



COMUNICATO DEL PRESIDENTE

del 31 gennaio 2024

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.

In seguito all'entrata in vigore del decreto legislativo 31/3/2023, n. 36, sono emersi alcuni dubbi interpretativi in materia di qualificazione degli operatori economici che necessitano di urgenti chiarimenti, al fine di garantire la corretta e uniforme applicazione della disciplina vigente da parte delle stazioni appaltanti e degli Organismi di Attestazione. Con il presente Comunicato si intendono affrontare le criticità che possono trovare agevole soluzione attraverso un intervento interpretativo dell'Autorità informando sin d'ora che altre problematiche, connotate da maggiore complessità, saranno oggetto di idonei approfondimenti nell'ambito della Cabina di regia di cui all'articolo 221, comma 1, del codice e in occasione del prossimo aggiornamento del Manuale sulla Qualificazione.

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 consorziata/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.

2. Partecipazione a più di un Consorzio stabile

Con l'entrata in vigore del nuovo codice, è sorto il dubbio in ordine alla permanenza del divieto di cui all'articolo 36, comma 5, del decreto legislativo n. 163/2006 (transitoriamente vigente sino al 30 luglio 2023), che impediva alla medesima impresa di partecipare a più di un consorzio stabile. Ciò, stante la mancata riproduzione di detta previsione nel nuovo codice e considerato che l'articolo 255 del decreto legislativo 36/2023 prevede l'ultravigenza del solo comma 7 dell'articolo 36, attinente alla qualificazione dei consorzi stabili.

L'Autorità ritiene che il divieto in questione debba considerarsi permanente, in considerazione delle seguenti ragioni di carattere normativo e di merito.

Sotto il primo profilo si evidenzia la volontà del legislatore di far salva, in via transitoria, la disciplina previgente (risalente addirittura al decreto legislativo n. 163/2006), attraverso le previsioni dell'articolo 225, comma 13, del

codice. Nella stessa direzione, si richiama l'articolo 67, comma 8, del nuovo Codice, che definisce le modalità di qualificazione dei Consorzi Stabili, stabilendo che gli atti adottati dall'ANAC restano efficaci fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui all'articolo 100, comma 4, dello stesso Codice. Tra gli atti adottati dall'ANAC cui è attribuita ultravigenza, rientrano i Comunicati del Presidente dell'8/06/2016 "Questioni interpretative relative all'applicazione delle disposizioni del d.lgs. n. 50/2016 nel periodo transitorio" e del 31/05/2016 "Criticità rappresentate dalle SOA in conseguenza dell'entrata in vigore del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50", in cui è ribadito il divieto di partecipazione a più consorzi stabili.

Nel merito, si evidenzia che la partecipazione a un consorzio stabile presuppone l'intenzione delle imprese consorziate di operare stabilmente in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa. Appare quindi difficile concepire che tale vincolo (stabile, continuativo e afferente alla totalità delle risorse umane e strumentali dell'impresa), possa essere istituito in favore di più entità, senza che ciò ne pregiudichi l'effettività. Inoltre, una tale apertura avrebbe l'effetto di svilire proprio l'elemento della stabilità che contraddistingue questa tipologia di consorzi, finendo per assimilare gli stessi ad altre tipologie di aggregazioni caratterizzate, invece, dalla temporaneità del vincolo.

Occorre considerare, altresì, che le risorse messe a disposizione del consorzio possono essere contestualmente utilizzate dalle imprese consorziate anche per partecipare alle gare in forma singola. Se a ciò si aggiungesse la possibilità, per le consorziate, di partecipare stabilmente a più di un consorzio, ne deriverebbe un aumento delle occasioni di contemporanea spendita dei medesimi requisiti di partecipazione e di qualificazione da parte di più soggetti, con grave pregiudizio per l'effettiva capacità esecutiva.

La possibilità di spendita plurima dei requisiti rappresenta una preoccupazione per il legislatore: l'articolo 67, comma 7, del codice, prevede infatti che possano essere oggetto di avalimento i soli requisiti maturati dal consorzio (in proprio). Tale previsione è volta appunto ad evitare che i requisiti che discendono dall'esecuzione di un contratto (ripartiti tra consorzio e consorziate in forza di apposita delibera consortile) possano essere successivamente prestati a terzi, sulla base di diversi contratti di avalimento sottoscritti (in qualità di impresa ausiliaria) dal consorzio affidatario e dalle singole consorziate.

Infine, si consideri che la disciplina definitiva della qualificazione degli operatori economici, ivi compresi i consorzi stabili, è demandata dal codice al Regolamento di cui all'articolo 100. Ciò posto, l'Autorità nei casi di dubbia interpretazione delle nuove disposizioni ritiene opportuno, laddove possibile, propendere per un'interpretazione conforme alla disciplina previgente. Considera preferibile, infatti, evitare interpretazioni innovative che potrebbero essere superate nel prossimo futuro, per evidenti esigenze di certezza del diritto e di stabilità normativa.

3. Mancata riproposizione della deroga che consentiva ai direttori tecnici delle imprese qualificate di conservare l'incarico presso la medesima impresa pur non essendo in possesso dei requisiti previsti

Il decreto del Presidente della Repubblica n. 34/2000 e il decreto del Presidente della Repubblica n. 207/2010 prevedevano una deroga in materia di dimostrazione dei requisiti professionali in favore dei direttori tecnici che, prima dell'entrata in vigore del Regolamento 34/2000, ricoprivano l'incarico per imprese iscritte all'Albo nazionale costruzioni. In particolare, era consentito a tali soggetti di mantenere l'incarico ricoperto anche in difetto dei requisiti di idoneità professionale più stringenti introdotti dagli stessi Regolamenti.

L'articolo articolo 84, comma 12-bis, del decreto legislativo n. 50/2016, introdotto in sede di correttivo, aveva riproposto la medesima deroga, confermando la permanenza del previgente regime.

Il decreto legislativo n. 36/2023 non prevede alcuna deroga in materia di dimostrazione dei requisiti del direttore tecnico. Pertanto, a decorrere dal 1° luglio 2023, anche i direttori tecnici che ricoprivano l'incarico antecedentemente all'entrata in vigore del decreto del Presidente della Repubblica n. 34/2000 devono essere in possesso dei prescritti requisiti di idoneità professionale.

Le nuove disposizioni si applicano ai contratti sottoscritti a decorrere dal 1° luglio 2023 per il rilascio di una nuova attestazione di qualificazione o per il suo rinnovo. La verifica triennale e le variazioni minime delle attestazioni in corso di validità dovranno essere svolte in applicazione delle disposizioni vigenti al momento della sottoscrizione del contratto per il rilascio dell'attestazione originaria.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio il 2 febbraio 2024

Il Segretario Laura Mascali

Firmato digitalmente