

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sez. Prima *Quater*, 25 gennaio 2017, n. 1324 – MEZZACAPO *Presidente* – BOTTIGLIERI *Estensore* – Consorzio Stabile Servizi Appalti Internazionale Società consortile a r.l. (Avv.ti Gianluca Mastrella e Giovanni Mandolfo) c. Lazio Innova SpA (Avv. Davide Angelucci)

APPALTI DI SERVIZI – GARA – CONSORZIO STABILE - QUALIFICAZIONE – IMPRESE CONSORZIATE

A fronte dell'art. 83, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, la partecipazione alle gare dei consorzi stabili risulta ancora disciplinata dal precedente ordinamento di settore, donde i consorzi stabili si qualificano sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate.

Al riguardo, quanto previsto dal suddetto art. 83, comma 2 ("Fino all'adozione di dette linee guida, si applica l'articolo 216, comma 14") si interpreta nel senso dell'applicabilità della disposizione anche agli appalti di servizi.

LA QUALIFICAZIONE DEL CONSORZIO STABILE TRA NORMATIVA VIGENTE E DISCIPLINA PREVIGENTE

di

Edoardo Giardino

Sommario: 1. Premessa. 2. L'interpretazione restrittiva dell'operatività della previgente disciplina: il tentativo di limitare ai soli "lavori" la previsione di cui all'art. 83, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016. 3. L'applicazione della previgente disciplina anche ai "servizi". 4. L'ausilio del criterio teleologico e il *favor participationis*.

1. Premessa.

La vicenda in esame, postulando l'applicazione, per espressa volontà del vigente Codice dei contratti pubblici, della

precedente normativa, rimarca la rilevanza che assume la disposizione transitoria nella disciplina della fattispecie.

E così, un Consorzio stabile, dopo aver presentato relativa domanda di partecipazione ad una gara per l'affidamento di servizi, dichiarava di avvalersi, in ordine al requisito di iscrizione nel registro della camera di commercio, della fascia di qualificazione posseduta da una sua consorziata.

Orbene, la Commissione di gara, verificato il possesso in capo al Consorzio ed alla relativa consorziata dei prescritti requisiti di partecipazione e rilevata, però, la carenza del contratto di avvalimento, riteneva dover acquisire lo stesso attraverso il soccorso istruttorio oneroso.

Il Consorzio, sebbene nel prosieguo producesse quanto richiestogli, tuttavia all'uopo dissentiva, invocando l'art. 47 del d.lgs. n. 50 del 2016, in specie ritenendo che quest'ultima disposizione, evocata espressamente dal disciplinare di gara, consentisse di computare direttamente in capo al consorzio stabile i requisiti delle consorziate.

La Commissione di gara, a fronte del contratto di avvalimento ugualmente prodotto, escludeva il Consorzio, ritenendo detto atto privo dei requisiti necessari per l'ammissione alla gara, tanto perché sottoscritto successivamente al termine previsto per la presentazione delle offerte, quanto perché carente dei requisiti relativi al servizio di facchinaggio.

Da qui, la proposizione del ricorso.

2. L'interpretazione restrittiva dell'operatività della previgente disciplina: il tentativo di limitare ai soli "lavori" la previsione di cui all'art. 83, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016.

Tra le aporie interpretative che segnano il vigente Codice dei contratti pubblici v'è quella che concerne la qualificazione dei consorzi stabili negli appalti di servizi e, in particolare, l'interpretazione della regola transitoria al riguardo contemplata, donde la necessità di rievocare quanto disposto dagli artt. 47 e 83, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, nelle rispettive versioni vigenti al momento del fatto.

E così, ai sensi del cit. art. 47 (evocato, nella sentenza in esame, nella versione antecedente la novella di cui art. 31, comma 1, del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56¹): "I requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all'articolo 45, comma 2,

¹ Il vigente art. 47, al comma 2, così recita: "I consorzi di cui agli articoli 45, comma 2, lettera c), e 46, comma 1, lettera f), al fine della qualificazione, possono utilizzare sia i requisiti di qualificazione maturati in proprio, sia quelli posseduti dalle singole imprese consorziate designate per l'esecuzione delle prestazioni, sia, mediante avvalimento, quelli delle singole imprese consorziate non designate per l'esecuzione del contratto. Con le linee guida dell'ANAC di cui all'articolo 84, comma 2, sono stabiliti, ai fini della qualificazione, i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni". Al riguardo, si è osservato che detto comma "come riformulato con l'art. 31 del correttivo 2017 al Codice, sempre riferendosi alla dimostrazione dei requisiti economico-finanziari e tecnico organizzativi, introduce una disciplina di favore per i consorzi stabili, sia tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro (ossia per i soggetti di cui all'art. 45, comma 2, lett. c), sia tra società di professionisti e società di ingegneria (ossia per i soggetti di cui all'art. 46, comma 1, lett. f). Ebbene, tali consorzi, al fine della qualificazione, possono utilizzare sia i requisiti di qualificazione maturati in proprio, sia quelli posseduti dalle singole imprese consorziate purché designate per l'esecuzione delle prestazioni. Invece, per utilizzare requisiti di qualificazione posseduti da imprese consorziate che tuttavia, nella specifica occasione, non vengono chiamate all'esecuzione delle prestazioni poste in gara, i consorzi stabili devono ricorrere all'istituto dell'avvalimento (vedasi, al riguardo, l'art. 89). La previsione ha recepito l'orientamento giurisprudenziale che, in vigenza del precedente Codice, aveva già dato una lettura del consorzio stabile in combinato disposto con l'istituto dell'avvalimento, sostenendo in proposito che il modulo del consorzio stabile concretizza un'impresa operativa che fa leva sulla causa mutualistica e realizza una particolare forma di avvalimento che poggia direttamente sul patto consortile e sulla causa mutualistica; tali connotati del modulo organizzativo e gestionale consentono al consorzio di avvalersi di qualsiasi contributo (in termini di requisiti) dei consorziati, senza dover ricorrere all'avvalimento, fermo restando che, in alternativa, il consorzio può qualificarsi con requisiti posseduti in proprio e direttamente (...)" (così A. CHIETTINI, *Art. 47 Requisiti per la partecipazione dei consorzi alle gare*, in *Codice dei contratti pubblici* (R. GAROFOLI – G. FERRARI), Tomo I, Roma, 2017, 859).

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. 2. Per i primi cinque anni dalla costituzione, ai fini della partecipazione dei consorzi di cui all'articolo 45, comma 2, lettera c), alle gare, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi previsti dalla normativa vigente posseduti dalle singole imprese consorziate esecutrici, vengono sommati in capo al consorzio².

² Sull'art. 47 del d.lgs. n. 50 del 2016, cfr. A. CHIETTINI, *Art. 47 Requisiti per la partecipazione dei consorzi alle gare*, cit., 858 ss., secondo cui la formulazione del primo comma "è da interpretarsi non restrittivamente ma in modo estensivo, nel senso che essa sancisce l'applicazione, in ogni caso e in qualsiasi periodo di vita del consorzio, del criterio del cumulo dei requisiti menzionati. Più precisamente, la formulazione è da interpretare come "meramente ricognitiva della facoltà, in capo al consorzio, di decidere come provare il possesso dei requisiti, se, cioè, con attribuzioni proprie e dirette del consorzio, oppure con quelle dei consorziati" (Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2013, n. 2563, id., sez. III, 25 febbraio 2014, n. 895, id., sez. V, 23 febbraio 2017, n. 849; pronunce riferite all'art. 35, d.lgs. n. 163 del 2006 ma estensibili alla nuova disciplina perché di identico tenore). Questo approccio, che si è dunque imposto ancora nella vigenza del precedente Codice, si fonda sul rilievo, di natura sistematica, che i consorzi qui all'esame si concretizzano in un'impresa operativa che fa leva sulla causa mutualistica e realizzano, nella sostanza, una particolare forma di avvalimento che poggia direttamente sul patto consortile e sulla causa mutualistica. Tali connotati del loro modulo organizzativo e gestionale consentono a detti consorzi di avvalersi di qualsiasi contributo (in termini di requisiti) dei consorziati, senza dover ricorrere allo strumento tipico dell'avvalimento fermo comunque restando che, in alternativa, il consorzio può qualificarsi con requisiti posseduti in proprio (in senso conforme: Autorità nazionale anticorruzione, parere precontenzioso 5 agosto 2014, n. 17) (...) Giova anche osservare che l'analogia di disciplina tra i consorzi di società cooperative e di imprese artigiane con i consorzi stabili appare logica, trattandosi di soggetti con soggettività giuridica individuale, autonoma e stabile, ma anche costituzionalmente orientata, in quanto realizza una forma di incentivazione alla mutualità che la Costituzione assegna alla legge per promuovere e favorire l'incremento della funzione sociale che la cooperazione rappresenta (Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, parere sulla normativa 9 ottobre 2013, n. AG 49/2013; id., parere di precontenzioso 18 dicembre 2013, n. 2015)". Cfr., inoltre, D. VILLA, *Digitalizzazione delle procedure e operatori economici*, in *I nuovi appalti pubblici. Commento al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50* (a cura di M. CORRADINO – S. STICCHI DAMIANI), Milano, 2017, 177 ss. .

Ai sensi, altresì, del suddetto art. 83, comma 2 (anch'esso evocato nella sentenza in esame, nella versione antecedente la novella di cui all'art. 52, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 56 del 2017³): "I requisiti e le capacità di cui al comma 1 sono attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione. Per i lavori, con linee guida dell'ANAC adottate entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente codice, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari, sono disciplinati, nel rispetto dei principi di cui al presente articolo e anche al fine di favorire l'accesso da parte delle microimprese e delle piccole e medie imprese, il sistema di qualificazione, i casi e le modalità di avvalimento, i requisiti e le capacità che devono essere posseduti dal concorrente, anche in riferimento ai consorzi di cui all'articolo 45, lettere b) e c) e la documentazione richiesta ai fini della dimostrazione del loro possesso di cui all'allegato XVII. Fino all'adozione di dette linee guida, si applica l'articolo 216, comma 14".

³ L'art. 83, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, attualmente vigente, invece, così dispone: "I requisiti e le capacità di cui al comma 1 sono attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione. Per i lavori, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti da adottare, su proposta dell'ANAC entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente codice, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari, sono disciplinati, nel rispetto dei principi di cui al presente articolo e anche al fine di favorire l'accesso da parte delle microimprese e delle piccole e medie imprese, il sistema di qualificazione, i casi e le modalità di avvalimento, i requisiti e le capacità che devono essere posseduti dal concorrente, anche in riferimento ai consorzi di cui all'articolo 45, lettere b) e c) e la documentazione richiesta ai fini della dimostrazione del loro possesso di cui all'allegato XVII. Fino all'adozione di dette linee guida, si applica l'articolo 216, comma 14".

Ed è utile, altresì, rievocare quanto previsto dal predetto art. 216, comma 14, per il quale: “Fino all'adozione delle linee guida indicate all'articolo 83, comma 2, continuano ad applicarsi, in quanto compatibili, le disposizioni di cui alla Parte II, Titolo III, nonché gli allegati e le parti di allegati ivi richiamate, del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207”⁴.

Orbene, delle suddette norme, la parte resistente offre una lettura restrittiva, ivi ritenendo che la moratoria di cui all'art. 216, comma 14, poiché richiama l'art. 83, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, riguarda e, quindi, si applica solo ai “lavori”. Pertanto, la qualificazione dei consorzi stabili negli appalti di servizi, quale quello in esame, sarebbe retta esclusivamente dall'art. 47 del medesimo Codice dei contratti pubblici, il quale, innovando la previgente disciplina, stabilisce al primo comma – come *supra* chiarito – che “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”.

Disposizione, questa, che, al secondo comma, introduce, una deroga (“per i primi cinque anni dalla costituzione, ai fini della partecipazione dei consorzi, di cui all'articolo 45 comma 2 lettera c, alle gare, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi previsti dalla normativa vigente posseduti dalle

⁴ Giova, al riguardo, precisare che il vigente art. 83, comma 2 (così come novellato dall'art. 52, comma 1 lett. a) del d.lgs. n. 56/2017), ascrive al decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, da adottare, su proposta dell'ANAC, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari, il compito di disciplinare il sistema di qualificazione, i casi e le modalità di avvalimento, i requisiti e le capacità che devono essere posseduti dal concorrente, anche in riferimento ai consorzi di cui all'articolo 45, lettere b) e c) e la documentazione richiesta ai fini della dimostrazione del loro possesso di cui all'allegato XVII.

singole imprese consorziate esecutrici, vengono sommati in capo al consorzio”), la quale, però, non troverebbe applicazione al Consorzio stabile di cui alla sentenza in esame.

E così, si perverrebbe all’esclusione dei servizi e delle forniture dall’applicazione della suddetta previsione transitoria, in virtù di una interpretazione che rinverrebbe nell’*incipit* del comma 2 del cit. art. 83 la sua fonte dirimente.

3. L’applicazione della previgente disciplina anche ai “servizi”.

Il Giudice adito, invece, seguendo un percorso argomentativo differente, in linea quindi con le argomentazioni della ricorrente, chiarisce che, sebbene il d.lgs. n. 50 del 2016 innovi la disciplina inerente la qualificazione dei consorzi, tuttavia le nuove regole risultano condizionate dall’adozione delle linee-guida dell’ANAC⁵, talché, sino alla loro adozione, permarrebbe l’efficacia delle previgenti disposizioni di settore. In tal guisa, il nuovo Codice dei contratti pubblici intende preservare, seppur temporaneamente, l’operatività delle previgenti disposizioni, attraverso una regola cui la sentenza in esame ascrive <<carattere assoluto>>, trattandosi infatti di scelta che sebbene <<espressa immediatamente dopo la rimessione all’ANAC del compito di predisporre le linee guida “per i lavori”, è, però, di carattere assoluto (“Fino all’adozione di dette linee guida, si applica l’articolo 216, comma 14”), non

⁵ Come *supra* chiarito, le nuove regole sono adottate con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti.

essendo stata richiamata, anche in tal caso, la delimitazione che connota il periodo precedente (“per i lavori”) >>⁶.

Trattasi di interpretazione che trova non solo riprova “in un dato di sistema e in un elemento testuale”⁷, quanto conforto nelle stesse FAQ elaborate dall’ANAC, in specie, con il comunicato 8 giugno 2016, il quale, al punto 3, infatti così chiarisce: “I requisiti per la partecipazione dei consorzi alle gare sono individuati, in linea generale, dall’art. 47 del Codice. Inoltre, l’art. 216, comma 14, prevede che fino all’adozione delle linee guida previste dall’art. 83, comma 2, del Codice (che attengono anche ai requisiti e alle capacità che devono essere posseduti dai consorzi) si applica la parte II, titolo III, del d.p.r. 207/2010. Tra queste disposizioni sono ricomprese anche quelle che disciplinano la qualificazione dei consorzi ed, in particolare, l’art. 81 che, attraverso un rinvio recettizio, dispone che la qualificazione dei consorzi stabili avviene secondo le disposizioni dell’art. 36, comma 7, del Codice”⁸.

Si scongiura, così, la limitazione della previsione transitoria di ultravigenza della precedente disciplina ai soli appalti di lavori, ritenendola, invece, applicabile altresì agli appalti di servizi, così da implementare le possibilità di sviluppo di quelle imprese prive di sufficienti requisiti partecipativi. Obiettivo, questo, perseguito non già imponendo al consorzio

⁶ Cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. I quater, 25 gennaio 2017, n. 1324, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁷ Cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. I quater, n. 1324/2017 cit.

⁸ Sul comma 7 del cit. art. 36 quale riflesso del criterio della sommatoria tra i requisiti delle consorziate, cfr. R. GRECO, *Art. 36 Consorzi stabili*, in *Codice degli appalti pubblici* (R. GAROFOLI – G. FERRARI), Tomo I, Roma, 2012, 606.

di avere requisiti in proprio, bensì consentendo allo stesso di usufruire del requisito vantato da un consorziato.

Tutto questo trae viepiù *ratio* dall'ontologia del consorzio stabile e, in specie, dalla peculiarità della sua causa, come del resto sovente rimarcato in giurisprudenza, laddove si è, infatti, osservato che il modulo del consorzio stabile inveri un'impresa operativa che vanta una causa mutualistica, ivi realizzando, in realtà, una particolare forma di avvalimento che poggia direttamente sul patto consortile e sulla stessa causa mutualistica.

Tali connotati consentono al consorzio di avvalersi dei requisiti dei consorziati "senza quindi dover ricorrere allo strumento dell'avvalimento (...) fermo restando che, in alternativa, il consorzio può qualificarsi con requisiti posseduti in proprio e direttamente"⁹.

⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. III, 25 febbraio 2014, n. 895, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Secondo M.G. VIVARELLI (*Art. 47 – Requisiti per la partecipazione dei consorzi alle gare*, in *Codice dei contratti pubblici* (a cura di G.M. ESPOSITO), Vol. I, Torino, 2017, 553 ss.) poiché "il consorzio stabile implica la costituzione di un'autonoma struttura consortile, è il consorzio come tale, inteso, cioè, come soggetto giuridico distinto dalle imprese consorziate di cui coordina l'attività imprenditoriale, il titolare, formale e sostanziale, del rapporto con la stazione appaltante. Il consorzio stabile è, infatti, dotato di un fondo proprio (consortile) con il quale risponde direttamente delle obbligazioni assunte nei confronti della stazione appaltante. Ed analogamente a quanto avviene per i consorzi tra cooperative ed imprese artigiane, nei consorzi stabili il rapporto intercorrente tra consorzio ed imprese consorziate può essere ricondotto al rapporto tra società commerciale e socio, così come l'ipotesi di contemporanea partecipazione a gara di un consorzio e di una impresa associata deve essere assimilato all'ipotesi di partecipazione a gara di due società aventi lo stesso socio di maggioranza o di un imprenditore individuale che sia anche socio di maggioranza di una società commerciale di partecipante; con la conseguenza che il divieto di contemporanea partecipazione, quale appare desumibile dall'art. 48 d.lg. n. 50/2016, si riferisce alle ipotesi nelle quali l'impresa individuale assuma una propria rilevanza anche all'interno della formazione associativa, non anche quando lo strumento associativo abbia una sua completa autonomia, senza che vengano in alcun rilievo le imprese associate". In argomento, cfr. TAR Sicilia, Palermo, 7 novembre 1997, n. 1707, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Sempre sul rapporto tra consorzio e imprese consorziate, cfr. R. RIGHI; *Art. 36 Consorzi stabili*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici* (diretto da G.F. FERRARI e G. MORBIDELLI), Artt. 1-120, Milano, 2013, 483 ss. .

E così, nelle procedure di evidenza pubblica, il modulo associativo del **consorzio stabile** riflette un soggetto giuridico autonomo, costituito in forma collettiva e con **causa mutualistica**, che agisce attraverso uno **stabile** rapporto organico con le imprese associate, in virtù del quale potersi giovare, senza dover ricorrere all'avvalimento, dei requisiti vantati dalle stesse consorziate, secondo il criterio del c.d. cumulo alla rinfusa¹⁰.

Si accrescono, in tal modo, le facoltà operative del consorzio stabile, non imponendo allo stesso di avere requisiti in proprio, soprattutto nella fase iniziale dell'attività, onde evitare di riprodurre inutilmente il modulo organizzativo delle a.t.i.¹¹.

¹⁰Cfr. TAR Campania, Salerno, Sez. I, 20 luglio 2016, n. 1709, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Veneto, Sez. I, 8 aprile 2016, n. 362, *ivi*; Cons. Stato, Sez. III, 19 novembre 2014, n. 5689, *ivi*. Si è precisato che, anche alla luce del vigente art. 47 del d.lgs. n. 50/2016, è “possibile, ancora, oggi, affermare, senza tema di smentita, che è senz’altro sufficiente – ai fini dell’ammissione alla gara – che il consorzio possieda tutti i requisiti oggettivi richiesti dal bando senza alcuna necessità di verificarne il rispetto da parte dei consorziati. Nell’ipotesi in cui, tuttavia, il consorzio non sia da solo in grado di dimostrare detti requisiti potrà cumularli con quelli posseduti dalle consorziate, nei limiti consentiti dalla legge. (...) L’impianto oggi delineato – anche attraverso il correttivo - è identico al previgente che, con riguardo ai consorzi stabili (ancorché all’epoca solo nelle gare di servizi e forniture, in base al combinato disposto di cui all’art. 35 d.lg. n. 163/2006 ed all’art. 277 d.P.R. n. 207/2010) prevedeva che i requisiti potessero essere così comprovati, in caso di insufficienza del consorzio: -cumulo tra consorzio e tutte le consorziate dei requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d’opera, nonché all’organico medio annuo; -cumulo tra consorzio e consorziate esecutrici dei restanti requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi” (M.G. VIVARELLI (*Art. 47 – Requisiti per la partecipazione dei consorzi alle gare*, cit. 548 ss).

¹¹Cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. III, 7 ottobre 2013, n. 2236, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Sulla differenza tra il consorzio stabile e l’a.t.i., cfr. Cons. Stato, sez. III, 14 gennaio 2013, n. 145, *ivi*, secondo cui: “Il **consorzio stabile** (...) che si connota per la creazione a priori di una struttura unificata tra le imprese consorziate che in tal modo si aggregano e, ferma restando l'autonomia soggettiva di queste ultime, postula un legame associativo tra loro ben più stretto che in ogni altra forma di collegamento prevista dalla legge. Il **consorzio stabile**, quale forma intermedia tra le associazioni temporanee di imprese e la concentrazione delle stesse, ha la capacità di assumere in proprio le obbligazioni dedotte in appalto e non è assimilabile alla comune categoria delle **ATI**, nel cui unico ambito è possibile distinguere le funzioni (...) di capogruppo mandataria e di mandanti e, dunque, i requisiti di minima qualificazione necessaria, sicché ad esse o ad altre forme aggregative di imprese e non anche ai consorzi stabili intende riferirsi la *lex specialis* ogni qualvolta ricorre all'uso, certo non casuale, dei vocaboli «impresa mandataria» e «mandanti»”. Sulla natura

4. L'ausilio del criterio teleologico e il *favor participationis*.

La suddetta interpretazione – secondo il Giudice adito - trova viepiù riprova ed ausilio nel criterio teleologico, sol che si consideri che l'art. 83 del vigente Codice, nell'esigere che i requisiti e le capacità per le qualificazioni debbano essere "attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto", rimarca l'indefettibile "interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione".

Trattasi di previsione che riflette non solo il noto principio del diritto dell'Unione Europea volto a tutelare e promuovere la concorrenza negli appalti pubblici, quanto altresì il vincolo della proporzionalità amministrativa, quale necessità di assicurare il pubblico interesse con il minor aggravio

giuridica del consorzio stabile, cfr. A. CHIETTINI, *Art. 47 Requisiti per la partecipazione dei consorzi alle gare*, cit., 856 ss., secondo cui: "il consorzio stabile è un'associazione tra imprese non temporanea e caratterizzata da un contratto che lega le imprese aderenti nel medio periodo per creare una comune struttura imprenditoriale stabile che opera nel settore degli appalti pubblici con continuità. Ancorché dotato di autonoma organizzazione, qualificazione e soggettività, il consorzio stabile costituisce comunque un ente collettivo che attua una causa mutualistica delle imprese consorziate, tipizzata all'art. 2602 c.c.; si tratta dunque di un ente costituito per realizzare gli scopi di comune interesse delle consorziate. Esso si qualifica in base al cumulo dei requisiti delle consorziate e tale disciplina si giustifica in ragione del patto consortile che si instaura nell'ambito di un'organizzazione stabile. Nell'ambito di tale patto una consorziata può limitarsi a conferire il proprio requisito all'ente cui appartiene ma non partecipare all'esecuzione di un appalto: in questo caso non sussiste per essa alcuna responsabilità verso la Stazione appaltante. Al contrario, sulle consorziate indicate per l'esecuzione dell'appalto gravano gli obblighi dichiarativi sul possesso dei requisiti di ordine generale e l'assunzione della responsabilità in solido con il consorzio stabile nei confronti della Stazione appaltante. Nondimeno, è al consorzio stabile che viene imputata l'esecuzione delle prestazioni contrattuali, poiché è esso che stipula il contratto in nome proprio, sebbene per conto delle consorziate, con la conseguenza che ai fini della verifica dei requisiti di qualificazione, atti a comprovare la capacità tecnica e la solidità generale, il consorzio può cumulare quelli posseduti dalle imprese consorziate e usufruire in proprio. Tale configurazione giuridica giustifica il favor dell'articolo in esame quanto ai requisiti per la partecipazione alle gare". Sulla causa e sulla finalità del consorzio, cfr. R. RIGHI; *Art. 36 Consorzi stabili*, cit., 480 ss. .

dell'interesse dei privati coinvolti nell'azione dell'amministrazione¹².

In tal guisa, l'art. 83 ascrive alle stazioni appaltanti la libertà "di individuare nella legge di gara gli indici di capacità economica più adatti, col solo limite della attinenza e proporzionalità all'oggetto dell'appalto, nella ricerca di un costante bilanciamento con l'interesse pubblico ad avere il più **ampio numero** di potenziali **partecipanti**, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione"¹³.

Si intende, così, preservare tanto il principio del **favor participationis, vincolo che** pervade la materia dei contratti pubblici, imponendo la massima apertura possibile dell'amministrazione al mercato, quanto la dovuta trasparenza amministrativa¹⁴.

Tali finalità, viceversa, verrebbero vanificate qualora – come rileva la sentenza in commento – "in presenza di un nuovo quadro normativo che non offre una compiuta regolamentazione delle modalità di partecipazione alle gare dei consorzi stabili, in quanto destinato a essere integrato da disposizioni di carattere secondario non ancora predisposte e di cui non si è in grado di apprezzare, allo stato, la latitudine, e in vista delle quali ricorre a un periodo transitorio di ultravigenza delle norme anteriori (...) dovesse ritenersi, in assenza di inequivocabili previsioni in tal senso, che, solo per una parte della materia, il nuovo codice abbia previsto il

¹² Cfr. TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 16 gennaio 2017, n. 89, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹³ TAR Friuli-V. Giulia, Trieste, Sez. I, 1 marzo 2017, n. 81, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁴ Sul principio del *favor participationis*, cfr. TAR Puglia, Bari, Sez. I, 23 febbraio 2017, n. 177, in www.giustizia-amministrativa.it.

repentino e generale sovvertimento delle norme previgenti”¹⁵.

Donde, dover interpretare la locuzione contemplata dall’art. 83, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 (*i.e.* <<Fino all’adozione di dette linee guida, si applica l’art. 216, comma 14>>) nel senso della sua applicazione altresì agli appalti di servizi.

EDOARDO GIARDINO

¹⁵ Cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. I quater, n. 1324/2017 cit.