



Il “cumulo alla rinfusa” nei consorzi stabili

Come noto, il comma 2 dell’art. 67 del vigente codice dei contratti pubblici prevede che *“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 per i consorzi di cui all’articolo 65, comma 2, lettera d) i consorzi stabili, n.d.r.): 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.”*

Tale norma viene comunemente intesa come espressione della regola del “cumulo alla rinfusa”, secondo la quale il consorzio stabile si può giovare ai fini della partecipazione alle gare dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle proprie consorziate, senza necessità di ricorrere all’avvalimento (tra le altre: [Cons. Stato, Sez. V^, sentenza 27 novembre 2023, n. 10144](#); [Cons. Stato, sez. V^, sentenza 2 febbraio 2021, n. 964](#)); con l’ulteriore, dirimpante conseguenza che “a nulla rileva l’assenza della qualificazione SOA in capo alla consorziata esecutrice dei lavori” (Cons. Stato, 1044/2023, cit.). Di tale orientamento ha preso atto anche il Presidente dell’[ANAC in un comunicato del 31 gennaio 2024](#), ove lo stesso Presidente, dopo aver ricordato diverse pronunce del Consiglio di Stato, ha affermato che *“.....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.”*

Nonostante la dovizia di argomentazioni utilizzate dal Consiglio di Stato a sostegno di tale tesi, sulle quali si tornerà in altra sede, resta comunque il grande disagio nel dover costatare - in un momento in cui si sente ripetere che la scarsa qualificazione delle imprese è una delle principali cause degli incidenti sul lavoro - che sotto l’ “ombrello” del consorzio stabile appalti milionari e anche di alta specializzazione possano essere eseguiti da una impresa addirittura priva di qualsivoglia attestazione SOA o, comunque, in possesso di attestazioni largamente inadeguate rispetto alle categorie e alle classifiche richieste per la qualificazione dei concorrenti. Tutto ciò nell’ambito di un sistema normativo nel quale l’articolo 30 dell’allegato II.12 al Codice (Requisiti del concorrente singolo e di quelli riuniti) dispone che *“Il concorrente singolo può partecipare alla gara qualora sia in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi relativi alla categoria prevalente per l’importo totale dei lavori ovvero sia in possesso dei requisiti relativi alla categoria prevalente e alle categorie scorporabili per i singoli importi. I requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall’impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente.”*; ovvero ancora nel quale l’art. 12, comma 2, del d.l. 28 marzo 2014, n. 47 (convertito con modificazioni dalla L. 23 maggio 2014, n. 80), considerato secondo l’opinione prevalente tuttora vigente¹, dispone che *“a) l’affidatario, in possesso della qualificazione nella categoria di opere generali ovvero nella categoria di opere specializzate indicate nel bando di gara o nell’avviso di gara o nella lettera di invito come categoria prevalente può, fatto salvo quanto previsto alla lettera b), eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l’opera o il*

¹ Per approfondimenti sul punto si veda <https://www.costantiniavvocati.it/il-punto-sulla-qualificazione-nelle-categorie-scorporabili-nel-nuovo-codice-dei-contratti-pubblici/>



COSTANTINI AVVOCATI

lavoro, anche se non è in possesso delle relative qualificazioni, oppure subappaltare dette lavorazioni specializzate esclusivamente ad imprese in possesso delle relative qualificazioni; b) non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente, se privo delle relative adeguate qualificazioni, le lavorazioni, indicate nel bando di gara o nell'avviso di gara o nella lettera di invito, di importo superiore ai limiti indicati dall'articolo 108, comma 3, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 maggio 2010, n. 207, relative alle categorie di opere generali individuate nell'allegato A al predetto decreto, nonché le categorie individuate nel medesimo allegato A con l'acronimo OS, di seguito elencate: OS 2-A, OS 2-B, OS 3, OS 4, OS 5, OS 8, OS 10, OS 11, OS 12-A, OS 13, OS 14, OS 18-A, OS 18-B, OS 20-A, OS 20-B, OS 21, OS 24, OS 25, OS 28, OS 30, OS 33, OS 34, OS 35. Le predette lavorazioni sono comunque subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni."

Pertanto, mentre un concorrente singolo o un'associazione temporanea di imprese devono possedere almeno la qualificazione nella categoria prevalente per l'importo complessivo dei lavori, salvo che nell'ambito degli stessi lavori non sia compresa anche una categoria diversa dalla prevalente a qualificazione obbligatoria, un consorzio stabile, se in possesso delle relative qualificazioni, potrà designare per l'esecuzione dei lavori qualsiasi impresa consorziata, anche priva di ogni requisito di qualificazione. Con l'ulteriore paradosso che, ove lo stesso consorzio intendesse subappaltare una quota parte delle lavorazioni, il subappaltatore non potrebbe invece sottrarsi alla regola generale del possesso di attestazioni SOA adeguate alla categoria e all'importo dei lavori subappaltati. Con il che si avrà che delle due imprese presenti in cantiere, il subappaltatore risulterà ben più qualificato della impresa esecutrice designata dal consorzio.

Ribadito che non è questa la sede per affrontare le ragioni che secondo i giudici amministrativi giustificano e risolvono i suddetti paradossi, pare meritevole di analisi l'ipotesi in cui le amministrazioni appaltanti, pur consapevoli degli orientamenti giurisprudenziali appena ricordati sul "cumulo alla rinfusa", si determinino comunque ad introdurre nel disciplinare di gara apposite clausole che, con specifico riguardo ai consorzi stabili e ai consorzi di cooperative o di imprese artigiane, impongano loro di designare quale esecutrice dei lavori un'impresa (o, se necessario, più imprese) in possesso delle qualificazioni richieste dal bando.

In tale prospettiva viene innanzitutto in rilievo l'art. 10 del d.lgs. n. 36/2023 che, nel dettare i principi in materia di tassatività delle cause di esclusione e massima partecipazione, distingue nettamente le cause di esclusione previste dagli artt. 94 e 94 - definendole come tassative e sanzionando di nullità le clausole dei bandi che prevedessero cause di esclusione diverse ed ulteriori rispetto a quelle definite dalle citate disposizioni del Codice (comma 2) - dai requisiti speciali di carattere economico-finanziario e tecnico organizzativo che, nel rispetto dei principi di proporzionalità e di massima partecipazione, possono essere "introdotti" da ciascuna stazione appaltante nei propri bandi o avvisi di indizione di procedure selettive (comma 3) anche in difetto di ipotesi normativamente tipizzate.

Premesso che l'ampiezza dei margini di discrezionalità delle stazioni appaltanti nella determinazione dei requisiti speciali è più ampia negli affidamenti di servizi e di forniture di quanto non sia nei lavori, ove vige un sistema di certificazione delle capacità dei singoli operatori per categorie e classifiche predefinite dalla legge, resta il fatto che il citato articolo 10 del Codice definisce nitidamente il perimetro della nullità degli atti di indizione di procedure competitive rispetto a quello della loro generale annullabilità per contrarietà a norme di legge. Nel primo e più ristretto ambito rientrano le clausole che, introducendo requisiti di ammissione di carattere generale diversi e ulteriori rispetto a quelli previsti dagli artt. 94 e 95, sono da considerarsi nulle e "non apposte", così da meritare immediata disapplicazione sia da parte del seggio di gara sia da parte del Giudice amministrativo, chiamato a sindacare i provvedimenti di esclusione fondati, appunto, sulle dette clausole nulle. Nel secondo e più ampio ambito rientrano invece tutte le altre ipotetiche illegittimità degli atti di indizione di procedure competitive, ivi comprese quelle che disciplinano i requisiti



COSTANTINI AVVOCATI

speciali, che, seppure illegittime, non possono considerarsi direttamente nulle e *tamquam non essent*, ma potranno essere disapplicate dal seggio di gara solo se previamente rimosse dal “mondo giuridico” da un formale annullamento, vuoi in via di autotutela, vuoi in sede giudiziale.

Pertanto, rispetto all’art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 secondo cui *“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.”*, il citato art. 10 del Codice demarca molto più nitidamente l’area della nullità delle clausole escludenti rispetto a quella, più ampia, della annullabilità, affrancando così il Giudice amministrativo dagli sforzi ermeneutici ai quali è stato costretto sotto il vigore del Codice previgente (si vedano sul punto i §§ 6.3. e ss. della sentenza del 10 gennaio 2024, n. 321 della quinta sezione del Consiglio di Stato). Da tanto consegue, sul piano processuale, che mentre il concorrente escluso perché non in possesso di un requisito di ammissione diverso da quelli tassativamente indicati dagli artt. 94 e 95 sarà senz’altro sollevato dall’onere di proporre ricorso immediato avverso la clausola escludente atipica, ben potendo invocarne la nullità e la conseguente disapplicazione allorquando impugni il conseguente ed illegittimo provvedimento di esclusione, lo stesso concorrente escluso in forza di una clausola che regoli i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa dovrà invece sottostare interamente alle regole proprie del processo impugnatorio, incorrendo nelle connesse decadenze laddove la clausola in questione avesse carattere immediatamente escludente. Tanto trova conferma nella già citata sentenza 321/2024 del Consiglio di Stato, che ha chiarito che, al di fuori dell’area della nullità – ormai chiaramente tipizzata dall’art. 10 – *“va impugnato, e non può essere soltanto disapplicato, il bando di una procedura ad evidenza pubblica contenente una clausola escludente (.....) nel termine di trenta giorni dalla sua pubblicazione ai sensi dell’art. 120, comma 5, c.p.a.”*.

L’assetto così delineato appare decisamente coerente con l’impianto del nuovo Codice che, valorizzando la discrezionalità delle singole amministrazioni aggiudicatrici, chiamate in primo luogo a perseguire *“il risultato dell’affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza”* (art.1), pretende da tutti i soggetti coinvolti nel procedimento selettivo comportamenti improntati a buona fede e correttezza (art.5), tra i quali va sicuramente annoverato l’onere di utilizzare con immediatezza gli strumenti offerti dall’ordinamento per reagire a clausole ipoteticamente illegittime e idonee a precludere o a condizionare la partecipazione alla gara stessa, senza attendere la definizione della graduatoria per decidere, in base a calcoli meramente opportunistici, se proporre o no ricorso giurisdizionale, con tutto ciò che ne consegue in termini di incertezza degli esiti della gara e di rallentamento della procedura di conclusione del contratto e di avvio della prestazione. .