenuta nell'art. 1, lett. l), dell'allegato I.1"; e ancora, sub relazione all'art. 65: "Il comma 1 contiene un richiamo alla definizione di operatore economico contenuta nell'art. 1, lett. l), dell'allegato I.1, dove viene sancito il principio di neutralità delle forme giuridiche, oltre che agli operatori economici stabiliti in altri Stati membri.";

^{xvii} così la Relazione integrale all'art. 65 "Per meglio chiarire l'iter logico del testo proposto, si muoverà, almeno in parte, dal testo vigente. Il comma 1 contiene un richiamo alla definizione di operatore economico contenuta nell'art. 1, lett. l), dell'allegato I.1, dove viene sancito il principio di neutralità delle forme giuridiche, oltre che agli operatori economici stabiliti in altri Stati membri. Il comma 2 ripropone, con minime modifiche, l'elenco di cui al comma 2 dell'art. 45 del decreto legislativo n. 50 del 2016 (alle lettere e) ed f) si è specificato il riferimento ai soggetti costituenti per esigenze di chiarezza, così "doppiandosi" la previsione di cui al primo comma dell'art. 68). Il comma 3 ripropone il quarto comma dell'art. 45 del decreto legislativo n. 50 del 2016, arricchito con riferimento all' art. 63 par. II della direttiva. Il comma 3 e il comma 5 dell'art. 45 del decreto

legislativo n. 50 del 2016 sono stati soppressi in quanto le disposizioni, che riguardano i r.t.i., sono state rispettivamente dislocate, più pertinentemente, nell'art. 48, comma 4 e nell'art. 48 comma 10, in quanto riferite espressamente ai raggruppamenti dall'art. 19, par. 2 direttiva.”;

^{xviii}così la Relazione: “ L' art. 46 del decreto legislativo n. 50 del 2016 è stato conservato nella sostanza immutato. 105 Il legislatore con la lett. d-bis) del comma 1, inserita dall'art. 10, comma 1, lett. b), n. 1) della l. n. 238 del 2021, ha adeguato l' articolato alla sentenza della Corte di giustizia 11 giugno 2020, in causa C-219/19 (T.a.r. per il Lazio, sede di Roma, 18 gennaio 2021 n. 654 paragrafi 26.2.-28). L' unica modifica è stata introdotta al comma 2, nel quale si fa riferimento a un decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che stabilirà i requisiti minimi ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento dei soggetti ivi indicati. È stato espunto il riferimento “all'adozione del decreto di cui all'articolo 216, comma 27-octies”, essendo sostituito dal riferimento al suddetto decreto. Nelle more dell'adozione di detto decreto continua ad applicarsi il d.m. 2 dicembre 2016, n. 263 (“Regolamento recante definizione dei requisiti che devono possedere gli operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria e individuazione dei criteri per garantire la presenza di giovani professionisti, in forma singola o associata, nei gruppi concorrenti ai bandi relativi a incarichi di progettazione, concorsi di progettazione e di idee, ai sensi dell'articolo 24, commi 2 e 5 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50”).”;

Per completezza espositiva, si rammenta che il Giudice europeo si era pronunciato con la sentenza della Corte di giustizia 11 giugno 2020, in causa C-219/19 statuendo che “l'articolo 19, paragrafo 1, e l'articolo 80, paragrafo 2, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, letti alla luce del considerando 14 della medesima direttiva, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a una normativa nazionale che esclude, per enti senza scopo di lucro, la possibilità di partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi di ingegneria e di architettura, sebbene tali enti siano abilitati in forza del diritto nazionale ad offrire i servizi oggetto dell'appalto di cui trattasi.”, “se, e nei limiti in cui, siffatti enti (non perseguono finalità di lucro) siano autorizzati a offrire taluni servizi sul mercato, il diritto nazionale non può vietare a questi ultimi di partecipare a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici aventi ad oggetto la prestazione degli stessi servizi.”; La giurisprudenza nazionale (Consiglio di Stato, sez. V, 15 marzo 2023 n. 2734) ha affermato che “se un'associazione priva di personalità giuridica può operare, secondo l'ordinamento italiano, fra l'altro, nelle attività di “promozione della cultura e dell'arte” e in quelle connesse, nulla vieta alla stessa di partecipare ad una gara ad evidenza pubblica per aggiudicarsi la gestione di un Mercato comunale dell'Antiquariato e del Collezionismo;l'art. 80 della direttiva 24/2014,(Organizzazione dei concorsi di progettazione e selezione dei partecipanti) così dispone: “1. Per organizzare i concorsi di progettazione, le amministrazioni aggiudicatrici applicano procedure conformi alle disposizioni del titolo I e del presente capo.2. L'ammissione alla partecipazione ai concorsi di progettazione non può essere limitata:a) al territorio di un solo Stato membro o a una parte di esso;b) dal fatto che i partecipanti, secondo il diritto dello Stato membro in cui si svolge il concorso, debbano essere persone fisiche o persone giuridiche.3. Quando ai concorsi di progettazione è ammessa la partecipazione di un numero limitato di partecipanti, le amministrazioni aggiudicatrici stabiliscono criteri di selezione chiari e non discriminatori. Per quanto riguarda il numero di candidati invitati a partecipare ai concorsi di progettazione, si tiene comunque conto della necessità di garantire un'effettiva concorrenza.”;

^{xix} cfr. Cons. Stato V, 10 settembre 2010 n. 6528 in Giurisprudenza amministrativa,2010,I, 1024:

^{xx} arg, in passato, ex art. 83 comma 3 del d.Lgs. n. 50 del 2016, oggi trasfuso nell'art. 100 comma 3 del d.Lgs. n. 36 del 2023 (“3. Per le procedure di aggiudicazione di appalti di servizi e forniture le stazioni appaltanti richiedono l'iscrizione nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato o presso i competenti ordini professionali per un'attività pertinente anche se non coincidente con l'oggetto dell'appalto. All'operatore economico di altro Stato membro non residente in Italia è richiesto di dichiarare ai sensi del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica del 28 dicembre 2000, n. 445, di essere iscritto in uno dei registri professionali o commerciali di cui all'allegato II.11. In sede di prima applicazione del codice, l'allegato II.11 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri su proposta del Ministro per gli affari europei, ove nominato, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.”);

^{xxi} si riporta nuovamente il testo dell'art. 67, nella parte trasmessa dalla Commissione al Governo, indicando la parte modificata (con i “tagli”, quella soppressa, ed in grassetto, quella aggiunta): **Articolo 67. Consorzi non necessari.** “1. I requisiti di capacità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui agli articoli 65, comma 2, lettere **b)**, **c)** e **d)**, e 66, comma 1, lettera **g)**, sono disciplinati dal regolamento di cui all'articolo 100, comma 4.

2. L'allegato II.12 disciplina, nelle more dell'adozione del regolamento di cui all'articolo 100, comma 4, la qualificazione degli operatori economici, fermo restando che: 62 a) per gli appalti di servizi e forniture, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate;

b) per gli appalti di lavori, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento sono posseduti e comprovati dagli stessi sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate. Per i lavori, la qualificazione è acquisita con riferimento a una determinata categoria di opere generali o specialistiche per la classifica corrispondente alla somma di quelle possedute dalle imprese consorziate. Per la qualificazione alla classifica di importo illimitato è in ogni caso necessario che almeno una tra le imprese consorziate già possieda tale qualificazione ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno una con qualificazione per classifica VII e almeno due con classifica V o superiore, ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno tre con qualificazione per classifica VI. Per la qualificazione per prestazioni di progettazione e costruzione, nonché per la fruizione dei meccanismi premiali di cui all'articolo 106, comma 8, è in ogni caso sufficiente che i corrispondenti requisiti siano posseduti da almeno una delle imprese consorziate. Qualora la somma delle classifiche delle imprese consorziate non coincida con una delle classifiche di cui all'allegato II.12, la qualificazione è acquisita nella classifica immediatamente inferiore o in quella immediatamente superiore alla somma delle classifiche possedute dalle imprese consorziate, a seconda che tale somma si collochi rispettivamente al di sotto, ovvero al di sopra o alla pari della metà dell'intervallo tra le due classifiche. Gli atti adottati dall'ANAC restano efficaci fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al comma 2.

3. Per gli operatori di cui agli articoli 65, comma 2, lettere c) e d) e 66, comma 1, lettera g), i requisiti generali di cui agli articoli 94 e 95 sono posseduti sia dalle consorziate esecutrici che dalle consorziate che prestano i requisiti. Le autorizzazioni e gli altri titoli abilitativi per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione ai sensi del comma 3 dell'articolo 100 sono posseduti, in caso di lavori o di servizi, dal consorzio esecutore. 4. I consorzi stabili di cui agli articoli 65, comma 2, lettera d), e 66, comma 1, lettera g), 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 nei confronti della stazione appaltante. L'affidamento delle prestazioni da parte dei soggetti di cui all'articolo 65, comma 2, lettere b) e c), ai propri consorziati non costituisce subappalto. I consorzi, di cui agli articoli 65, comma 2, lettere c) e d) e 66, comma 1, lettera g), indicano in sede di offerta per quali consorziati il consorzio concorre. Qualora il consorzio designato sia, a sua volta, un consorzio di cui all'articolo 65, comma 2, lettera c), è tenuto anch'esso a indicare, in sede di offerta, i consorziati per i quali concorre. La partecipazione alla gara in qualsiasi altra forma da parte del consorzio designato dal consorzio offerente determina l'esclusione del medesimo se sono integrati i presupposti di cui all'articolo 95, comma 1, lettera d), sempre che l'operatore economico non dimostri che la circostanza non ha influito sulla gara, né è idonea a incidere sulla capacità di rispettare gli obblighi contrattuali, fatta salva la facoltà di cui all'articolo 97. 5. I consorzi di cooperative possono partecipare alla procedura di gara, fermo restando il disposto degli articoli 94 e 95, utilizzando requisiti propri e, nel novero di questi, facendo valere i mezzi nella disponibilità delle cooperative che li costituiscono. 6. Per i lavori, ai fini della qualificazione di cui all'articolo 100, nell'allegato II.12 sono stabiliti i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio stabile o ai singoli consorziati che le eseguono. In caso di scioglimento del consorzio stabile 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. 7. Possono essere oggetto di avvalimento solo i requisiti maturati dallo stesso consorzio.

8. Ai fini del rilascio o del rinnovo dell'attestazione di qualificazione SOA, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria sono posseduti e comprovati dai consorzi sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate. La qualificazione è acquisita con riferimento a una determinata categoria di opere generali o specialistiche per la classifica corrispondente alla somma di quelle possedute dalle imprese consorziate. Per la qualificazione alla classifica di importo illimitato è in ogni caso necessario che almeno una tra le imprese consorziate già possieda tale qualificazione ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno una con qualificazione per classifica VII e almeno due con classifica V o superiore, ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno tre con qualificazione per classifica VI. Per la qualificazione per prestazioni di progettazione e costruzione, nonché per la fruizione dei meccanismi premiali di cui all'articolo 106, comma 8, è in ogni caso sufficiente che i corrispondenti requisiti siano posseduti da almeno una delle imprese consorziate. Qualora la somma delle classifiche delle imprese consorziate non coincida con una delle classifiche di cui all'allegato II.12, la qualificazione è acquisita nella classifica immediatamente inferiore o in quella immediatamente superiore alla somma delle classifiche possedute dalle imprese consorziate, a seconda che tale somma si collochi rispettivamente al di sotto, ovvero al di sopra o alla pari della metà dell'intervallo tra le due classifiche. Gli atti adottati dall'ANAC restano efficaci fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al comma 2.”;

^{xxii} in giurisprudenza, ancora di recente, si è tracciata la differenza del consorzio stabile rispetto a quello di cui alla lett. f) del comma 2 dell'art. 65, nei seguenti termini: (nuovamente, *Consiglio di Stato, sezione V, 29 settembre 2023, n. 8592*) “*I consorzi stabili rappresentano una particolare categoria dei consorzi, disciplinati dal codice civile e soggetti pertanto sia alla disciplina generale dettata dallo stesso codice sia a quella speciale dettata dal codice dei contratti pubblici, 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. Si differenziano 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. Il consorzio stabile, che si colloca 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 posti dalla legislazione prima comunitaria e poi eurounitaria, rappresenta un'aggregazione durevole di soggetti, ispirata ad un'esigenza di cooperazione e di assistenza reciproca. L'elemento qualificante dei consorzi stabili è 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.* “; nella citata sentenza, con riferimento alla disciplina previgente di cui al d.Lgs. n. 50 del 2016, è stato affermato che “*15.3. La questione all'esame di questa Sezione è: se sia consentito ad un consorzio stabile partecipare ad una gara di appalto di servizi (e forniture), dichiarando, per soddisfare i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti dal disciplinare di gara, di avvalersi dei requisiti di partecipazione delle consorziate 'non designate' per l'esecuzione del contratto, utilizzando il meccanismo del 'cumulo alla rinfusa'. Il Collegio ritiene che al suddetto quesito si debba dare risposta positiva.*”;

^{xxiii} i consorzi stabili sono stati introdotti nel nostro ordinamento dall'art. 10, comma 1, lett. c), L. 10 febbraio 1994, n. 109;

^{xxiv} Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, il consorzio stabile può essere definito come un'aggregazione durevole di vari soggetti imprenditoriali, che possiede autonoma personalità e opera all'esterno come un'unica impresa distinta da quella dei consorziati, la quale si differenzia dai consorzi ordinari e dai raggruppamenti temporanei in quanto è astrattamente idonea a operare con un'autonoma struttura di impresa ed è, pertanto, capace di eseguire, anche in proprio, le presentazioni previste nel contratto, ferma restando, ovviamente, la facoltà di demandare l'esecuzione, nei limiti consentiti, alle consorziate. Ciò marcava la differenza, in passato, nel senso che –si era colto in giurisprudenza- i consorzi stabili potevano utilizzare sia i requisiti di qualificazione maturati in proprio, che quelli posseduti dalle singole imprese consorziate, in ossequio al c.d. principio del cumulo alla rinfusa; i consorzi (stabili) si distinguono dai raggruppamenti temporanei di impresa proprio in quanto forniti di autonoma soggettività giuridica, oltre che per la rilevanza esterna dell'organizzazione consortile;

^{xxv} si riporta per esteso il prosieguo della motivazione della decisione della Settima Sezione che si diffonde sulla “unicità” del consorzio di cooperative:” *Tale unicità è stata evidenziata dalla giurisprudenza amministrativa in plurime occasioni. Anzitutto, in relazione alla questione della legittimità della designazione di secondo grado o “a cascata” da parte di una società consorziata in un consorzio di cooperative in favore di un soggetto giuridico non facente parte del detto consorzio (Adunanza plenaria n. 14/2013). L'esegesi giurisprudenziale è stata nel senso che la designazione da parte della consorziata non produce effetto nei rapporti tra l'Amministrazione aggiudicatrice e la terza designata e non invalida la partecipazione alla gara da parte del consorzio di cooperative, appunto sul presupposto giuridico che l'unico soggetto di diritto rilevante per l'ordinamento sia il consorzio, mentre le consorziate esecutrici rappresentano meri interna corporis. Più nel dettaglio, la Plenaria ha illustrato come si dispiega giuridicamente il rapporto tra il consorzio di cooperative e le consorziate esecutrici, precisando che “il consorzio fra società di cooperative di produzione e di lavoro costituito a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422, può partecipare alla procedura di gara utilizzando i requisiti suoi propri e, nel novero di questi, facendo valere i mezzi nella disponibilità delle cooperative che costituiscono, ai fini che qui rilevano, articolazioni organiche del soggetto collettivo, ossia suoi interna corporis. Il rapporto organico che lega le cooperative consorziate, ivi compresa quella incaricata dell'esecuzione dei lavori, infatti, è tale che l'attività compiuta dalle consorziate è imputata organicamente al consorzio, come unico ed autonomo centro di imputazione e di riferimento di interessi”. Che la ratio che sorregge la costituzione di detti consorzi è infatti l'incentivazione della mutualità, favorendo, “grazie alla sommatoria dei requisiti posseduti dalle singole imprese, la partecipazione a procedure di gara di cooperative che, isolatamente considerate, non sono in possesso dei requisiti richiesti o, comunque, non appaiono munite di effettive chances competitive”, e inoltre che si consente “al Consorzio concorrente ed aggiudicatario di avvalersi delle prestazioni di un'impresa cooperativa in esso associata e specificamente designata in sede di gara; e, in tal caso, l'impresa indicata può eseguire i lavori pur essendo priva, per le ragioni dianzi indicate, dei requisiti di qualificazione tecnica; ma non anche, a quest'ultima, di avvalersi di un'ulteriore impresa – a sua volta, in essa associata - altrimenti potendosi innescare un meccanismo di designazioni a catena destinato a beneficiare non (secondo la ratio legis) il Consorzio concorrente e le imprese cooperative in esso associate, ma, in ipotesi (come nel caso di specie) anche soggetti terzi, non concorrenti direttamente alla gara, né in questa puntualmente designati, secundum legem, dal*

concorrente risultato aggiudicatario, quali materiali esecutori dei lavori”. Analogo principio è stato declinato poi dalla giurisprudenza in relazione alla fattispecie della sostituzione della consorziata esecutrice, ritenuta sempre possibile proprio in considerazione del rapporto organico tra consorziata e consorzio: per Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza n. 6024/2019, infatti, “Il consorzio tra società di cooperative di produzione e lavoro partecipa alla procedura di gara utilizzando i requisiti suoi propri e, nell’ambito di questi, ben può far valere i mezzi nella disponibilità delle cooperative consorziate, che costituiscono articolazioni organiche del soggetto collettivo (ossia i suoi interna corporis). Ciò significa che il rapporto organico che lega le cooperative consorziate, ivi compresa quella indicata dell’esecuzione dei lavori, è tale che l’attività compiuta dalle stesse è imputata unicamente al consorzio”). E lo stesso principio è stato riaffermato in tema di responsabilità del consorzio nei confronti della Amministrazione aggiudicatrice: per Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza n. 3505/2017, “Il rapporto organico che lega le cooperative consorziate, ivi compresa quella incaricata dell’esecuzione dei lavori, infatti, è tale che l’attività compiuta dalle consorziate è imputata organicamente al consorzio, come unico ed autonomo centro di imputazione e di riferimento di interessi, per cui, diversamente da quanto accade in tema di associazioni temporanee e di consorzi stabili, la responsabilità per inadempimento degli obblighi contrattuali nei confronti della p.a. si appunta esclusivamente in capo al consorzio senza estendersi, in via solidale, alla cooperativa incaricata dell’esecuzione”. Alla stregua delle suddette coordinate esegetiche, deve quindi trarsi la necessaria conclusione che analogo principio debba applicarsi per dirimere la controversia in questione, trattandosi del medesimo istituto giuridico”;

^{xxvi} Così la sentenza dell’Adunanza Plenaria, della quale si riporta un breve stralcio: “7. Occorre partire dalla peculiare configurazione del consorzio stabile, prevista dall’art. 45, comma 2, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016, rispetto al consorzio ordinario di cui agli artt. 2602 e ss. del codice civile. 7.1. Quest’ultimo, pur essendo un autonomo centro di rapporti giuridici, non comporta l’assorbimento delle aziende consorziate in un organismo unitario costituente un’impresa collettiva, né esercita autonomamente e direttamente attività imprenditoriale, ma si limita a disciplinare e coordinare, attraverso un’organizzazione comune, le azioni degli imprenditori riuniti (cfr., ex multis, Cass. civ., sez. trib., 9 marzo 2020, n. 6569; Cass. civ., sez. I, 27 gennaio 2014, n. 1636). Nel consorzio con attività esterna la struttura organizzativa provvede all’espletamento in comune di una o alcune funzioni (ad esempio, l’acquisto di beni strumentali o di materie prime, la distribuzione, la pubblicità, etc.), ma nemmeno in tale ipotesi il consorzio, nella sua disciplina civilistica, è dotato di una propria realtà aziendale. Ne discende che, ai fini della disciplina in materia di contratti pubblici, il consorzio ordinario è considerato un soggetto con identità plurisoggettiva, che opera in qualità di mandatario delle imprese della compagine. Esso prende necessariamente parte alla gara per tutte le consorziate e si qualifica attraverso di esse, in quanto le stesse, nell’ipotesi di aggiudicazione, eseguiranno il servizio, rimanendo esclusa la possibilità di partecipare solo per conto di alcune associate (cfr., ex multis, Cons. St., sez. V, 6 ottobre 2015, n. 4652, il quale ha statuito l’illegittimità della partecipazione di un consorzio ordinario che, pur riunendo due società, aveva dichiarato di gareggiare per conto di una sola di esse). 7.2. Non è così per i consorzi stabili. Questi, a mente dell’art. 45, comma 2, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016, sono costituiti “tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro” che “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 tal fine una comune struttura di impresa”. 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 (ossia senza l’ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate), le prestazioni affidate a mezzo del contratto (da ultimo, Cons. St., sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165). 7.3. 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).”;

^{xxvii} Così, sul punto, la Relazione: “l’assimilazione dei consorzi fra imprese artigiane ai consorzi stabili si basa sulla giurisprudenza (Consiglio di Stato n. 7155 del 2021, punti 1.4.2.1. e 1.4.2.3, dove viene richiamata la pronuncia dell’Adunanza plenaria n. 5 del 2021), oltre che sul parere ANAC n. 192 del 2008.”;

^{xxviii} L’articolo dell’allegato II.12 cui fare riferimento, per i consorzi stabili è il n. 32: “1. I consorzi stabili di cui agli articoli 65, comma 1, lettera d), e 67, comma 4, del codice, eseguono i lavori 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. 2. I consorzi stabili conseguono la qualificazione a seguito di verifica dell’effettiva sussistenza in capo alle singole consorziate dei corrispondenti requisiti 3. Il conseguimento della qualificazione da parte del consorzio stabile non pregiudica la contemporanea qualificazione dei singoli consorziati, ma il documento di qualificazione di questi ultimi deve riportare la segnalazione di partecipazione ad un consorzio stabile. 4. In caso di scioglimento del consorzio stabile ai consorziati sono attribuiti pro-quota i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi maturati a favore del consorzio in quanto da questi non assegnati in esecuzione ai

consorziate. Le quote di assegnazione sono proporzionali all'apporto reso dai singoli consorziate nell'esecuzione dei lavori nel quinquennio antecedente.”; in generale, si veda l'art. 18 comma 1: “Requisiti degli operatori economici.1. I requisiti d'ordine generale occorrenti per la qualificazione sono quelli di cui al capo II del libro II del codice.”; ^{xxix} sul predetto comma 2 dell'art. 67 si veda il paragrafo1 del Comunicato del Presidente dell'Anac del 31 gennaio 2024 (recante “Indicazioni interpretative in materia di dimostrazione dei requisiti di partecipazione e di qualificazione all'esito dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 36/2023. Consorzi stabili e requisiti del direttore tecnico.”) dove si afferma quanto segue: “1. Cumulo alla rinfusa nei Consorzi stabili La materia della qualificazione dei Consorzi stabili è stata oggetto, negli anni, di orientamenti oscillanti della giurisprudenza che il nuovo codice dei contratti pubblici ha tentato di comporre, anche accogliendo il suggerimento dell'Autorità contenuto nell'atto di segnalazione n. 2 del 20/2/2022. In particolare, con tale atto era stata segnalata l'opportunità di adottare una formulazione più chiara della norma che definisse l'esatto ambito applicativo del cumulo alla rinfusa per i consorzi stabili, chiarendo l'applicabilità del succitato meccanismo, senza limitazioni, per i contratti di lavori, servizi e forniture. Tale auspicio è stato realizzato dall'articolo 67, comma 2, lettere a) e b) dove è indicato che, per i consorzi stabili, in caso di appalti di servizi e forniture, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria sono cumulati in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate; in caso di appalti di lavori, detti requisiti sono posseduti e comprovati sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate. Il comma 3 del medesimo articolo, soltanto con riferimento alle autorizzazioni e agli altri titoli abilitativi, specifica che gli stessi sono posseduti dal consorzio esecutore in quanto condizioni necessarie per poter esercitare l'attività. La giurisprudenza più recente ha chiarito che è consentito ai consorzi stabili di far ricorso in modo generalizzato al cd. “cumulo alla rinfusa” ai fini dell'affidamento di servizi e forniture, e dunque di poter ben integrare i requisiti previsti dalla lex specialis mediante quelli posseduti dalle proprie consorziate, a prescindere dal fatto che le stesse siano state designate o meno in gara come esecutrici del contratto (Cons. Stato, sez. V, 29 /09/2023, n. 8592, ove viene precisato che “nella partecipazione alle gare d'appalto è il consorzio stabile (e non già ciascuna delle singole imprese consorziate) ad assumere la qualifica di concorrente e contraente e, per l'effetto, a dover dimostrare il possesso dei relativi requisiti partecipativi, anche mediante il cumulo dei requisiti delle imprese consorziate, a prescindere dal fatto che le stesse siano designate o meno in gara per l'esecuzione del contratto di appalto”). Inoltre, negli ultimi mesi, sembra essersi consolidato l'indirizzo giurisprudenziale che, con precipuo riferimento agli appalti di lavori (i cui principi sono tuttavia estensibili anche a quelli di forniture e servizi), ritiene sufficiente, ai fini partecipativi, il possesso dell'attestazione di qualificazione richiesta dalla lex specialis in capo al consorzio stabile, a prescindere dalla qualificazione della/e consorziate/e designata/e come esecutrice/i (Cons. Stato, Sez. V, 4/07/2023, n. 6533, Cons. Stato, Sez. V, 5/05/2023, n. 1761; Id., 09/10/2023, n. 8767). Sulla base di tali elementi, a seguito dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 36/2023, l'Autorità conferma la possibilità, per i consorzi stabili, di avvalersi dei requisiti maturati dalle singole consorziate, esecutrici e non, secondo il meccanismo del cumulo alla rinfusa, al fine di partecipare alle procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture e di conseguire l'attestazione di qualificazione, facendo presente che, con riferimento alle procedure regolate dal nuovo Codice, si uniformerà agli orientamenti del Consiglio di Stato sopra richiamati.”;

^{xxx} Consiglio di Stato, sezione V, 29 settembre 2023, n. 8592: “Il nuovo Codice dei contratti pubblici ha ammesso, in sostanza, in maniera generica e senza limitazioni, il ‘cumulo alla rinfusa’ anche all'art. 67, comma 2, lett. d) del d.lgs. n. 36 del 2023, il quale ha espressamente previsto che “per gli appalti di lavori, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento sono posseduti e comprovati dagli stessi sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate”. Da siffatti rilievi consegue che, nella partecipazione alle gare d'appalto è il consorzio stabile (e non già ciascuna delle singole imprese consorziate) ad assumere la qualifica di concorrente e contraente e, per l'effetto, a dover dimostrare il possesso dei relativi requisiti partecipativi, anche mediante il cumulo dei requisiti delle imprese consorziate, a prescindere dal fatto che le stesse siano designate o meno in gara per l'esecuzione del contratto di appalto. Il principio è stato recentemente affermato da questa Sezione, con la sentenza n. 6533 del 4 luglio 2023”;

^{xxxi} così, sul punto, la Relazione: “Il comma 3 precisa quanto già affermato dalla giurisprudenza in ordine alla necessità che i consorziate, oltre che i consorzi sopra specificati, siano in possesso dei requisiti generali. La previsione riguarda le consorziate esecutrici e le consorziate che “prestano” i requisiti. In quest'ultimo caso l'applicazione dell'istituto si rende necessaria in quanto le consorziate che prestano i requisiti sono assimilate agli ausiliari: il rapporto che si instaura è “molto simile a quello dell'avvalimento” (Ad. plen. 18 marzo 2021 n. 5), e quindi soggiace al regime di quest'ultimo, per il quale è la stessa Corte di giustizia ad avere applicato l'istituto della sostituzione (3 giugno 2021, in causa C-210/20). Si è altresì estesa la previsione alle consorziate designate all'esecuzione da parte del consorzio stabile, così come richiesto dalla giurisprudenza (Ad. plen. n. 5 del 2021). È stato ritenuto di introdurre la disposizione che impone il possesso all'esecutore dei requisiti di idoneità professionale di cui all'art. 100, comma 3 al fine di assicurare l'adeguata competenza dell'esecutore, anche in ragione del fatto che detti requisiti non sono compresi nell'ambito applicativo dell'art. 63 della direttiva.”

^{xxxii} Così la Relazione: *“Il comma 4, nella prima parte, riproduce il contenuto del comma 2 dell’art. 47 del decreto legislativo n. 50 del 2016, che onera i consorzi stabili ad indicare se eseguono le prestazioni con la propria struttura o tramite i consorziati e che si è ritenuto di mantenere. La previsione non è stata estesa ai consorzi di cooperative in quanto non si ritiene che questi ultimi possano indicare sé stessi come esecutori stante lo scopo mutualistico (si dà per scontato in dottrina e nella sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 2 settembre 2019, n. 6024 che detti consorzi indichino una consorziata esecutrice). Sotto tale profilo i consorzi fra imprese artigiane sono invece assimilabili ai consorzi fra cooperative (Consiglio di Stato n. 7155 del 2021 e parere ANAC n. 192 del 2008).”;*

^{xxxiii} così, su tale ultima parte del comma 4 dell’art. 67, la Relazione: *“La seconda parte del comma 4 (ultima proposizione), che supera quanto previsto nell’ art. 48, comma 7, del d.lgs n. 50 del 2016, è stata inserita considerando la giurisprudenza della Corte di giustizia e la procedura di infrazione 2018/2273, che inducono a superare il divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara da parte del consorziato designato, contenuto nel citato comma 7 dell’art. 48 ma riferito (anche) ai soggetti di cui all’art. 107 47 del d.lgs n. 50 del 2016 e la conseguenza automaticamente espulsiva prevista in caso di violazione del medesimo. La procedura d’infrazione 2018/2273 ha avuto ad oggetto il comma 7 dell’art. 89 del decreto legislativo n. 50 del 2016, che dispone che non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, ovvero che partecipino alla medesima gara sia l’impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti, oltre altre disposizioni che impediscono la partecipazione plurima. Nella lettera di infrazione si afferma che la disposizione è incompatibile con il principio di proporzionalità in quanto non consente all’operatore economico di dimostrare che la circostanza non ha influito sul loro comportamento nell’ambito di tale procedura di gara né incide sulla loro capacità di rispettare gli obblighi contrattuali. Si rileva che la partecipazione plurima: - non può incidere sull’esecuzione degli obblighi contrattuali in quanto risulta aggiudicataria solo una delle offerte presentate; - potrebbe incidere sul collegamento fra offerte quale causa di esclusione facoltativa ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. m), del decreto legislativo n. 50 del 2016, (che è stata “conservata”, seppur con formulazione modificata, sub art. 95, comma 1, lett. d) integrando una causa di esclusione facoltativa, in conformità all’art. 57 della direttiva) oltre che sulla segretezza delle offerte. La Corte di giustizia ha affermato che “i raggruppamenti di imprese possono presentare forme e obiettivi variabili, e non escludono necessariamente che le imprese controllate godano di una certa autonomia nella gestione della loro politica commerciale e delle loro attività economiche, in particolare nel settore della partecipazione a pubblici incanti” (Corte di giustizia, sez. IV, 19 maggio 2009, in causa C-538/07, oltre che, con riferimento specifico ai consorzi stabili, 23 dicembre 2009, in causa C-376/08). Si è proposto pertanto, anche in ragione della disciplina del self cleaning e della sostituzione, di inserire, in luogo del suddetto divieto, la disposizione in forza della quale la partecipazione alla gara in qualsiasi altra forma da parte del consorziato designato dal consorzio offerente determina l’esclusione del medesimo se sono integrati i presupposti della causa escludente dell’unico centro decisionale, sempre che l’operatore economico non dimostri che la circostanza non ha influito sulla gara né è idonea a incidere sulla capacità di rispettare gli obblighi contrattuali. Il portato della giurisprudenza della Corte di giustizia, e le considerazioni circa il fatto che i partecipanti ai raggruppamenti possono godere di spazi di autonomia che si articolano diversamente nella prassi, tali da essere compatibili con il divieto di concordare le offerte e la regola della segretezza (“atte a garantire tanto l’indipendenza quanto la segretezza in sede di elaborazione di offerte”, così Corte di giustizia, sez. IV, 19 maggio 2009, in causa C-538/07) hanno indotto a preferire il testo proposto piuttosto che il testo suggerito in via alternativa durante i lavori della Commissione, in base al quale “la partecipazione alla gara in qualsiasi altra forma da parte del consorziato designato dal consorzio offerente integra i presupposti della causa escludente di cui all’art. 95 comma 1 lett. d- (corrispondente e art. 80 comma 5 lett. m), sempre che l’operatore economico non dimostri che la circostanza non ha influito sulla gara né è idonea a incidere sulla capacità di rispettare gli obblighi contrattuali e solo dopo e comunque fatta salva la facoltà di cui ai commi 5 e 6 dell’art. xy (vigente art. 45)”;*

nella lettera di infrazione era stato affermato che la antevedigente disposizione fosse incompatibile con il principio di proporzionalità in quanto non consentiva agli operatori economici di dimostrare che la circostanza non aveva influito sul loro comportamento nell’ambito della procedura di gara né incideva sulla loro capacità di rispettare gli obblighi contrattuali; la Corte di giustizia aveva in particolare affermato che *“i raggruppamenti di imprese possono presentare forme e obiettivi variabili, e non escludono necessariamente che le imprese controllate godano di una certa autonomia nella gestione della loro politica commerciale e delle loro attività economiche”;*

^{xxxiv} nella Relazione, è stata precisata la ratio della disposizione di cui al comma 5 dell’art. 67, rilevandosi, quanto al consorzio di cooperative che *“quest’ultimo ha personalità giuridica che rende improponibile l’enucleazione di una posizione distinta delle cooperative rispetto al consorzio, che deve essere in possesso dei requisiti generali e dei requisiti di qualificazione, potendo mutuare i mezzi anche dalle consorziate, così come affermato dalla giurisprudenza (ad. plen. 14 del 2013 e Cons. St., sez. V, 2 settembre 2019 n. 6024).”;*

^{xxxv} criterio, questo, introdotto, come si ricorderà dal comma 7 dell’art. 36 del d.Lgs, n. 163 del 2006 *“: Il consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate. Per i lavori la qualificazione è acquisita con riferimento ad una determinata categoria di opere generali o specialistiche per la classifica*

corrispondente alla somma di quelle possedute dalle imprese consorziate. Per la qualificazione alla classifica di importo illimitato, è in ogni caso necessario che almeno una tra le imprese consorziate già possieda tale qualificazione ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno una con qualificazione per classifica VII e almeno due con classifica V o superiore, ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno tre con qualificazione per classifica VI. Per la qualificazione per prestazioni di progettazione e costruzione, nonché per la fruizione dei meccanismi premiali di cui all'articolo 40, comma 7, è in ogni caso sufficiente che i corrispondenti requisiti siano posseduti da almeno una delle imprese consorziate. Qualora la somma delle classifiche delle imprese consorziate non coincida con una delle classifiche di cui al regolamento, la qualificazione è acquisita nella classifica immediatamente inferiore o in quella immediatamente superiore alla somma delle classifiche possedute dalle imprese consorziate, a seconda che tale somma si collochi rispettivamente al di sotto, ovvero al di sopra o alla pari della metà dell'intervallo tra le due classifiche ”;

^{xxxvi} cfr Consiglio di Stato, Sez. V, 3 gennaio 2024, n. 71, di cui di seguito si riporterà un breve stralcio motivato e Consiglio di Stato, Sez. V, 4 marzo 2024, n. 2118;

^{xxxvii} per una esaustiva disamina sulle origini e sull'evoluzione di questa figura, si veda: Antonio Cianflone, Giorgio Giovannini, “L'appalto delle opere pubbliche”, Tomo I par.126, pagg. 519 e 520, Giuffrè Editore, Milano, 2021, XIV ed;

^{xxxviii} questi, i punti centrali della citata sentenza europea: “37 Orbene, imponendo all'impresa mandataria del raggruppamento di operatori economici di eseguire le prestazioni «in misura maggioritaria» rispetto a tutti i membri del raggruppamento, vale a dire di eseguire la maggior parte dell'insieme delle prestazioni contemplate dall'appalto, l'articolo 83, comma 8, del Codice dei contratti pubblici fissa una condizione più rigorosa di quella prevista dalla direttiva 2014/24, la quale si limita ad autorizzare l'amministrazione aggiudicatrice a prevedere, nel bando di gara, che taluni compiti essenziali siano svolti direttamente da un partecipante al raggruppamento di operatori economici.³⁸ Secondo il regime istituito da tale direttiva, le amministrazioni aggiudicatrici hanno la facoltà di esigere che taluni compiti essenziali siano svolti direttamente dall'offerente stesso o, se l'offerta è presentata da un raggruppamento di operatori economici ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 2, della direttiva 2014/24, da un partecipante a detto raggruppamento; per contro, secondo il diritto nazionale di cui trattasi nel procedimento principale, il legislatore nazionale impone, in modo orizzontale, per tutti gli appalti pubblici in Italia, che il mandatario del raggruppamento di operatori economici esegua la maggior parte delle prestazioni.³⁹ È vero che l'articolo 19, paragrafo 2, secondo comma, della direttiva 2014/24 prevede che gli Stati membri possano stabilire clausole standard che specifichino il modo in cui i raggruppamenti di operatori economici devono soddisfare le condizioni relative alla capacità economica e finanziaria o alle capacità tecniche e professionali di cui all'articolo 58 di tale direttiva.⁴⁰ Tuttavia, quand'anche la capacità di svolgere compiti essenziali rientrasse nella nozione di «capacità tecnica», ai sensi degli articoli 19 e 58 della direttiva 2014/24, ciò che consentirebbe al legislatore nazionale di includerla nelle clausole standard previste dall'articolo 19, paragrafo 2, della stessa, una norma come quella contenuta nell'articolo 83, comma 8, terzo periodo, del Codice dei contratti pubblici, che obbliga il mandatario del raggruppamento di operatori economici ad eseguire direttamente la maggior parte dei compiti, va al di là di quanto consentito da tale direttiva. Infatti, una norma del genere non si limita a precisare il modo in cui un raggruppamento di operatori economici deve garantire di possedere le risorse umane e tecniche necessarie per eseguire l'appalto, ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 2, di detta direttiva, in combinato disposto con l'articolo 58, paragrafo 4, della stessa, ma riguarda l'esecuzione stessa dell'appalto e richiede in proposito che essa sia svolta in misura maggioritaria dal mandatario del raggruppamento.⁴¹ Infine, è vero che l'articolo 63, paragrafo 2, della direttiva 2014/24 consente alle amministrazioni aggiudicatrici di esigere, per gli appalti di servizi, che «taluni compiti essenziali» siano svolti da un partecipante al raggruppamento di operatori economici.⁴² Nondimeno, nonostante le lievi differenze sussistenti tra le versioni linguistiche della direttiva 2014/24, si evince manifestamente dai termini «taluni compiti essenziali», utilizzati in parecchie di esse, tra cui la versione in lingua francese («certaines tâches essentielles»), nonché dai termini equivalenti a «determinati compiti critici», utilizzati in altre versioni di tale direttiva, tra cui quelle in lingua spagnola («determinadas tareas críticas»), tedesca («bestimmte kritische Aufgaben»), inglese («certain critical tasks»), neerlandese («bepaalde kritieke taken») e rumena («anumite sarcini critice»), che la volontà del legislatore dell'Unione, conformemente agli obiettivi di cui ai considerando 1 e 2 della medesima direttiva, consiste nel limitare ciò che può essere imposto a un singolo operatore di un raggruppamento, seguendo un approccio qualitativo e non meramente quantitativo, al fine di incoraggiare la partecipazione di raggruppamenti come le associazioni temporanee di piccole e medie imprese alle gare di appalto pubbliche. Un requisito come quello enunciato all'articolo 83, comma 8, terzo periodo, del Codice dei contratti pubblici, che si estende alle «prestazioni in misura maggioritaria», contravviene a siffatto approccio, eccede i termini mirati impiegati all'articolo 63, paragrafo 2, della direttiva 2014/24 e pregiudica così la finalità, perseguita dalla normativa dell'Unione in materia, di aprire gli appalti pubblici alla concorrenza più ampia possibile e di facilitare l'accesso delle piccole e medie imprese (sentenza del 2 giugno 2016, Pi., C-27/15, EU:C:2016:404, punto 27).⁴³ Del resto, mentre l'articolo 63, paragrafo 2, della direttiva 2014/24 si limita ad autorizzare le amministrazioni aggiudicatrici ad esigere, per gli appalti di servizi, che taluni compiti siano svolti dall'uno o dall'altro partecipante al raggruppamento di operatori economici, l'articolo 83, comma 8, del Codice dei contratti pubblici impone l'obbligo di esecuzione delle

prestazioni in misura maggioritaria al solo mandatario del raggruppamento, ad esclusione di tutte le altre imprese che vi partecipano, limitando così indebitamente il senso e la portata dei termini impiegati all'articolo 63, paragrafo 2, della direttiva 2014/24.”;

^{xxxix} il Cgars, per la precisione, con la sentenza parziale n. 1103 del 14 ottobre 2020, ha definitivamente deciso (in senso reiettivo) alcune censure che erano state proposte avverso la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia - Catania (sez. IV) n. 3150/2019 relativamente all'affidamento di un servizio settennale di igiene urbana di 33 comuni della provincia di Messina, ed aveva riservato ad una separata ordinanza collegiale il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione Europea, relativamente ad una questione posta dall'appellata con il terzo motivo del ricorso incidentale in appello;

con la coeva ordinanza collegiale n. 1106, ha rimesso alla Corte europea il seguente quesito: “II. NORMATIVA DELL'UNIONE EUROPEA

La direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 (in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 28.3.2014 - L 94/65) dispone:

Articolo 63 - Affidamento sulle capacità di altri soggetti:

1. Per quanto riguarda i criteri relativi alla capacità economica e finanziaria stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 3, e i criteri relativi alle capacità tecniche e professionali stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 4, *un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia fare affidamento sulle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste. Se un operatore economico vuole fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, dimostra all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno assunto da detti soggetti a tal fine.*

L'amministrazione aggiudicatrice verifica, conformemente agli articoli 59, 60 e 61, se i soggetti sulla cui capacità l'operatore economico intende fare affidamento soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 57. L'amministrazione aggiudicatrice impone che l'operatore economico sostituisca un soggetto che non soddisfa un pertinente criterio di selezione o per il quale sussistono motivi obbligatori di esclusione. L'amministrazione aggiudicatrice può imporre o essere obbligata dallo Stato membro a imporre che l'operatore economico sostituisca un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione.

Se un operatore economico si affida alle capacità di altri soggetti per quanto riguarda i criteri relativi alla capacità economica e finanziaria, l'amministrazione aggiudicatrice può esigere che l'operatore economico e i soggetti di cui sopra siano solidalmente responsabili dell'esecuzione del contratto.

Alle stesse condizioni, un raggruppamento di operatori economici di cui all'articolo 19, paragrafo 2, può fare valere le capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti.

2. Nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, *le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente stesso o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici di cui all'articolo 19, paragrafo 2, da un partecipante al raggruppamento.*

Articolo 19 - Operatori economici, paragrafo 2:

2. I raggruppamenti di operatori economici, comprese le associazioni temporanee, sono autorizzati a partecipare a procedure di appalto. Essi non possono essere obbligati dalle amministrazioni aggiudicatrici ad avere una forma giuridica specifica ai fini della presentazione di un'offerta o di una domanda di partecipazione.

Ove necessario, le amministrazioni aggiudicatrici possono specificare nei documenti di gara le modalità con cui i raggruppamenti di operatori economici devono ottemperare ai requisiti in materia di capacità economica e finanziaria o di capacità tecniche e professionali di cui all'articolo 58, purché ciò sia proporzionato e giustificato da motivazioni obiettive. Gli Stati membri possono stabilire le condizioni generali relative all'ottemperanza a tali modalità da parte degli operatori economici.

Le condizioni per l'esecuzione di un appalto da parte di tali gruppi di operatori economici, diverse da quelle imposte a singoli partecipanti, sono giustificate da motivazioni obiettive e sono proporzionate.

La disciplina della direttiva sviluppa i principi concorrenziali espressi dagli artt. 49, 56, 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

III. NORMATIVA NAZIONALE

1. Il diritto interno ha ritenuto opportuno procedere all'adozione di un unico decreto (Decreto legislativo n. 50 del 18 aprile 2016 - pubblicato in Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 91 del 19 aprile 2016, Supplemento ordinario n. 10), per assicurare il corretto recepimento delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE e, contestualmente, introdurre nell'ordinamento un sistema di regolazione nella materia degli appalti di lavori, forniture e servizi, coerente, semplificato, unitario, trasparente ed armonizzato alla disciplina europea.

2. Il successivo Decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56 (in Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 103 del 5 maggio 2017, Supplemento ordinario n. 22) reca “Disposizioni integrative e correttive al Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50” ed in particolare l’art. 52 comma 1 lettera c) è intervenuto sull’art. 83 comma 8 di detto Decreto legislativo n. 50 del 2016 (ora denominato “Codice dei contratti pubblici”) la cui formulazione ora è la seguente:

“Criteri di selezione e soccorso istruttorio: 8. Le stazioni appaltanti indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel bando di gara o nell’invito a confermare interesse ed effettuano la verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all’impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite. Per i soggetti di cui all’articolo 45, comma 2, lettere d), e), f) e g), nel bando sono indicate le eventuali misure in cui gli stessi requisiti devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti. *La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria.* I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle”.

3. L’art. 89 comma 1 del Decreto legislativo n. 50 del 2016 (nel testo risultante dalle modifiche disposte dall’art. 56 comma 1 lettera a) del Decreto legislativo n. 56 del 2017) recita: “Avvalimento: 1. L’operatore economico, singolo o in raggruppamento di cui all’articolo 45, per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all’articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara, e, in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all’articolo 80, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Per quanto riguarda i criteri relativi all’indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all’allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste. L’operatore economico che vuole avvalersi delle capacità di altri soggetti allega, oltre all’eventuale attestazione SOA dell’impresa ausiliaria, una dichiarazione sottoscritta dalla stessa attestante il possesso da parte di quest’ultima dei requisiti generali di cui all’articolo 80, nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento. L’operatore economico dimostra alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall’impresa ausiliaria con cui quest’ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell’appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente. Nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l’applicazione dell’articolo 80, comma 12, nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente e esclude la garanzia. Il concorrente allega, altresì, alla domanda di partecipazione in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l’impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell’appalto. A tal fine, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall’impresa ausiliaria”.

4. Il Disciplinare di gara dopo aver indicato al punto 7.3. i requisiti di capacità tecnica e professionale del lotto n. 2 dispone - al punto 7.4.- “Il requisito di cui al precedente punto 7.3 deve essere posseduto per intero dalla mandataria, il requisito non è frazionabile”.

IV ILLUSTRAZIONE DEI MOTIVI DEL RINVIO PREGIUDIZIALE

È noto che l’istituto dell’avvalimento ha una forte valenza nel diritto eurolunitario in quanto esso ha una valenza pro-concorrenza e non sono mancate le contestazioni mosse allo Stato Italiano per non aver valorizzato a pieno le potenzialità dell’istituto la cui disciplina (art. 89 comma 1 del decreto legislativo n. 50 del 2016) reca ancora resistenze ben evidenziate nella procedura di infrazione avviata nel 2019 dalla Commissione europea dove un paragrafo è proprio dedicato all’avvalimento.

Su questi presupposti si prospetta l’eventualità che la disciplina di cui al penultimo periodo del comma 8 dell’art. 83 (*La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria*) potrebbe incidere e condizionare il ricorso all’avvalimento, finendo per disattendere quanto indicato dalla direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 che all’art. 63 paragrafo 1 non sembra porre limitazioni alla possibilità che l’operatore economico faccia affidamento senza restrizioni alle capacità di altri soggetti ricorrendo all’avvalimento.

Il rinvio pregiudiziale investe quindi un punto decisivo della controversia in quanto riguarda il III motivo del ricorso incidentale dell’Ati Pippo Pizzo che se fondato comporterebbe l’accoglimento delle ragioni dell’appellante incidentale con conseguenze circa l’aggiudicazione di una gara rilevante socialmente ed economicamente.

L’articolo 267 TFUE attribuisce alla Corte di Giustizia la competenza a pronunciarsi, in via pregiudiziale, tanto sull’interpretazione dei Trattati e degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell’Unione (lettera a)), quanto sulla validità di tali atti (lettera b)). Detto articolo dispone, al suo secondo comma, che un organo giurisdizionale nazionale può sottoporre alla Corte siffatte questioni qualora reputi necessaria, per emanare la sua sentenza, una decisione su tale punto, e, al suo terzo comma, che tale organo giurisdizionale è tenuto a farlo se avverso le sue decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno (Corte giustizia UE sez. V, 11 settembre 2014, n.112).

Questo Giudice di appello (contro le cui decisioni non sono ordinariamente proponibili ricorsi giurisdizionali di diritto interno) ritiene opportuno precisare che le questioni poste dall'appellante e dall'interveniente attengono all'applicazioni di disposizioni rilevanti ai fini della presente controversia che pertanto, per essere decisa, necessita della decisione della Corte di Giustizia in quanto compete solo alla Corte risolvere la questione pregiudiziale relativa all'interpretazione dell'art. 63 paragrafo 1 della direttiva 2014/24/UE nel senso che detto paragrafo osterebbe in caso di ricorso all'avvalimento, ad una normativa esterna che esige che la mandataria deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria.

A tal proposito, secondo costante giurisprudenza, il procedimento ai sensi dell'articolo 267 TFUE costituisce uno strumento di cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali, per mezzo del quale la prima fornisce ai secondi gli elementi di interpretazione del diritto dell'Unione necessari per risolvere le controversie dinanzi ad essi pendenti (v., segnatamente, sentenza del 6 settembre 2016, Petruhhin, C-182/15, EU:C:2016:630, punto 18; sentenza del 10 dicembre 2018, Wightman e a., C-621/18, EU:C:2018:999, punto 26 e giurisprudenza ivi citata). Da tale giurisprudenza emerge altresì che spetta soltanto al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, valutare, alla luce delle particolarità del caso di specie, tanto la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di emettere la propria sentenza, quanto la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte.

Il presente rinvio pregiudiziale si rende necessario, in assenza di precedenti specifici della Corte di Giustizia sulla medesima questione in quanto:

- a) la questione è rilevante ai fini della controversia in quanto nel caso di specie l'Ati Pippo Pizzo nel ricorrere all'avvalimento come mandataria dovrebbe essere esclusa dalla gara in ragione di quanto previsto dal penultimo periodo del comma 8 dell'art. 83 del Codice dei contratti d.lgs. 50 del 2016 (*La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria*);
- b) quanto previsto dal penultimo periodo del comma 8 dell'art. 83 del Codice dei contratti d.lgs. 50 del 2016 (*La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria*) finirebbe per determinare in via interpretativa e senza violare direttamente l'art.63 paragrafo 1 della direttiva 2014/24/UE, un'interpretazione della disposizione comunitaria limitativa delle scelte effettuate dall'operatore economico che finisce per condizionarne le libere determinazioni dell'impresa con chiari effetti anti concorrenziali.

V. PUNTO DI VISTA DEL GIUDICE DEL RINVIO

Il punto di vista del giudice del rinvio è nel senso che le due disposizioni in precedenza richiamate (art. 89 comma 1 e art. 83 comma 8 del d.lgs. 50 del 2016) non darebbero vita ad alcuna antinomia e possono essere interpretate nel senso che

- a- l'operatore economico non incontra alcun limite nel ricorrere all'istituto dall'avvalimento al fine di conquistare capacità non possedute;
- b - il ricorso all'avvalimento non può spingersi fino al punto da sovvertire la regola secondo cui la mandataria deve "in ogni caso" possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria.

Il Consiglio di Stato (sez. III, 1° luglio 2020, n.4206) ha chiarito che la regola di cui al comma 8 dell'art. 83 (*La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria*) ha lo scopo "di assicurare che l'impresa mandataria, per il ruolo che detiene all'interno del raggruppamento e la posizione di responsabilità che riveste nei confronti della stazione appaltante, assuma una funzione di garanzia della corretta esecuzione dell'appalto, quale il legislatore ha ritenuto che possa riposare solo sul suo concorso principale alla dimostrazione dei requisiti di partecipazione ed alla esecuzione della prestazione richiesta dalla stazione appaltante".

VI. FORMULAZIONE DEI QUESITI E RINVIO ALLA CORTE

1. In conclusione, il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana solleva questione di pregiudizialità invitando la Corte di Giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267 TFUE, a pronunciarsi sul seguente quesito:

Se l'articolo 63 della direttiva 2014/24 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, relativo all'istituto dell'avvalimento, unitamente ai principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), osti all'applicazione della normativa nazionale italiana in materia di "criteri di selezione e soccorso istruttorio" di cui all'inciso contenuto nel penultimo periodo del comma 8 dell'art. 83 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nel senso che in caso di ricorso all'istituto dell'avvalimento (di cui all'articolo 89 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), in ogni caso la mandataria deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria".; a seguito della decisione della Corte di Giustizia, la causa è poi stata riassunta e definita dal Cgsrcs con la sentenza (definitiva) n. 1099 del 25.10.2022;

^{x1} ci si riferisce alla sentenza della Quinta Sezione del Consiglio di Stato n. 2227 del 7 marzo 2024, che ha disapplicato gli artt. 92, comma 2 e 61, comma 2 del d.P.R. n. 207 del 2010 e la disposizione di cui all'art. 2, comma 2 dell'allegato II.12 al predetto d.P.R. n. 207 del 2010, in tema di "incremento del quinto";

^{xlii} sebbene si tratti di nozioni “basiche”, che vengono date per presupposte nel presente scritto, non sembra inutile, fare presente, al fine anche di dimostrare la portata di istituto proconcorrenziale da sempre attribuita ai Rti, richiamare l’attenzione su brevi nozioni:

a) per poter accedere ad una gara d’appalto bisogna soddisfare alcuni requisiti tecnico-economici e di affidabilità morale/professionale. Molte imprese, soprattutto quelle di piccole dimensioni, al momento della pubblicazione del bando non hanno i requisiti necessari per poter partecipare all’appalto. Possono, però, pensare di sfruttare i requisiti di imprese ausiliarie, unendosi a queste. Nascono così i raggruppamenti temporanei, così definiti perché la loro durata coincide con quella della gara d’appalto.

La stazione appaltante non può né limitare né vietare i raggruppamenti temporanei in quanto rientrano nell’elenco degli operatori economici ammessi alle gare. L’ente ha, però, l’obbligo di verificare l’effettivo possesso di tutti i requisiti richiesti da bando;

b) un raggruppamento temporaneo può essere costituito da imprenditori individuali, anche artigiani e le società, anche cooperative; consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro; consorzi stabili costituiti anche in forma di società consortili; come si è detto, l’esigenza di costituire un raggruppamento temporaneo nasce laddove un operatore economico non sia in possesso di tutti i requisiti per poter partecipare ad una gara d’appalto e quindi, per non vedersi preclusa aprioristicamente la partecipazione escluso a priori, decide di unirsi ad altri operatori economici che fanno da garante mettendo a disposizione i propri requisiti, compensando le proprie carenze;

c) si allarga, così, la platea dei possibili operatori economici “concorrenti”, il che tutela la libera concorrenza e il principio di massima partecipazione volto a non escludere le piccole realtà; il “primo” vantaggio del raggruppamento temporaneo è quello di consentire ad imprese minori la partecipazione alla gara che altrimenti non sarebbe avvenuta per mancanza di requisiti; sullo sfondo, resta, meno evidente, pur sempre di rilievo, il beneficio per la stazione appaltante a garanzia della buona riuscita dell’esecuzione dei lavori che altrimenti potrebbe essere minata da inadeguati mezzi tecnici e/o finanziari.;

d) l’antevigente art. 48 del d.Lgs. n. 50 del 2016, disciplinava tre tipologie di Rti, e tracciava una distinzione tra il settore dei lavori, e quello dei servizi e delle forniture: D) quanto ai lavori;

1) raggruppamento temporaneo verticale: una riunione di operatori economici nell’ambito della quale uno di essi realizza i lavori della categoria prevalente (per lavori scorporabili si intendono i lavori come definiti all’art. 3 assumibili da uno dei mandanti);

2) raggruppamento orizzontale: riunione di operatori economici finalizzata a realizzare i lavori della stessa categoria; veniva in rilievo la suddivisione quantitativa pro quota dell’opera tra le imprese facenti parte del raggruppamento e ugualmente specializzate; esse non avevano l’obbligo di dichiarare in sede di gara le parti dell’opera, che ciascuna impresa andrà a realizzare, ma soltanto le quote percentuali di spettanza; Nel raggruppamento orizzontale, tutte le imprese partecipanti erano solidamente responsabili nei confronti dei subappaltatori, dei fornitori e della pubblica amministrazione; II) quanto ai servizi e alle forniture: I) raggruppamento verticale: il mandatario esegue le prestazioni di servizi o forniture indicati come principali anche in termini economici, i mandanti quelle indicate come secondarie; *ricorre quindi un’associazione in cui il mandatario esegua le prestazioni di servizi o di forniture indicati come principali anche in termini economici, i mandanti quelle indicate come secondarie. Ciascuna impresa partecipante al raggruppamento viene qualificata in base alla categoria corrispondente alla parte di opera, che la stessa dovrà realizzare. L’impresa capogruppo è solidamente responsabile con ciascuna delle società mandanti per le prestazioni secondarie assunte e le mandanti rispondono ciascuna per le prestazioni assunte;* 2) raggruppamento orizzontale: gli operatori economici eseguono lo stesso tipo di prestazione; III) il sistema, conosceva, poi, la categoria del c.d. “raggruppamento misto”, definibile come un raggruppamento di tipo verticale nel quale l’esecuzione delle singole categorie di lavori o servizi è effettuata da sub-raggruppamenti di imprese di tipo orizzontale e in cui ogni sub-raggruppamento era responsabile delle prestazioni che appartengono al proprio ambito di competenza, mentre l’operatore mandatario era responsabile dell’intero appalto; dbis) va da sé che spettava alle stazioni appaltanti specificare nella lex specialis della gara quale fosse la prestazione principale e quali fossero le secondarie;

^{xliii} in occasione dell’esame svolto sul testo del Codice ad opera della competente commissione parlamentare, era stato richiesto, in ordine al dettato del comma 9 in oggetto, di valutare “(...) l’opportunità di escludere più chiaramente i comportamenti elusivi della stessa, sostituendo il riferimento al Libro V del Titolo V, Capi III e seguenti del codice civile con quello all’articolo 31 dell’Allegato II.12” (v. parere del 21 febbraio 2023, all. I, p. 57, lett. dd);

^{xliiii} la disciplina dei “requisiti generali consta, oggi di cinque articoli, in luogo dell’unica disposizione (art. 80 del d.Lgs n. 50 del 2016, art. 38 del d.Lgs. 163 del 2006) che in passato la racchiudeva; si ritiene di non violare alcun particolare dovere di riservatezza relativo ai lavori della Commissione, nel fare presente non solo che, in origine, quanto alla disciplina dell’esclusione, la Commissione aveva lavorato su una bozza di articolo unico, ma anche che quando ormai ci si era risolti a suddividere l’articolato in più disposizioni (quattro, per la precisione), è stato grazie all’insistenza del Coordinatore che la disciplina dell’esclusione dei raggruppamenti e dei consorzi ha trovato sede in una specifica norma;

^{xliv} Senza pretesa di completezza, si riportano di seguito, sul tema, alcuni degli arresti più significativi dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, e della Corte di Giustizia UE: In particolare l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato era dovuta intervenire a più riprese esercitando la propria funzione nomofilattica e dirimendo conflitti interpretativi tra le Sezioni del Consiglio di Stato, nei seguenti casi: Consiglio di Stato ad. plen., 25 gennaio 2022, n.2 "*La modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 d.lg. 18 aprile 2016 n. 50 (codice dei contratti pubblici) da parte del mandatario o di una delle mandanti, è consentita non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara, ai sensi dell'art. 48, commi 17, 18 e 19 ter, medesimo codice*"; Consiglio di Stato ad. plen., 27 maggio 2021, n.9 "*La presentazione di una domanda di concordato preventivo in bianco, ai sensi dell'art. 161, comma 6, l. fall., non costituisce una causa di esclusione automatica dalle gare pubbliche, essendo rimessa al giudice fallimentare la valutazione circa la compatibilità tra la procedura concorsuale finalizzata alla continuità aziendale e la procedura ad evidenza pubblica.*"; Consiglio di Stato ad. plen., 28 agosto 2020, n.16 "*La falsità di informazioni rese dall'operatore economico partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici e finalizzata all'adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante concernenti l'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione, è riconducibile all'ipotesi prevista dalla lett. c) [ora c-bis)] dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti di cui al d.lg. 18 aprile 2016, n. 50; in conseguenza di ciò la stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, ai sensi della medesima disposizione, senza alcun automatismo espulsivo; alle conseguenze ora esposte conduce anche l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, nell'ambito della quale rilevano, oltre ai casi oggetto di obblighi dichiarativi predeterminati dalla legge o dalla normativa di gara, solo quelle evidentemente incidenti sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico; la lett. f-bis) dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti pubblici ha carattere residuale e si applica in tutte le ipotesi di falso non rientranti in quelle previste dalla lett. c) [ora c-bis)] della medesima disposizione.*"; mentre, per quel che riguarda la Corte di Giustizia: Corte giustizia UE sez. IV, 26 gennaio 2023, n.682 "*L'articolo 1, paragrafi 1 e 3, della direttiva 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2014/23/UE, deve essere interpretato nel senso che uno Stato membro che preveda, nell'ambito della fissazione di condizioni di applicazione del motivo di esclusione facoltativo previsto all'articolo 57, paragrafo 4, lettera g), della direttiva 2014/24, che i membri di un raggruppamento di operatori economici aggiudicatario di un appalto pubblico siano, in caso di risoluzione di tale appalto per inosservanza di un requisito sostanziale, inseriti in un elenco di fornitori inaffidabili e, quindi, temporaneamente esclusi, in linea di principio, dalla partecipazione a nuove procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, deve garantire il diritto di tali operatori di proporre un ricorso effettivo avverso il loro inserimento in tale elenco.*"; Corte giustizia UE sez. IV, 15 settembre 2022, n.416 "*Il rispetto del principio di proporzionalità richiede che l'ente aggiudicatore sia tenuto a esaminare e valutare i fatti, al fine di accertare se il rapporto sussistente tra due entità abbia esercitato un'influenza concreta sul rispettivo contenuto delle offerte depositate nell'ambito di una medesima procedura di aggiudicazione pubblica, e la constatazione di una simile influenza, in qualunque forma, è sufficiente affinché le suddette imprese possano essere escluse dalla procedura. Infatti, la constatazione che i collegamenti fra gli offerenti hanno esplicitato un'influenza sul contenuto delle loro offerte presentate nell'ambito di una medesima procedura di gara è sufficiente perché le suddette offerte non possano essere prese in considerazione dall'ente aggiudicatore, giacché le medesime devono essere presentate in completa autonomia ed indipendenza quando provengono da offerenti collegati.*"; Corte giustizia UE grande sezione, 7 settembre 2021, n.927 "*l'articolo 63, paragrafo 1, secondo comma, della direttiva 2014/24, in combinato disposto con l'articolo 57, paragrafi 4 e 6, di tale direttiva, deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale in forza della quale, qualora un operatore economico, membro di un raggruppamento di operatori economici, si sia reso colpevole di false dichiarazioni fornendo le informazioni richieste per la verifica dell'assenza di motivi di esclusione del raggruppamento o della soddisfazione da parte di quest'ultimo dei criteri di selezione, senza che i suoi partner abbiano avuto conoscenza di tale falsa dichiarazione, è possibile pronunciare un provvedimento di esclusione da qualsiasi procedura di aggiudicazione di appalti pubblici nei confronti di tutti i membri di tale raggruppamento.*"; Corte giustizia UE sez. IX, 3 giugno 2021, n.210 "*l'art. 63 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici, che abroga la direttiva 2004/18/CE, in combinato disposto con il suo art. 57, par. 4, lett. h), e alla luce del principio di proporzionalità, deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale in forza della quale l'Amministrazione aggiudicatrice deve automaticamente escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico qualora un'impresa ausiliaria, sulle cui capacità esso intende fare affidamento, abbia reso una dichiarazione non veritiera quanto all'esistenza di condanne penali passate in giudicato, senza poter imporre o quantomeno permettere, in siffatta ipotesi, a tale offerente, di sostituire detto soggetto.*"; Corte giustizia UE sez. II, 30 gennaio 2020, n.395 "*l'art. 57, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2014/24 non osta ad una normativa nazionale, in virtù della quale l'Amministrazione aggiudicatrice abbia la facoltà, o addirittura l'obbligo, di escludere l'operatore economico che ha presentato l'offerta dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell'appalto qualora nei confronti di uno dei subappaltatori menzionati nell'offerta di detto operatore venga constatato il motivo di esclusione previsto dalla disposizione sopra citata. Per contro, tale disposizione, letta in combinato disposto con l'art. 57, paragrafo 6, della medesima direttiva, nonché il principio di proporzionalità,*

ostano ad una normativa nazionale che stabilisca il carattere automatico di tale esclusione.”; Corte giustizia UE sez. IV, 19 giugno 2019, n.41 “l’art. 57, par. 4, lett. c) e g), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici, deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in forza della quale la contestazione in giudizio della decisione di risolvere un contratto di appalto pubblico, assunta da un’Amministrazione aggiudicatrice per via di significative carenze verificatesi nella sua esecuzione, impedisce all’Amministrazione aggiudicatrice, che indice una nuova gara d’appalto, di effettuare una qualsiasi valutazione, nella fase della selezione degli offerenti, sull’affidabilità dell’operatore cui la suddetta risoluzione si riferisce.”; Corte giustizia UE sez. IV, 24 ottobre 2018, n.124 “ai sensi dell’articolo 57, paragrafo 7, della direttiva 2014/24/UE, qualora un operatore economico abbia tenuto un comportamento che integra il motivo di esclusione di cui all’articolo 57, paragrafo 4, lettera d), di tale direttiva e che è stato sanzionato da un’autorità competente, il periodo massimo di esclusione è calcolato a decorrere dalla data della decisione di tale autorità. In tal senso depono il fatto che per i motivi di esclusione obbligatori l’art. 57, par. 7, stabilisce che, quando il periodo di esclusione non sia stato fissato con sentenza definitiva, esso deve essere calcolato dalla data della condanna con sentenza definitiva. Ragioni di prevedibilità e di certezza del diritto inducono a ritenere che anche il periodo di esclusione determinato dalla decisione di un’autorità amministrativa sia calcolato a decorrere dalla data della decisione e non dalla data della commissione del fatto.”;

^{xlv} si ribadisce che detto articolo 63 è stato interpretato da Corte di giustizia, sez. IX, 3 giugno 2021, in causa C-210/20 nel senso che esso “osta a una normativa nazionale in forza della quale l’amministrazione aggiudicatrice deve automaticamente escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico qualora un’impresa ausiliaria, sulle cui capacità esso intende fare affidamento, abbia reso una dichiarazione non veritiera quanto all’esistenza di condanne penali passate in giudicato, senza poter imporre o quantomeno permettere, in siffatta ipotesi, a tale offerente di sostituire detto soggetto”.

^{xlvi} così, la Relazione sul comma 2 dell’art. 97 “Il comma 2 è stato formulato sulla scorta della convinzione che l’istituto di cui all’art. 63, paragrafo 1, comma 2, della direttiva 24/2014 possa applicarsi non solo alla sostituzione, prevista espressamente dalla direttiva medesima, ma anche alla modifica per riduzione dell’operatore economico con identità plurisoggettiva, in ragione del minore impatto di tale ultimo fenomeno sull’identità dell’operatore economico offerente e delle pronunce dell’Adunanze plenarie nn. 5 del 2021, 9 del 2021 e 2 del 2022, che hanno ammesso detta ultima tipologia di modificazione.”;

^{xlvii} Così, la Relazione al comma 3: “.....delinea l’ambito soggettivo di applicazione della disposizione, che il comma 1 ha disciplinato con riferimento ai raggruppamenti: esso è stato perimetrato sulla base delle seguenti considerazioni. L’istituto è applicabile ai consorzi ordinari in ragione delle stesse motivazioni che hanno giustificato il riferimento del comma 1 ai raggruppamenti d’impresa, in quanto entrambi mandatarî delle imprese della compagine (Ad. plen. n. 5 del 2021 con riferimento ai consorzi ordinari). Con riferimento ai consorzi stabili l’istituto è stato applicato alle consorziate esecutrici e alle consorziate che “prestano” i requisiti. In quest’ultimo caso l’applicazione dell’istituto si rende necessaria in quanto le consorziate che prestano i requisiti sono assimilabili agli ausiliari: il rapporto che si instaura è “molto simile a quello dell’avalimento” (Ad. plen. 18 marzo 2021 n. 5), e quindi soggiace al regime di quest’ultimo, per il quale è la stessa Corte di giustizia ad avere applicato l’istituto della sostituzione (3 giugno 2021 in causa C-210/20). Si è altresì ritenuto di estendere l’istituto alle consorziate designate all’esecuzione da parte del consorzio stabile. Il consorzio stabile infatti, da un lato, costituisce una stabile struttura di impresa collettiva, che presenta una propria soggettività giuridica con autonomia anche patrimoniale, distinta e autonoma rispetto alle aziende dei singoli imprenditori (Ad. plen. 18 marzo 2021 n. 5) e, dall’altro lato, non è assimilabile ad una società, specie in ragione della possibilità di designare nell’offerta una consorziate esecutrice, che si affranca quindi dalla posizione di mero partecipante al consorzio per acquisire rilevanza in quanto soggetto interessato all’esecuzione. Pertanto se, da un lato, la non assimilabilità del consorzio stabile ad una società non consente di ritenere estensibile ad esso la possibilità di modificare la compagine sociale senza interazioni con la stazione appaltante, stante la permanenza della società come persona giuridica autonoma dalle persone dei soci, dall’altro lato, la stessa presenza del consorzio stabile (che ha presentato l’offerta) impedisce di ritenere che l’offerta sia presentata dalla stessa consorziate esecutrice, così non impedendo di poter usufruire dell’istituto della sostituzione (che verrebbe altrimenti a modificare la stessa identità del soggetto offerente). Si è quindi ritenuto un approdo equilibrato quello di consentire la sostituzione della consorziate esecutrice escludendo con altro soggetto in possesso dei necessari requisiti, in modo da assicurare la permanenza in gara di detti tipi di consorzi superando la regola dell’immodificabilità (soggettiva) dell’offerta. I consorzi di cooperative non sono stati annoverati tra i soggetti cui è applicabile la procedura di cui ai commi 1 e 2 in quanto il consorzio di cooperative costituisce una persona giuridica (art. 4 della legge n. 422 del 1909), è l’unica controparte del rapporto di appalto, sia nella fase di gara che in quella di esecuzione del contratto, e, in relazione alle singole consorziate, opera sulla base di un rapporto di tipo organico (Consiglio di Stato, sez. V, 2 settembre 2019, n. 6024): “l’attività compiuta dalle consorziate è imputata organicamente al consorzio, come unico ed autonomo centro di imputazione e di riferimento di interessi” (Ad. plen., 20 maggio

2013 n. 14). La giurisprudenza ha altresì affermato che “proprio tale autonoma soggettività giustifica anche la possibilità di designare una nuova cooperativa come esecutrice, ove per motivi sopravvenuti la prima designata non fosse in condizione di svolgere la prestazione”. I consorzi fra imprese artigiane di cui alla lett. c) del comma 2 dell’art. 65 (già comma 2, lett. b, dell’art. 45 del decreto legislativo n. 50 del 2016) sono stati parificati ai consorzi stabili e non ai consorzi di cooperative (su cui si è formata una giurisprudenza specifica su cui infra) sulla scorta della più recente giurisprudenza (Consiglio di Stato n. 7155 del 2021, punti 1.4.2.1. e 1.4.2.3, dove viene richiamata la pronuncia dell’Ad. plen. n. 5 del 2021, assimilando il consorzio fra imprese artigiane ai consorzi stabili). Per l’assimilabilità dei consorzi fra imprese artigiane ai consorzi stabili milita anche il parere ANAC n. 192 del 2008.”;

^{xlviii} per una completa analisi del tema, si veda Antonio Cianflone, Giorgio Giovannini, “L’appalto delle opere pubbliche”, Tomo I par.128 denominato “il principio dell’immodificabilità del raggruppamento”, pagg. 542-550, Giuffrè Editore, Milano, 2021, XIV ed;

^{xlix} così, testualmente, la Relazione, su detto comma, che in parte “anticipa” previsioni contenute nei commi successivi: “le quote di esecuzione delle prestazioni fra i partecipanti al raggruppamento, in quanto costituisce un requisito distintivo rispetto all’avvalimento. Inoltre la stazione appaltante può imporre vincoli esecutivi. Si è aggiunta la necessità di presentare un impegno all’esecuzione da parte dei partecipanti al raggruppamento, con l’indicazione della parte del contratto cui si riferisce; inoltre la stazione appaltante può imporre vincoli esecutivi.”;

^l questo il testo del comma 11: “I raggruppamenti e i consorzi ordinari di operatori economici sono ammessi alla gara se gli imprenditori o altro raggruppamento che vi partecipano, oppure gli imprenditori consorziati, abbiano complessivamente i requisiti relativi alla capacità economica e finanziaria e alle capacità tecniche e professionali, ferma restando la necessità che l’esecutore sia in possesso dei requisiti prescritti per la prestazione che lo stesso si è impegnato a realizzare ai sensi del comma 2. Si applicano in quanto compatibili le disposizioni contenute nell’allegato II.12.”;

^{li} L’ultima parte della Relazione al predetto comma, contiene un refuso quanto alle disposizioni cui si rinvia. Essa, infatti, così recita: “Il comma 11 stabilisce che i raggruppamenti temporanei e i consorzi ordinari sono ammessi se gli imprenditori partecipanti al raggruppamento, ovvero gli imprenditori consorziati, sono in possesso dei requisiti relativi alla capacità economica e finanziaria e alle capacità tecniche e professionali (Cons. St., sez. V, 31 marzo 2022, n.2367), ferma restando la necessità che l’esecutore sia in possesso dei requisiti prescritti per l’esecuzione. Ivi è stata aggiunta (secondo periodo) la previsione di rinvio alle disposizioni contenute negli artt. da 60 a 96 del d.P.R.n. 207 del 2010.” ; trattasi di un refuso “veniale”, il quanto, a propria volta, nell’Allegato II.12 sono state trasfuse le disposizioni di cui artt. da 60 a 96 del d.P.R.n. 207 del 2010.” nella parte “compatibile” con il venir meno della distinzione dei raggruppamenti tra orizzontali, verticali, e misti;

^{lii} Non sarebbe possibile, per esigenze di continenza, soffermarsi *funditus* sull’istituto della cooptazione: il decreto del Presidente della Repubblica del 5 ottobre 2010 n. 207 la disciplinava al comma 5 dell’art. 92 (“Se il singolo concorrente o i concorrenti che intendano riunirsi in raggruppamento temporaneo hanno i requisiti di cui al presente articolo, possono raggruppare altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando, a condizione che i lavori eseguiti da queste ultime non superino il venti per cento dell’importo complessivo dei lavori e che l’ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna sia almeno pari all’importo dei lavori che saranno ad essa affidati.”); detta disposizione, come è noto, “sopravvisse” all’abrogazione del codice del 2006; qualificata giurisprudenza (T.a.r. Sardegna, 15 gennaio 2019, n. 19 così ne tratteggia le caratteristiche: “Come è noto, l’istituto della cooptazione trova la sua base giuridica nell’art. 92, comma 5, del D.P.R. n. 207/2010 (applicabile anche dopo l’entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016, ai sensi dell’art. 216, comma 14, del medesimo d.lgs.), secondo cui “Se il singolo concorrente o i concorrenti che intendano riunirsi in raggruppamento temporaneo hanno i requisiti di cui al presente articolo, possono raggruppare altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando, a condizione che i lavori eseguiti da queste ultime non superino il venti per cento dell’importo complessivo dei lavori e che l’ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna sia almeno pari all’importo dei lavori che saranno ad essa affidati”. Come chiarito dal giudice d’appello (si veda Cons. St., VI, 11 aprile 2006, n. 2014), il modello è estendibile anche oltre il settore dei lavori, poiché costituisce applicazione del principio affermato nelle direttive europee, secondo il quale ai raggruppamenti di operatori economici non può essere imposta una determinata veste giuridica.. - Quanto al significato da attribuire alla disposizione, dal suo tenore letterale emerge come l’impresa cooptata non sia tenuta a dimostrare il possesso dei requisiti specifici richiesti dal bando, purché detti requisiti siano posseduti dalle altre imprese riunite (o dall’altra impresa che promuova il raggruppamento); e purché l’impresa cooptata possieda una qualificazione di importo pari all’ammontare complessivo dei lavori affidati.”; in sintesi, l’impresa cooptata non è un “concorrente”, non acquisisce una quota dell’appalto, non formula un’offerta, né assume la veste di vero e proprio “contraente”; per evidenti ragioni, quanto alle prestazioni ad essa affidate, non potrebbe neppure fare ricorso al subappalto;

^{liii} “1. 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 ”;

^{liv} “2. 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. 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”;

^{lv} Per una esaustiva disamina sulle origini di tale divieto, si veda: Antonio Cianflone, Giorgio Giovannini, “L'appalto delle opere pubbliche”, Tomo I par.129, pagg. 549-551., Giuffrè Editore, Milano, 2021, XIV ed;

^{lvi} così, gli articoli 123 e 124: “Articolo 123.Recesso.1. Fermo restando quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-ter e 92, comma 4, del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, la stazione appaltante può recedere dal contratto in qualunque momento purché tenga indenne l'appaltatore mediante il pagamento dei lavori eseguiti o delle prestazioni relative ai servizi e alle forniture eseguiti nonché del valore dei materiali utili esistenti in cantiere nel caso di lavori o in magazzino nel caso di servizi o forniture, oltre al decimo dell'importo delle opere, dei servizi o delle forniture non eseguite, calcolato secondo quanto previsto nell'allegato II.14.2. L'esercizio del diritto di recesso è manifestato dalla stazione appaltante mediante una formale comunicazione all'appaltatore da darsi per iscritto con un preavviso non inferiore a 20 venti giorni, decorsi i quali la stazione appaltante prende in consegna i lavori, servizi o forniture ed effettua il collaudo definitivo o verifica la regolarità dei servizi e delle forniture.

3. L'allegato II.14 disciplina il rimborso dei materiali, la facoltà di ritenzione della stazione appaltante e gli obblighi di rimozione e sgombero dell'appaltatore. Articolo 124. Esecuzione o completamento dei lavori, servizi o forniture nel caso di procedura di insolvenza o di impedimento alla prosecuzione dell'affidamento con l'esecutore designato.1. Fatto salvo quanto previsto dai commi 4 e 5, in caso di liquidazione giudiziale, di liquidazione coatta e concordato preventivo, oppure di risoluzione del contratto ai sensi dell'articolo 122 o di recesso dal contratto ai sensi dell'articolo 88, comma 4-ter, del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, oppure in caso di dichiarazione giudiziale di inefficacia del contratto, le stazioni appaltanti interpellano progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, per stipulare un nuovo contratto per l'affidamento dell'esecuzione o del completamento dei lavori, servizi o forniture, se tecnicamente ed economicamente possibile. 2. L'affidamento avviene alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta. Le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che il nuovo affidamento avvenga alle condizioni proposte dall'operatore economico interpellato.

3. Per gli appalti di lavori di realizzazione di opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 14 e di servizi e forniture di importo pari o superiore a 1 milione di euro si applica, in deroga ai commi 1 e 2, l'articolo 216, commi 2 e 3.4. Il curatore della procedura di liquidazione giudiziale, autorizzato all'esercizio provvisorio dell'impresa, può, su autorizzazione del giudice delegato, stipulare il contratto qualora l'aggiudicazione sia intervenuta prima della dichiarazione di liquidazione giudiziale ed eseguire i contratti e gli accordi quadro già stipulati dall'impresa assoggettata alla liquidazione giudiziale. L'autorizzazione alla stipulazione del contratto deve intervenire entro il termine di cui all'articolo 18, comma 2; in mancanza il curatore è da intendersi sciolto da ogni vincolo e la stazione appaltante procede ai sensi dei commi 1 e 2. 5. Per i contratti in corso di esecuzione, alle imprese che hanno depositato la domanda di accesso al concordato preventivo, anche ai sensi dell'articolo 44, comma 1, del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, di cui al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, si applicano i commi 1 e 2 dell'articolo 95 dello stesso codice. Nel caso in cui la domanda di cui al primo periodo sia stata depositata dopo l'adozione del provvedimento di aggiudicazione, la stipulazione del contratto deve essere autorizzata nel termine previsto dal comma 4, ai sensi dell'articolo 95, commi 3 e 4, del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al decreto legislativo n. 14 del 2019.6. Restano ferme le disposizioni previste dall'articolo 32 del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, in materia di misure straordinarie di gestione di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione.”;

^{lvii} così il comma 2 lett.a) della legge-delega: “2. I decreti legislativi di cui al comma 1 sono adottati nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi:

a) perseguimento di obiettivi di stretta aderenza alle direttive europee, mediante l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse, ferma rimanendo l'inderogabilità delle misure a tutela del lavoro, della sicurezza, del contrasto al lavoro irregolare, della legalità e della trasparenza, al

fine di assicurare l'apertura alla concorrenza e al confronto competitivo fra gli operatori dei mercati dei lavori, dei servizi e delle forniture, con particolare riferimento alle micro, piccole e medie imprese, tenendo conto delle specificità dei contratti nei settori speciali e nel settore dei beni culturali, anche con riferimento alla fase esecutiva, nonché di assicurare la riduzione e la razionalizzazione delle norme in materia di contratti pubblici, con ridefinizione del regime della disciplina secondaria, in relazione alle diverse tipologie di contratti pubblici, ove necessario;”;

^{lviii} art. 225 comma 13: “*Gli articoli 47, comma 1, 83, comma 2, e 216, comma 14, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, si interpretano nel senso che, in via transitoria, relativamente ai consorzi di cui all’articolo 45, comma 1, lettera c), del medesimo codice, ai fini della partecipazione alle gare e dell’esecuzione si applica il regime di qualificazione previsto dall’articolo 36, comma 7, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture di cui al decreto legislativo 18 aprile 2006 n. 163 e dagli articoli 81 e 94 del regolamento di esecuzione ed attuazione di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207. L’articolo 47, comma 2-bis, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, 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.*”;

^{lix} Recentemente in giurisprudenza (Consiglio di Stato sez. V, 3 gennaio 2024, n.71), si è puntualizzato che “*Dal combinato disposto di tali due commi si desume anche che: a) la qualificazione è richiesta in capo al consorzio stabile e non in capo alle singole consorziate, atteso che la qualificazione delle singole consorziate rileva solo ai fini del cumulo alla rinfusa e per verificare che il consorzio stabile sia qualificato; b) una volta che si accerti che il consorzio stabile è qualificato, non rileva verificare la qualificazione o meno delle singole consorziate; c) il cumulo alla rinfusa previsto dal comma 1 dell’art. 47 determina un avvalimento ex lege che si deve intendere bidirezionale alla luce del comma 2 della stessa norma; d) la esecuzione diretta o tramite consorziate, con responsabilità solidale, presuppone appunto un avvalimento ex lege che opera in senso bidirezionale; e) non ha alcuna rilevanza che la consorziata esecutrice non sia qualificata, perché da un lato rileva ed è richiesta solo la qualificazione del consorzio, dall’altro lato se il consorzio esegue tramite consorziata non qualificata, è responsabile in solido, ossia il consorzio opera come una ausiliaria ex lege. In sostanza, il cumulo alla rinfusa è un avvalimento ex lege, con il relativo regime di responsabilità. Occorre ragionare in termini di unicità del soggetto composto da consorzio stabile e consorziate, indipendentemente da chi ha i requisiti e chi esegue, atteso che in un avvalimento ex lege sono solidalmente responsabili i soggetti che hanno i requisiti e i soggetti che eseguono. Ragionando in termini di unicità, secondo la logica dell’avvalimento ex lege, si può accettare anche la scissione tra il soggetto che ha i requisiti di qualificazione ma non esegue e il soggetto che esegue ma non ha i requisiti di qualificazione. L’appellante confonde la necessità per il consorzio stabile di qualificarsi avvalendosi delle qualificazioni delle consorziate con l’obbligo, non previsto da alcuna disposizione normativa, che tutte le consorziate abbiano, in proprio, una qualificazione SOA per poter far parte di un consorzio stabile. Nel caso di specie il consorzio stabile Cadel non si è qualificato grazie alla qualificazione di Beta, bensì di altre consorziate. Il Consorzio Stabile si caratterizza per la possibilità di qualificarsi attraverso i requisiti delle proprie consorziate, a prescindere dal fatto che le stesse siano designate o meno in gara per l’esecuzione del contratto d’appalto. Ed invero, è il consorzio stabile (e non già ciascuna delle singole consorziate) ad assumere la qualifica di concorrente e contraente e, per l’effetto, a dover dimostrare il possesso dei relativi requisiti partecipativi (attestazione SOA per categorie e classifiche analoghe a quelle indicate dal bando). Ed invero: “*Nell’ambito di una procedura ad evidenza pubblica il consorzio stabile è un soggetto giuridico autonomo, costituito in forma collettiva e con causa mutualistica, che opera in base a uno stabile rapporto organico con le imprese associate, il quale può giovarsi, senza necessità di ricorrere all’avvalimento, dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse, secondo il criterio del cumulo alla rinfusa*” (cfr., per tutte, Cons. Stato, V, 2 febbraio 2021, n. 964). “*Il principio del cumulo alla rinfusa per i consorzi stabili di cui all’art. 45, comma 2, lett. c), del D.Lgs. n. 50 del 2016 (i quali, 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), è ammesso in via generale nella legislazione in materia di contratti pubblici*” (Cons. giust. amm. Sicilia, 22 gennaio 2021, n. 49). Come nell’avvalimento, la designata, anche se priva dei requisiti di qualificazione (della SOA), potendo usufruire delle risorse del consorzio, può eseguire l’appalto, avendo tutte le risorse necessarie a farlo, poiché usufruisce di quelle del consorzio attraverso il meccanismo del “cumulo alla rinfusa”. È il consorzio il soggetto concorrente, qualificato e direttamente “obbligato” nei confronti della stazione appaltante, anche se in solido con l’esecutrice”;*

^{lx} su tale caratteristica di primauté attribuita alla mandataria, si veda Antonio Cianflone, Giorgio Giovannini, “L’appalto delle opere pubbliche”, Tomo I par.129, pag.553 Giuffrè Editore, Milano, 2021, XIV ed.; si veda, in particolare la nota 60 ivi contenuta, che richiama le svariate motivazioni poste dalla giurisprudenza a sostegno di tale affermazione (ex aliis, Cons Stato Sez.III, 16 aprile 2018, n. 2275; “*non è dubbio che il comma 2 dell’art. 275, d.P.R. n. 207 del 2010, nel richiedere che la mandataria debba possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria, fa riferimento alla fase di esecuzione delle prestazioni da parte della capogruppo, e ciò per evitare che essa possa assumere,*

all'interno del raggruppamento, una posizione secondaria, che si rifletterebbe poi nell'esecuzione della prestazione -Cons. St., sez. V, 8 febbraio 2017, n. 560-. La norma ha, dunque, l'evidente scopo di garantire che l'impresa capogruppo sia il soggetto più qualificato e sia affidataria della parte preponderante dell'appalto.”);