**Legittimazione del consorzio stabile a partecipare alla gara in base all’inscrizione all’ANGA da parte della consorziata esecutrice**

Nota a C.g.a. 4 ottobre 2021, n. 831

La questione giuridica sottesa alla controversia ha riguardato la questione della sussitenza, o meno, della legittimazione di un consorzio stabile alla partecipazione alla gara nel caso in cui il requisito dell’iscrizione alla ANGA sia posseduto dalla consorziata esecutrice dei lavori (e non dal consorzio stabile che ha presentato l’offerta).

Il CGARS ha affermato che:

- in termini generali, partecipa alla gara colui che eseguirà i lavori: “*I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice eseguono in proprio le opere o i lavori, i servizi, le forniture compresi nel contratto*” (art. 105 comma 1 d. lgs. n. 50 del 2016); a tal fine esso deve essere in possesso dei requisiti necessari per presentare l’offerta e ottenerne l’aggiudicazione: ordinariamente pertanto si verifica un’identità soggettiva fra l’impresa concorrente, titolare dei requisiti di partecipazione alla gara, e l’esecutrice dei lavori (che deve continuare, senza soluzione di continuità, ad essere titolare dei requisiti di partecipazione alla gara): la gara serve proprio a verificare che chi si offre di eseguire i lavori sia adeguatamente titolato;

- i requisiti di partecipazione, fra i quali quelli di cui all’art. 83 del d. lgs. n. 50 del 2016, assolvono pienamente al compito di assicurare la competenza e l’affidabilità del soggetto esecutore dell’appalto, anticipando la valutazione dei relativi presupposti soggettivi alla fase della gara, l’art. 84 comma 1 del d. lgs. n. 50 del 2016 richiede infatti che siano i soggetti “*esecutori*” a comprovare il possesso dei requisiti di qualificazione;

- ciò appare in linea con il consolidato orientamento della giurisprudenza in base al quale “*i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all’aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell’esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità”* (Ad. plen., 20 luglio 2015 n. 8) ed è conforme alla disciplina eurounitaria, in forza della quale il DGUE attesta congiuntamente i criteri di selezione fra i quali sono ricompresi i requisiti di abilitazione all’esercizio dell’attività professionale (art. 58 dir. 2014/24/UE);

- rispetto allo schema ordinario sotteso alla gara (identità fra l’impresa concorrente, titolare dei requisiti di partecipazione alla gara, e l’esecutrice dei lavori) sono stati apportati dei correttivi volti ad ampliare, in funzione proconcorrenziale, la platea dei soggetti in condizioni di partecipare alla gara e di eseguire i lavori (avvalimento, subappalto), peraltro comunque tesi ad assicurare il rispetto del principio per cui l’esecutore del servizio deve essere a tal fine titolato;

- anche in tali casi è assicurato, in termini generali, il principio per cui l’esecutore del contratto da affidare deve essere titolare dei requisiti necessari a garantire l’affidabilità e la perizia nell’esecuzione dell’appalto, nondimeno detto principio è passibile di soffrire un *vulnus* nel caso di avvalimento di requisiti per i quali l’art. 89 comma 1 del d. lgs. n. 50 del 2016 non impone l’esecuzione all’impresa ausiliaria, ma in ogni caso esso non può interessare il requisito di idoneità professionale dell’iscrizione all’ANGA per espressa previsione normativa (art. 89 comma 10 del d. lgs. n. 50 del 2016), né, più in generale, i requisiti di idoneità professionale di cui all’art. 83 comma 1 lett. a) del d. lgs. n. 50 del 2016 per il richiamato orientamento giurisprudenziale;

- si aggiungono, sempre al fine di ampliare la platea dei partecipanti alla gara (in una prospettiva di concorrenza per il mercato), ulteriori disposizioni che intervengono in ordine ai soggetti che possono prendervi parte, legittimando alla presentazione delle offerte anche enti non rientranti nelle fattispecie caratterizzate dall’attribuzione della personalità giuridica quale centro di imputazione di interessi e rapporti giuridici: il riferimento è, in primo luogo, al raggruppamento temporaneo d’impresa e ai consorzi ordinari (art. 48 del d. lgs. n. 50 del 2016);

- entrambi detti ultimi istituti assicurano il rispetto del principio per cui la gara è volta a verificare che l’esecutore della prestazione contrattuale sia adeguatamente titolato, sicché, in caso di lavori, i partecipanti devono essere in possesso dei requisiti di qualificazione (art. 48 del d. lgs. n. 50 del 2016);

- né si dubita che gli esecutori dei lavori, in base alla ripartizione esposta in sede di offerta, siano tenuti altresì ad avere il possesso dei requisiti di idoneità professionale (“*essendo nel caso di specie tutte le imprese facenti parte del raggruppamento tenute ad eseguire pro quota le prestazioni oggetto dell’appalto – le stesse dovevano conseguentemente essere in possesso dei requisiti soggettivi di idoneità professionale richiesti e necessari a tal fine*”, Cons. St., sez. V, 7 dicembre 2017 n. 5772);

- in tale contesto si inquadra l’istituto del consorzio stabile;

- l’istituto presenta una connotazione cangiante a seconda che l’astratta idoneità del consorzio ad operare con un’autonoma struttura d’impresa si concretizzi nell’impegno del consorzio a eseguire in proprio le prestazioni, oppure che il consorzio, potenzialmente dotato di una struttura di impresa, manifesti sin dalla partecipazione alla gara l’intenzione di non eseguire l’appalto, demandando il compito ad una consorziata;

- allorquando il consorzio stabile si impegna ad adempiere in proprio le prestazioni la *ratio* dell’istituto si rinviene nella possibilità di far partecipare lo stesso consorzio alla gara ed eventualmente di consentire a quest’ultimo di avvalersi (appunto tramite il vincolo consortile) dei requisiti di partecipazione di cui sono titolari le società consorziate;

- con finalità diverse opera il vincolo consortile allorquando, come nel caso di specie, la partecipazione alla gara del consorzio stabile veicola l’impegno esecutivo della consorziata: chi ha partecipato al procedimento (il consorzio stabile) non è il portatore dell’interesse sostanziale all’esecuzione dell’appalto (intestato invece alla consorziata esecutrice;

- ai sensi dell’art. 47 comma 1 del d. lgs. n. 50 del 2016 i consorzi stabili devono comprovare i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria “*con le modalità previste dal presente codice*”, fatta salva la facoltà di computare cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo: la disposizione reca una regola generale e una ipotesi derogatoria.

- nel caso di specie viene in evidenza la regola generale, che demanda appunto l’attestazione del possesso dei requisiti al regime ordinariamente prescritto dal codice e la cui *ratio* è preordinata ad assicurare che il soggetto che realizzerà i lavori sia munito delle idonee abilitazioni e competenze;

- del resto, nel caso della fattispecie consortile nella quale riveste un ruolo preminente una determinata consorziata, la situazione della consorziata esecutrice presenta profili di analogia con la condizione del mandante in un raggruppamento di tipo verticale, in materia di lavori, laddove esso (e solo esso) è tenuto a possedere i requisiti necessari per svolgere le prestazioni scorporate;

- è peraltro lo stesso legislatore ad intestare la titolarità dei requisiti di partecipazione al soggetto che svolge le prestazioni contrattuali, laddove afferma che “*è consentito, per le ragioni indicate ai successivi commi 17, 18 e 19 o per fatti o atti sopravvenuti, ai soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), designare ai fini dell'esecuzione dei lavori o dei servizi, un'impresa consorziata diversa da quella indicata in sede di gara, a condizione che la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere in tale sede la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata*” (art. 48 comma 7-*bis* del d. lgs. n. 50 dl 2016): nell’indicare le opzioni di sostituzione dell’impresa consorziata esecutrice è riferito espressamente a quest’ultima il requisito di partecipazione, che è indicato essere “*in capo all’impresa consorziata*”;

- la sufficienza dell’intestazione in capo al soggetto esecutore del requisito di partecipazione è infatti sostenibile in particolare se si tratta di requisito di idoneità professionale di cui all’art. 83 comma 1 lett. a del d. lgs. n. 50 del 2016, che non è passibile di avvalimento, e ciò non solo per via dell’orientamento della giurisprudenza sull’avvalimento in generale dei requisiti di idoneità professionale (Cons. St., sez. V, 9 marzo 2020 n. 1667) ma anche in ragione della specifica previsione contenuta nel richiamato art. 89 comma 10 del d. lgs. n. 50 del 2016;

- la non ambulatorietà del titolo di idoneità professionale (che si desume appunto dal divieto di avvalimento) consente di non censurare la circostanza che sia la consorziata esecutrice, e non il consorzio stabile, ad essere iscritta all’ANGA;

- del resto, considerando una diversa prospettiva pubblicistica, quella sottesa all’art. 212 comma 5 del d. lgs. n. 152 del 2016, che richiede l’iscrizione per “*l’esercizio dell’attività*” di bonifica, e ciò indipendentemente dal fatto che la prestazione sia resa a favore di ente pubblico, essa risulta rispettata allorquando il contratto è adempiuto da soggetto qualificato;

- risulterebbe infatti inspiegabile che non si ammetta l’avvalimento dell’iscrizione all’ANGA, così assicurando, nei termini sopra illustrati, che l’esecutore della prestazione sia munito del titolo di idoneità professionale e si consideri non sufficiente che chi realizza l’attività di bonifica sia iscritto nell’albo (richiedendo l’iscrizione anche al consorzio stabile che non realizzerà l’intervento ambientale), allorquando vi è un soggetto (la consorziata esecutrice) che non solo assume l’impegno di svolgere l’attività ma concorda altresì l’offerta (così l’Ad. plen. 18 marzo 2021 n. 5);

- anche l’ANAC, distinguendo le due fattispecie di consorzio stabile, ha affermato che ”*qualora il Consorzio abbia partecipato per conto di due consorziate, il requisito dell’iscrizione all’Albo Nazionale Gestori Ambientali debba essere dimostrato in capo alle stesse, pena l’esclusione (cfr. ANAC, Delibera n. 787 del 7 ottobre 2020) e che qualora invece il Consorzio abbia invece partecipato con la propria struttura d’impresa, lo stesso debba dimostrare, nel rispetto della normativa sopra richiamata e dei principi ermeneutici esplorati, il requisito dell’iscrizione all’Albo Nazionale Gestori Ambientali*” (delibera 23 aprile 2021 n. 315).

- l’opzione di ritenere integrato il presupposto della necessaria idoneità professionale del soggetto esecutore dell’appalto, pur in costanza della presentazione dell’offerta da parte di altra soggettività (il consorzio stabile) risponde alla funzione proconcorrenziale dell’istituto, evitando di richiedere una duplicazione dei requisiti (in tesi in capo al consorzio stabile oltre che alla consorziata esecutrice);

- tutto quanto sopra depone nel senso di ritenere che, nel caso in cui il consorzio stabile che ha presentato l’offerta indichi come esecutrice un’impresa consorziata, il possesso del requisito di idoneità professionale da parte di quest’ultima sia idoneo a legittimare la partecipazione del consorzio medesimo;

- la valutazione di sufficienza dell’iscrizione all’ANGA da parte della consorziata esecutrice non richiede di chiamare in causa gli istituti, come l’avvalimento o il cumulo alla rinfusa, che sopperiscono alla carenza della qualificazione necessaria per partecipare alla gara e eseguire l’appalto. Ciò in quanto non si pone una questione di traslazione (e quindi di cumulo) delle qualificazioni da un soggetto (la consorziata esecutrice) a un altro (il consorzio stabile partecipante alla gara), logicamente e giuridicamente successiva ai casi in cui il requisito di partecipazione è integrato dalla consorziata esecutrice;

- nel caso qui controverso quindi non risulta conferente la disciplina del cumulo alla rinfusa oggetto dell’ipotesi derogatoria di cui all’art. 47 comma 1 del d. lgs. n. 50 del 2016, richiamata dall’Adunanza plenaria nella sentenza n. 5 del 2021 al fine di illustrare la normativa applicabile ai consorzi stabili, nell’ambito di una pronuncia tesa a scrutinare una specifica questione, vale a dire se la “*la consorziata di un consorzio stabile, non designata ai fini dell’esecuzione dei lavori [… sia o meno…] equiparabile, ai fini dell’applicazione dell’art. 63 della direttiva 24/2014/UE e dell’art. 89 co. 3 del d.lgs. n. 50/2016, all’impresa ausiliaria nell’avvalimento*”: detta ultima prospettiva assolve il compito di consentire, alle condizioni ivi previste, che, allorquando l’offerta è presentata in carenza delle condizioni di legittimazione dettate dalla legge (ma non è questo il caso, come visto, nel quale il requisito è posseduto dal soggetto esecutore, conformemente alle regole di settore), il consorzio stabile si possa avvalere, sulla base del vincolo consortile, di qualificazioni possedute dalle consorziate. Essa presenta la peculiarità di far venir meno la continuità fra interesse procedimentale (all’intervento nella procedura) e interesse sostanziale (all’esecuzione dell’appalto), allo stesso modo di quanto avviene tramite l’avvalimento, che infatti è accompagnato da una serie di cautele in funzione di tutela dell’interesse sostanziale cui è preordinata tutta la procedura a evidenza pubblica.

**Sara Molinaro**

**Consigliere al C.g.a.**

Pubblicato il 7 ottobre 2021