

Esclusione dalla gara: tra tassatività delle cause di esclusione, cumulo alla rinfusa e inaffidabilità dell'operatore. Quanti problemi in una sola fattispecie.

di Marco Briccarello

Data di pubblicazione: 5-4-2024

I) Nelle gare d'appalto, il principio di tassatività delle cause di esclusione, di cui all'art. 83, comma 8, D.Lgs. n. 50 del 2016, importa che le prescrizioni a pena di esclusione ulteriori rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti sono comunque nulle; e detto stigma di nullità è tale per cui la clausola in tal senso viziata è da intendersi come "non apposta" a tutti gli effetti di legge, quindi inefficace e tamquam non esset, senza alcun onere di doverla impugnare, dovendosi semmai impugnare gli atti conseguenti che ne facciano applicazione.

II) Negli appalti pubblici è ammissibile il ricorso al meccanismo del c.d. cumulo alla rinfusa, e cioè alla possibilità normativamente sancita, in caso di consorzio stabile, di cumulare i requisiti di partecipazione così come posseduti dal consorzio e dalle singole imprese consorziate, in chiave pro-concorrenziale.

III) Sussiste per la Stazione appaltante l'obbligo di motivare in concreto e analiticamente il giudizio di inaffidabilità dell'operatore economico. Il mero richiamo a precedenti risoluzioni contrattuali non sorretto da autonome valutazioni della stazione appaltante sulla rilevanza dell'illecito professionale in punto di integrità dell'operatore economico non è idoneo a sancire la carenza di affidabilità e professionalità.

N. 00123/2024REG.PROV.COLL.

N. 00933/2023 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 933 del 2023, proposto da
-OMISSIS- S.c.a.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa
dall'avvocato Antonio Melucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Terlizzi, Stazione unica appaltante della Città metropolitana di Bari, non costituiti in
giudizio;
Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, Presidenza del consiglio dei ministri, Ministero
dell'economia e delle finanze, struttura di missione Pnrr presso la Presidenza del consiglio dei
Ministri, in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura
distrettuale dello Stato di Bari, domiciliataria *ex lege* in Bari, via Melo, 97;
Città metropolitana di Bari, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e
difesa dall'avvocato Alessia Strada, con domicilio digitale come da PEC da Registri di
Giustizia;

nei confronti

-OMISSIS- Scarl, non costituita in giudizio;

“per l'annullamento

a. della comunicazione pec del 17 luglio 2023 con la quale la Città Metropolitana di Bari ha
reso nota l'esclusione del -OMISSIS- Scarl dalla procedura indetta per l'affidamento dei lavori
inerenti l'intervento di "Rigenerazione del tessuto urbano consolidato per la realizzazione di un
sistema socio-culturale e di connessione fra Palazzo Municipale e Teatro Biblioteca ex Liceo
Classico" siti nel Comune di Terlizzi – cup: B19J21002560001;

b. della esclusione comminata nel corso della seduta di gara del 13.07.2023, trasfusa nel
verbale n. 1 del 13.07.2023, che pure si impugna, nel quale è stata esaminata la
documentazione presentata dal -OMISSIS- Scarl e si è proceduto all'esclusione del suddetto
concorrente;

c. ove dovesse occorrere, dell'art. 6 della lettera di invito/disciplinare, in cui si raccomanda la
corretta compilazione del punto 29 dell'allegato 2bis, e delle indicazioni di corretta
compilazione contenute nello stesso allegato 2bis, sia nell'incipit che allo stesso punto 29 b,
ove le modalità di espressione della volontà del consorzio e delle esecutrici dovesse essere
ritenuta in contrasto con le stesse, nonché del penultimo capoverso dell'articolo 13 del
predetto invito/disciplinare, nel quale, parimenti sono, ripetute le modalità di compilazione;

d. ove dovesse occorrere, del punto 7.2 della lettera di invito/disciplinare, nella parte in cui, in
relazione alla partecipazione ed ai requisiti dei consorzi stabili, dovesse essere interpretato nel

senso di ritenere il possesso di tali requisiti di partecipazione e di qualificazione indispensabili anche da parte delle ditte individuate come esecutrici;

e. ove e per quanto occorra, di tutti gli atti e verbali di gara laddove lesivi degli interessi del ricorrente;

f. ove e per quanto possa occorrere, dell'Accordo Quadro sottoscritto per l'indizione della gara in oggetto, ove il suo contenuto dovesse essere identico ai punti contenuti nell'invito/disciplinare oggetto di specifica impugnativa;

g. della determina n. 4055 del 27.07.2023 del Dirigente della SUA della Città Metropolitana di Bari con la quale sono stati approvati gli atti di gara ed aggiudicato l'appalto alla -OMISSIS- s.c.a.r.l.;

h. di ogni altro atto anteriore, presupposto, connesso e consequenziale, ancorché non conosciuto, comunque lesivo degli interessi del ricorrente;

nonché per l'accertamento

- dei presupposti e delle condizioni di cui all'art. 80 comma 5 del d.lgs. 50/2016, per la riammissione a gara del -OMISSIS-;

- in sede di giurisdizione esclusiva, ai sensi dell'art. 133 lett. d) n. 1) c.p.a. del diritto della Società ricorrente alla aggiudicazione dell'appalto controverso previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato”;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, della Presidenza del consiglio dei ministri, del Ministero dell'economia e delle finanze, della Struttura di missione P.n.r.r. presso la Presidenza del consiglio dei ministri, e della Città metropolitana di Bari;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 ottobre 2023 il dott. Carlo Dibello e uditi per le parti i difensori come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

I. Con il gravame in epigrafe, la -OMISSIS- s.c.a.r.l. impugna, in primo luogo, la comunicazione ricevuta a mezzo pec il 17 luglio 2023 con la quale la Città metropolitana di Bari ha reso nota l'esclusione della predetta società dalla procedura indetta per l'affidamento dei lavori inerenti l'intervento di "Rigenerazione del tessuto urbano consolidato per la realizzazione di un sistema

socio-culturale e di connessione fra Palazzo Municipale e Teatro Biblioteca ex Liceo Classico" siti nel Comune di Terlizzi – cup: B19J21002560001. Il gravame è esteso agli atti della procedura ad evidenza pubblica meglio descritti in epigrafe, ivi inclusa la determina del 27 luglio 2023 di aggiudicazione della gara in favore dell'operatore economico -OMISSIS-s.c.a.r.l.

II. L'esclusione della deducente è stata comminata:

- per l'assenza, in relazione al -OMISSIS-, della dichiarazione di impegno - nell'allegato 2-*bis* alla domanda di partecipazione alla gara - da rendere mediante apposizione di "un segno evidente ed inequivocabile"; la mancanza di tale dichiarazione è stata ritenuta non sanabile mediante il soccorso istruttorio e implicante di per sé l'esclusione dalla presente procedura;

- perché il -OMISSIS- nella domanda di partecipazione ha indicato le consorziate esecutrici, senza però precisare le categorie di lavorazione da eseguire a cura di ognuna di esse, e al punto 5 ha dichiarato di voler utilizzare il subappalto qualificante per la OG2/OG 11 classifica IV/III *bis* "parti di opere nei limiti consentiti dalla legge";

- perché nel DGUE il -OMISSIS- ha dichiarato che la consorziata esecutrice -OMISSIS- eseguirà le prestazioni di cui alla categoria OG 2, mentre i lavori di cui alla categoria OG 11 saranno eseguiti dalla consorziata esecutrice -OMISSIS- srl.

Il seggio di gara ha ritenuto, inoltre, di non attivare il sub-procedimento in contraddittorio per valutare l'affidabilità e la serietà del Consorzio, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. *c*?*ter* e delle linee-guida ANAC n. 6, in quanto l'operatore economico è stato destinatario di numerose risoluzioni contrattuali, molte delle quali confermate dal Consiglio di Stato, nonché di revoche di aggiudicazioni, senza possibilità di comprendere con riguardo a quali fattispecie siano state adottate le misure di *self cleaning* meramente elencate.

In relazione alla consorziata esecutrice -OMISSIS-, l'esclusione è stata comminata perché essa, nella domanda di partecipazione, nulla ha dichiarato al punto 3 in merito ai requisiti di capacità economico/finanziaria e tecnico/professionale, rinviando puramente e semplicemente alla dichiarazione del Consorzio; analogo rinvio è presente al punto 5 relativamente al subappalto qualificante; per l'assenza, nell'allegato 2-*bis* della consorziata -OMISSIS- srl, della dichiarazione di impegno da rendere mediante l'apposizione di "un segno evidente ed inequivocabile"; per l'assenza del requisito di qualificazione nella categoria scorporabile OG 11, come da attestazione SOA esibita; perché, in diversi atti, tra i soggetti cessati è stato indicato il Sig. -OMISSIS- mentre dalla visura camerale storica acquisita d'ufficio non risulta nulla in merito.

Ulteriori cause di esclusione sono state ravvisate in merito alla consorziata esecutrice -OMISSIS-

a causa della mancata dichiarazione, nella domanda di partecipazione, in ordine ai requisiti di capacità economico/finanziaria e tecnico/professionale rinviando puramente e semplicemente

alla dichiarazione del Consorzio; analogo rinvio si rinviene al punto 5 relativamente al subappalto qualificante; per l'assenza, nell'allegato 2-bis della consorziata -OMISSIS-, della dichiarazione di impegno da rendere mediante l'apposizione di "un segno evidente ed inequivocabile".

III. L'operatore economico contesta la legittimità dell'esclusione e ne chiede l'annullamento alla stregua delle seguenti censure: "I - VIOLAZIONE DI LEGGE (artt. 6, 7, 10 e 10 bis L. 241/1990; artt. 80 e 83 D.gs. 50/2016) – Eccesso di potere (erroneità - istruttoria apparente – travisamento - illogicità manifesta); II - VIOLAZIONE DI LEGGE (art. 83 D.Lgs. 50/2016- art. 47 D.L. 77/2021) Eccesso di potere (erroneità - istruttoria apparente – travisamento - illogicità manifesta); III - VIOLAZIONE DI LEGGE (ART 3 L.N. 241/90 SS.MM.II –ART.80 COMMA VII E VIII CODICE APPALTI E LINEE GUIDA ANAC N. 6 – ILLOGICITÀ – IRRAZIONALITÀ - CARENZA DI ISTRUTTORIA; IV –VIOLAZIONE DI LEGGE (ART 3 L.N. 241/90 SS.MM.II –ART.80 COMMI V, VII E VIII CODICE APPALTI E LINEE GUIDA ANAC N. 6) – ILLOGICITÀ – IRRAZIONALITÀ - CARENZA DI ISTRUTTORIA; V –VIOLAZIONE DI LEGGE (ART 3 L.N. 241/90 SS.MM.II –ART.80 COMMI V, VII E VIII CODICE APPALTI E LINEE GUIDA ANAC N. 6) – ILLOGICITÀ – IRRAZIONALITÀ - CARENZA DI ISTRUTTORIA; VI –VIOLAZIONE DI LEGGE (ART 3 L.N. 241/90 SS.MM.II –ART.80 COMMI V, VII E VIII CODICE APPALTI E LINEE GUIDA ANAC N. 6) – ILLOGICITÀ – IRRAZIONALITÀ - CARENZA DI ISTRUTTORIA; VII - VIOLAZIONE DI LEGGE (ART 3 L. N. 241/90 SS.MM.II – ART. 80 COMMA V LETT. C TER CODICE APPALTI – ILLOGICITÀ – IRRAZIONALITÀ - CARENZA DI ISTRUTTORIA; VIII – VIOLAZIONE DI LEGGE (ART 3 L.N. 241/90 SS.MM.II –ART.80 CODICE APPALTI E LINEE GUIDA ANAC N. 6 – ILLOGICITÀ – IRRAZIONALITÀ - CARENZA DI ISTRUTTORIA; IX – (Vizi derivati dalla illegittima esclusione del Consorzio) Conseguentemente, la determina del Dirigente della SUA della Città Metropolitana di Bari n. 4055 del 27.7.2023, con la quale sono stati approvati gli atti di gara e aggiudicato l'appalto alla -OMISSIS- scarl, è affetta da vizi derivati e deve essere annullata.

IV. Si sono costituite in giudizio le Amministrazioni intimare per resistere al ricorso, che hanno contrastato con articolate memorie difensive.

V. La controversia è passata in decisione all'udienza pubblica del 18 ottobre 2023.

DIRITTO

VI. Il Consorzio deducente contesta la legittimità delle singole cause di esclusione che la Stazione appaltante ha individuato nei suoi riguardi e nei confronti delle ditte consorziate.

Più in dettaglio, la causa di esclusione derivante dall'omessa assunzione dell'impegno occupazionale previsto dall'art. 47, comma 4, del decreto legge n. 77/2021 poggia sul mancato rispetto dell'unica modalità prescritta per assumere formalmente l'impegno citato, e cioè l'apposizione di un segno evidente e inequivocabile nella documentazione di gara, barrando la casella apposita.

Il Consorzio ha dedotto sul punto sia il travisamento di fatto in cui sarebbe incorsa la Stazione appaltante nella valutazione della documentazione presentata in gara, sia la violazione del

principio di tassatività delle cause di esclusione.

Il motivo è fondato.

L'art. 47, comma 4, del decreto-legge n. 77/2021 stabilisce, quale requisito necessario di partecipazione alla gara, a pena di esclusione, l'obbligo, per l'operatore economico, di riservare una quota pari almeno al 30% delle assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali sia all'occupazione giovanile sia all'occupazione femminile.

La disposizione normativa non prescrive, tuttavia, alcun particolare onere formale di assunzione dell'obbligo in parola.

Deriva da tanto che l'individuazione, da parte della stazione appaltante, di un'autonoma causa di esclusione dalla gara in caso di mancato rispetto delle modalità prescritte in via esclusiva dalla *lex specialis* è illegittima perché viola il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016.

Detto principio è declinato, anche di recente, dalla giurisprudenza maggioritaria nei seguenti termini *"Nelle gare d'appalto, il principio di tassatività delle cause di esclusione, di cui all'art. 83, comma 8, D.Lgs. n. 50 del 2016, importa che le prescrizioni a pena di esclusione ulteriori rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti sono comunque nulle; e detto stigma di nullità è tale per cui la clausola in tal senso viziata è da intendersi come "non apposta" a tutti gli effetti di legge, quindi inefficace e tamquam non esset, senza alcun onere di doverla impugnare, dovendosi semmai impugnare gli atti conseguenti che ne facciano applicazione."* (Cons. Stato, Sez. III, 31.1.2023, n. 1055).

A tanto deve aggiungersi che l'obbligo occupazionale prescritto dal bando di gara è stato assunto in termini inequivoci dal -OMISSIS- che, non diversamente dalle ditte individuate quali esecutrici dell'appalto, ha compilato la dichiarazione barrando le opzioni a cui non intendeva uniformarsi, in modo tale da renderle di non agevole lettura, e ha lasciato integre le altre opzioni, cui si è irrevocabilmente vincolato.

VII. Anche la circostanza espulsiva rilevata dalla Stazione appaltante per cui *"il -OMISSIS- nella domanda di partecipazione indica le consorziate esecutrici senza però indicare le categorie di lavorazione che saranno dalle stesse eseguite e al punto 5 dichiara di voler utilizzare il subappalto qualificante per la OG 2/OG 11 Classifica IV/III bis parti di opere nei limiti consentiti dalla legge. Nel DGUE il -OMISSIS- dichiara che la consorziata esecutrice -OMISSIS- Srl eseguirà le prestazioni di cui alla Categoria OG2, mentre i lavori di cui alla Categoria OG11 saranno eseguiti dalla Consorziata esecutrice -OMISSIS-"* è oggettivamente erronea e illogica, oltre che illegittima e frutto di una istruttoria carente.

L'art. 48, comma 4 del decreto legislativo n. 50/2016 stabilisce che *"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"*.

La norma trova applicazione solo nei riguardi dei consorzi ordinari di operatori economici, e non anche nei confronti dei consorzi stabili.

È stata correttamente sottolineata, sotto tale profilo, la peculiarità del consorzio stabile, ente giuridico che dà vita ad un autonomo centro di imputazione della responsabilità nei riguardi della Stazione appaltante, nei cui confronti è chiamato a rispondere a titolo di responsabilità solidale, come chiarisce l'art. 47, comma 2, del decreto legislativo n. 50/2016. Così come si è evidenziata la possibilità, per un consorzio stabile, di partecipare ad una gara pubblica cumulando i requisiti idoneativi posseduti dalle singole consorziate. Rileva, peraltro, la difesa del -OMISSIS-, quanto al ricorso al subappalto, di avere reso in ogni caso la dichiarazione prescritta in sede di compilazione del DGUE e che lo stesso Consorzio, ampiamente qualificato nella categoria OG 11, si è limitato a dichiarare di "VOLER eventualmente subappaltare a terzi le seguenti parti dei lavori nel rispetto delle disposizioni dell'art. 105 del D.Lgs. n. 50/2016 e dei contenuti di gara".

VIII. Osserva, ancora il Collegio, che risulta contraddittoria e illogica l'esclusione disposta dalla Stazione appaltante nella parte in cui *"Si osserva inoltre, sebbene, allo stato, per le ragioni escludenti di cui sopra e dirimenti, non si ritiene, per questioni di celerità e semplificazione del procedimento amministrativo, attivare il sub procedimento in contraddittorio per valutare l'affidabilità e la serietà del Consorzio, ai sensi dell'art. 80 comma 5 lett. c? ter e della Linea Guida Anac n.6, in quanto il Consorzio è stato destinatario di numerose risoluzioni contrattuali molte delle quali confermate dal Consiglio di Stato, nonché di revoche di aggiudicazioni (le misure di self cleaning meramente elencate non si comprende con riguardo a quali fattispecie siano state adottate)."*

La Stazione appaltante ha infatti violato l'art. 80, comma 5, lett. c-ter, del decreto legislativo n. 50/2016 che impone l'obbligo di motivare in concreto e analiticamente il giudizio di inaffidabilità dell'operatore economico indipendentemente dal numero delle risoluzioni contrattuali e delle revoche di aggiudicazioni intervenute nei suoi riguardi. Né può dirsi sufficiente l'opzione che ha prescelto nel momento in cui ha deciso di non compiere alcun accertamento istruttorio sulla idoneità o meno delle misure di *self cleaning* adottate dal Consorzio al fine di recuperare una patente di affidabilità nei rapporti con la parte pubblica. Deve pertanto concludersi che il mero richiamo a precedenti risoluzioni contrattuali non sorretto da autonome valutazioni della stazione appaltante sulla rilevanza dell'illecito professionale in punto di integrità dell'operatore economico non è idoneo a sancire la carenza di affidabilità e professionalità.

La difesa del Consorzio ha peraltro messo in evidenza che la maggioranza delle risoluzioni risale ad oltre tre anni dalla pubblicazione del bando di gara (6.2.2023) e, pertanto, non rileva ai fini del giudizio di inaffidabilità (si pensi ai provvedimenti adottati dai Comuni di Salerno, Rapallo, Angri e Reggio Calabria); le determine adottate dal Comune di Salerno (n. 1869/2021 e 3394/2021) afferiscono alla medesima procedura indetta per l'affidamento degli "Interventi di riqualificazione urbanistica ed ambientale e rivitalizzazione socio - culturale dei Rioni Collinari – Lotto A – Riqualificazione Sito Prefabbricati Via Degli Etruschi" e hanno dato vita ad un contenzioso conclusosi in senso favorevole al Consorzio; la risoluzione contrattuale disposta dal Comune di Calabritto risulta anch'essa contestata in via giudiziale; con

riferimento, infine, alla risoluzione disposta da ANAS è stato posto in luce che è pendente giudizio dinanzi al Tribunale di Roma per l'accertamento dell'illegittimità del provvedimento di risoluzione; l'ANAC ha archiviato il procedimento avviato in danno del Consorzio, su segnalazione della Stazione appaltante, in quanto le circostanze rappresentate da ANAS non consentono "di trarre dalla condotta dell'o.e. utili indicazioni circa l'inaffidabilità dello stesso".

IX. Si è pure ritenuto, da parte della Stazione appaltante, che la consorziata -OMISSIS- fosse del tutto priva del requisito di qualificazione nella categoria scorporabile OG 11, come da attestazione SOA esibita. Sennonché la esclusione dalla gara risente del medesimo profilo di illegittimità rilevato a proposito dei requisiti idoneativi che il Consorzio deve possedere per partecipare alla procedura ad evidenza pubblica.

Il Collegio non può che rinviare, sotto tale specifico aspetto, a quanto argomentato a proposito del cd cumulo alla rinfusa, e cioè alla possibilità normativamente sancita, in caso di consorzio stabile, di cumulare i requisiti di partecipazione così come posseduti dal consorzio e dalle singole imprese consorziate, in chiave pro-concorrenziale.

Questa chiave di lettura impedisce di accedere alla diversa e più restrittiva opzione interpretativa avallata dalla Stazione unica appaltante.

X. Va infine posto in luce che la determina del Dirigente della SUA della Città metropolitana di Bari n. 4055 del 27.7.2023 con la quale sono stati approvati gli atti di gara e aggiudicato l'appalto alla -OMISSIS- scarl, risente della illegittima ed erronea esclusione del -OMISSIS- dalla procedura di gara e va, pertanto, anch'essa annullata.

Alla stregua delle su richiamate argomentazioni, il ricorso del -OMISSIS- è accolto, con il conseguente annullamento dell'esclusione disposta nei suoi riguardi e della stessa aggiudicazione adottata in favore del -OMISSIS-.

Stanti la novità e la complessità delle questioni, le spese processuali possono essere compensate.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Sezione terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 18 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppina Adamo, Presidente

Carlo Dibello, Consigliere, Estensore

Giacinta Serlenga, Consigliere

Guida alla lettura

La sentenza in rassegna affronta – sia pure succintamente – **tre questioni** di grande interesse nel contenzioso relativo alla contrattualistica pubblica.

Vediamole insieme.

-I) In primo luogo il T.A.R. si è pronunciato sulla portata del principio di **tassatività delle cause di esclusione**, già previsto dall'art. 83, comma 8, del D.Lgs. n. 50/2016 e oggi ricompreso tra i "principi generali" del Codice ex art. 10, comma 2, del D.Lgs. n. 36/2023.

Nella vicenda in esame la Stazione appaltante ha disposto l'esclusione di un operatore economico perché questi non avrebbe rispettato la modalità prescritta dalla legge di gara in ordine all'assunzione dell'impegno in favore dell'occupazione giovanile e femminile, ossia l'apposizione di un segno evidente e inequivocabile nella documentazione di gara, accanto all'apposita casella.

Il Collegio giudicante ha invece osservato:

- in punto di fatto, che così non era in quanto il concorrente aveva barrato le opzioni da escludere, lasciando per contro integre quelle a cui si era vincolato;

- e, sulla base di ciò – in diritto – che la disposizione normativa istitutiva dell'impegno occupazionale (vale a dire l'art. 47 del D.L. n. 77/2021) non prescrive alcun particolare onere formale di assunzione dell'obbligo in parola. Cosicché l'Amministrazione ha errato nell'adottare la sanzione espulsiva, dal momento che le **cause di esclusione ammissibili** sono **solo** quelle espressamente **previste – con elencazione tassativa – dalla legge** e le clausole che prevedono **cause ulteriori** di esclusione sono **nulle** e si considerano **non apposte**.

Su tale ultimo aspetto merita ricordare che – come la dottrina ha già rilevato – tale nullità non si estende al provvedimento nel suo complesso (secondo il noto brocardo "*vitiatur sed non vitia*"), ma impedisce alla Stazione appaltante di porre in essere atti ulteriori che si fondino su quella clausola, rendendoli altrimenti illegittimi e quindi – stante l'autoritatività di tali atti applicativi – annullabili secondo le regole ordinarie (v. L. Carbone, F. Caringella, G. Rovelli (cur.), Manuale dei contratti pubblici, Roma, 2024, cap. 3 e 8).

La decisione sul punto appare rispettosa sia del chiaro dettato normativo (fermo nel vietare alle stazioni appaltanti di introdurre requisiti di ordine generale diversi da quelli espressamente codificati), sia dalla consolidata giurisprudenza (v. Cons. di Stato, Sez. III, 31 gennaio 2023, n.

1055, citata dal T.A.R. Puglia. In aggiunta, v. Cons. di Stato, Sez. V, 11 luglio 2023, n. 6777, nonché Cons. di Stato, Sez. IV, 18 dicembre 2023, n. 10974, che reca un interessante parallelismo tra le previsioni dell'art. 83 del D.Lgs. n. 50/2016 e quelle del sopravvenuto art. 10 del D.Lgs. n. 36/2023).

-II) In secondo luogo la decisione in commento affronta il tema dell'applicabilità del c.d. "**cumulo alla rinfusa**" ai fini della comprova del possesso dei requisiti di partecipazione alla gara da parte di un **consorzio stabile**.

L'argomento "è caldo". Basti pensare che nell'ultimo anno vi sono state molte pronunce giurisprudenziali sul tema, anche del Consiglio di Stato.

A livello d'inquadramento sistematico, come ricorda proprio il medesimo T.A.R., l'istituto in questione:

- trova **applicazione solo** in relazione alla figura plurisoggettiva del **consorzio stabile**, ossia di quel consorzio costituito tra almeno tre imprese, che hanno stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici per un periodo non inferiore a cinque anni, istituendo a tale fine una comune struttura di impresa. Tale peculiare soggetto giuridico si differenzia dal consorzio ordinario, in quanto mentre quest'ultimo nasce e cessa – al pari dei raggruppamenti temporanei di imprese – in vista di una sola operazione, il consorzio stabile è costituito in funzione di un numero potenzialmente illimitato di operazioni (Cons. di Stato, Sez. V, 11 luglio 2023, n. 6777);

- e consiste nella possibilità normativamente sancita di (appunto) **cumulare i requisiti di partecipazione posseduti dal consorzio stesso e dalle singole consorziate**. Con la precisazione che, in caso di aggiudicazione della gara, è necessaria la verifica della effettiva esistenza in capo ai singoli consorziati dei requisiti di capacità tecnica e professionale prescritti dalla *lex specialis* (Cons. di Stato, Ad. Plen., 18 marzo 2021, n. 5).

Sotto il Codice del **2016** si era diffusa un'interpretazione **restrittiva** sulla portata del cumulo alla rinfusa. Esso:

- risultava ammesso solo per il prestito dei requisiti riguardanti le attrezzature e i mezzi d'opera, nonché l'organico medio annuo;

- era limitato al fatto che non fosse espressamente consentito al consorzio di nominare esecutrici le consorziate in possesso dei requisiti e quelle che ne sono prive;

- prevedeva distinzioni applicative tra gli appalti di lavori, da un lato, e quelli di servizi e forniture, dall'altro lato (per tutte, v. T.A.R. Lombardia-Milano, Sez. I, 15 febbraio 2023, n. 397 e T.A.R. Campania-Napoli, Sez. III, 22 febbraio 2023, n. 1152).

Quest'impostazione è stata poi **superata dal Consiglio di Stato** sulla base della disciplina transitoria prevista dall'art. 216, comma 4, del D.Lgs. n. 50/2016 e della **predilezione per il principio del favor participationis** espresso dalla normativa sui contratti pubblici. Nel

dettaglio si è osservato che i consorzi stabili possono avvalersi **in modo generalizzato** del “cumulo alla rinfusa” per integrare i requisiti previsti dalla *lex specialis* tramite quelli posseduti dalle consorziate, indipendentemente dalla loro designazione in gara per l’esecuzione del contratto (v. Cons. di Stato, Sez. V, 29 settembre 2023, n. 8592. Questa sentenza precisa inoltre che il consorzio stabile assume la qualifica di concorrente in gara e contraente. Con la conseguenza che tocca a lui dimostrare il possesso dei requisiti partecipativi, anche mediante il cumulo dei requisiti delle imprese consorziate. In termini, v. da ultimo Cons. di Stato, Sez. V, 9 ottobre 2023, n. 8767 e T.A.R. Campania-Napoli, Sez. I, 19 aprile 2023, n. 2390, che ha concluso nel senso dell’ammissibilità del cumulo alla rinfusa anche in forza dell’*intentio legis* di valorizzare l’istituto “quale importante strumento pro-concorrenziale”).

Infine il la **novella del 2023 ha definitivamente avallato** la suddetta soluzione interpretativa mediante:

- una norma d’interpretazione autentica (l’art. 225, comma 13, del D.Lgs. n. 36/2023, secondo cui *“ai fini della partecipazione alle gare e dell’esecuzione ... L’articolo 47, comma 2-bis, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50/2016, si interpreta nel senso che, negli appalti di servizi e forniture, la sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti dal 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”*);

- e l’espressa previsione della **portata generalizzata dell’istituto** (v. l’art. 67, comma 2, lett. a) e b), a mente del quale per gli appalti di servizi e forniture i requisiti di capacità tecnica e finanziaria sono cumulati in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate, mentre per gli appalti di lavori detti requisiti sono posseduti e comprovati sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate).

Per approfondimenti si vedano: - F. Caringella (cur.) Il nuovo Codice dei Contratti Pubblici, Milano, 2023, sub art. 225; - L. Carbone, F. Caringella, G. Rovelli (cur.), Manuale dei contratti pubblici, Roma, 2024, cap. 7; - Cons. di Stato, Sez. V, 22 dicembre 2023, n. 11106; - e il recente comunicato 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”).

Si segnala che il T.A.R. Puglia non ha citato espressamente le suddette disposizioni e i precedenti giurisprudenziali appena ricordati, ma è giunta alle stesse conclusioni sulla scorta di analoghe valutazioni sostanziali in ordine alla natura “pro-concorrenziale” dello strumento del cumulo alla rinfusa.

-III) Infine, l’ultimo tema affrontato dalla sentenza in rassegna attiene all’ampiezza della **motivazione** richiesta alla Stazione appaltante circa il **giudizio** da essa espresso **sull’affidabilità dei concorrenti**. Sul punto si è seguito il consolidato orientamento per cui **la Stazione appaltante è tenuta a “motivare in concreto e analiticamente il giudizio di inaffidabilità dell’operatore economico, indipendentemente dal numero delle risoluzioni contrattuali e delle revoche di aggiudicazioni intervenute”** in suo danno. Cosicché **“il mero**

*rimando a precedenti risoluzioni contrattuali non sorretto da autonome valutazioni della stazione appaltante sul rilievo da attribuire all'illecito professionale in punto di integrità dell'operatore economico **non è idoneo** a sancire la carenza di affidabilità e professionalità" a suo carico (in termini v. Cons. di Stato, Sez. V, 25 gennaio 2022, n. 489 e Cons. di Stato, Sez. V, 25 agosto 2023, n. 7949).*

Per completezza si precisa che tale posizione è stata tuttavia **superata dal nuovo Codice**. L'art. 98 del D.Lgs. n. 36/2023 elenca infatti **tassativamente** gli **elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale**, così superando la "fattispecie aperta" delineata dall'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016, e **definisce** "a monte" i **mezzi di prova** che le amministrazioni aggiudicatrici devono utilizzare per dimostrarlo.