

**Direzione
Legislazione
Opere Pubbliche**

**Principali novità
normative e
giurisprudenziali**

Dal 6 al 10 novembre

Provvedimenti e Atti Normativi

Consorzi stabili: richiesta la qualificazione Soa all'impresa esecutrice

L'indicazione, da parte di un Consorzio stabile, di una consorziata per l'esecuzione di lavori del tutto carente di qualificazione SOA, comporta l'esclusione del Consorzio dalla gara, anche se la qualificazione è posseduta in proprio dallo stesso Consorzio.

È quanto deciso dall'ANAC nell'adunanza del 18 ottobre 2023, con delibera n. 470, a seguito di una istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016, in cui – per una gara bandita ai sensi del d.lgs. 50/2016 – venivano sollevati dubbi sulla legittimità dell'ammissione in gara di tre consorzi stabili, i quali avevano a loro volta designato, come imprese esecutrici, consorziate prive dei requisiti di qualificazione richiesti dalla lettera di invito.

La scelta della Stazione appaltante aveva comportato l'ammissione di un numero di operatori sufficiente a realizzare la condizione minima per l'applicazione del meccanismo di esclusione "automatica" delle offerte anomale, che aveva penalizzato proprio l'offerta dell'operatore economico istante.

- **La ricostruzione dell'ANAC**

L'Autorità, sulla base della documentazione in atti e in assenza di verifiche sulla documentazione di gara trasmessa dai tre consorzi controinteressati, ha anzitutto evidenziato che in quella sede la stessa, non potendosi sostituire alla Stazione appaltante, può solo limitarsi a fornire le coordinate ermeneutiche per orientare le valutazioni di quest'ultima.

Nel merito, la stessa Autorità ha poi ricordato le delibere n. 76 del 22 febbraio 2023 e n. 184 del 3 maggio 2023, con cui la stessa ha affermato il principio secondo cui la designazione, da parte di un consorzio stabile, di una consorziata per l'esecuzione di lavori nella categoria prevalente del tutto carente di qualificazione per eseguire tali prestazioni, comporta l'esclusione del consorzio dalla gara, anche se la qualificazione è posseduta in proprio dal consorzio.

A supporto di tale ricostruzione, l'ANAC ha ricordato la sentenza del 22 agosto 2022, n. 7360, con cui il Consiglio di Stato ha evidenziato che «*il consorzio può, in sede evidenziale, designare, per l'esecuzione del contratto, una o più delle imprese consorziate (che, in tal caso, partecipano direttamente alla gara, concorrendo alla sostanziale formulazione dei tratti, anche soggettivi, dell'offerta ed assumendo, in via solidale, la responsabilità per l'esatta esecuzione ...); e) in tal caso .. è necessario che le imprese designate possiedano e comprovino (con la ribadita salvezza dei, limitati e specifici, casi di qualificazione cumulativa) i requisiti, tecnici e professionali, di partecipazione*».

Pertanto, pur rappresentandosi la sussistenza di un orientamento giurisprudenziale di segno opposto, l'ANAC ritiene che **l'art. 225, comma 13, del Codice appalti, d.lgs. n. 36/2023, non può essere interpretato nel senso che i requisiti di qualificazione SOA devono essere posseduti e comprovati solo dal consorzio stabile**, anche nel caso in cui l'esecuzione dell'appalto sia totalmente affidata ad un'impresa esecutrice.

Infatti, quest'ultima disposizione transitoria del Codice, dando continuità alla regola del cumulo alla rinfusa prevista dall'art. 36 del d.lgs. n. 163/2006, mira a evitare che si crei un vuoto nel sistema con riferimento alle gare medio tempore regolate dal d.lgs. n. 50/2016.

Di contro, secondo l'ANAC, tale disposizione non si occupa del tema qui in discussione in cui il consorzio possiede in proprio la qualificazione, ma indica una impresa esecutrice priva di qualificazione.

Ne consegue che, sempre secondo l'Autorità, che il cd. cumulo alla rinfusa nei consorzi stabili, propriamente inteso, *«va infatti riferito alla possibilità per il **Consorzio stabile, privo in proprio dei requisiti, di qualificarsi per il tramite delle proprie consorziate, sommandone i relativi requisiti, ma non nel senso opposto, cioè di consentire ad una consorziata di qualificarsi ed eseguire l'appalto, essendo totalmente priva di qualificazione nelle categorie richieste per i lavori affidati**».*

- **La decisione dell'ANAC**

Con riferimento al caso specifico, veniva quindi osservato che ove tale principio non fosse stato rispettato dal RUP, in sede di ammissione dei concorrenti, la Stazione appaltante era tenuta a rinnovare la procedura di gara a partire dalla fase di esame della documentazione amministrativa.

Pertanto, considerata l'esclusione dei tre consorzi stabili per i motivi suddetti e, conseguentemente, venuta meno la possibilità di applicare l'esclusione automatica delle offerte, secondo l'ANAC, la Stazione appaltante doveva – mantenendo invariato il calcolo della soglia di anomalia, ai sensi dell'art. 95, comma 15, del d.lgs. n. 50/2016 – procedere alla verifica di congruità nei confronti dell'offerta presentata dall'impresa istante (offerente il maggior ribasso).

Per maggiori dettagli, visitare il portale ANCE [qui](#).

Nuovo Codice appalti: serve aggiornare capitolato d'appalto per lavori successivi al 1° luglio 2023

Anche se per gli incarichi di progettazione formalizzati entro il 30 giugno 2023, i contenuti della progettazione e i livelli devono seguire il d.lgs. 50/2016, ciò **non incide sull'appalto di lavori "a valle" dello stesso progetto**. Infatti, a tutte le gare di appalto bandite dopo il 1° luglio 2023 dovrà essere applicato il nuovo Codice d.lgs. 36/2023.

È quanto rappresentato dal **servizio giuridico del MIT** nel parere n. 2128/2023, riguardo a un quesito volto a comprendere la necessità per le Stazioni appaltanti di aggiornare il capitolato speciale d'appalto (CSA) e lo schema di contratto per l'affidamento di lavori banditi dopo il 1° luglio, ma progettati entro il 30 giugno 2023.

Nella risposta al quesito, il MIT specifica che: se in linea generale il nuovo Codice è divenuto efficace a far data dal 1° luglio 2023, in base al combinato disposto degli articoli 225, comma 9 e 226, comma 2 dello stesso Codice, le **disposizioni dell'articolo 23 del previgente d.lgs. 50/2016 continuano ad applicarsi ai procedimenti in corso**. Per procedimenti in corso si intendono le procedure per le quali è stato formalizzato l'incarico di progettazione alla data in cui il nuovo codice acquista efficacia.

Pertanto, quanto già progettato sulla base del d.lgs. 50/2016 può rimanere invariato, **mentre alla gara di lavori bandita dopo il 1° luglio 2023 deve applicarsi il nuovo Codice d.lgs. n. 36/2023**, ivi incluso l'obbligo di aggiornamento degli elaborati progettuali necessari per l'espletamento della gara (CSA e schema di contratto).

Per maggiori dettagli, visitare il portale ANCE [qui](#).

Focus Giurisprudenza

Consiglio di Stato, sez. IV, 20 aprile 2023, n. 4014

Il Consiglio di Stato si è pronunciato sul principio di proporzionalità, affermando che da questo *"deriva, pertanto, il corollario della cd. "strumentalità delle forme" ad un interesse sostanziale dell'Amministrazione"*, di cui la giurisprudenza amministrativa ha fatto costante applicazione nel contenzioso in materia di appalti pubblici, e che di recente è stato codificato, mediante l'icastica formula del **principio del risultato, dall'art. 1 del nuovo codice degli appalti di cui al decreto legislativo n. 36 del 31 marzo 2023**.

Inoltre, nella fattispecie oggetto della presente controversia, il R.U.P ha individuato i soggetti qualificati mediante una **esplorativa indagine di mercato**, ricercando su Internet (sito Autorità di vigilanza che indica i soggetti in possesso di qualificazione SOA) o in fiere del settore le società che risultavano specializzate nella categoria di lavorazioni oggetto di appalto. Alcune società hanno fatto **richiesta di invito essendo venute a conoscenza dei lavori attraverso la pubblicazione**, promossa dalla stazione appaltante,

dell'avvenuto finanziamento dell'opera sulla stampa locale. Anche sotto tale profilo, la pubblicazione sulla stampa ha di fatto realizzato un'ampia pubblicità dell'appalto, specie in considerazione dell'assenza di forme di pubblicità precostituite nella fonte di regolazione normativa della fattispecie di gara espletata. Pertanto, la libertà di forme che ha caratterizzato la fase della ricerca di mercato "*volta a individuare gli operatori economici in possesso dei necessari requisiti di qualificazione*" **non pare aver provocato effetti distorsivi o di chiusura al mercato**, ma, anzi, aver consentito, secondo un approccio funzionale/sostanzialistico di stampo comunitario, di intercettare i competitori (effettivamente) interessati a partecipare alla procedura.

Per una lettura integrale della sentenza, cliccare [qui](#).

TAR Calabria, 26 ottobre 2023, n. 782

“Nel caso in cui oggetto di avvalimento sia l’attestazione Soa deve ritenersi valido e idoneo allo scopo il contratto di avvalimento che preveda la messa a disposizione da parte dell’impresa ausiliaria di tutti i mezzi, le attrezzature, i macchinari, i beni, i materiali e il personale che hanno consentito il conseguimento della qualificazione Soa che viene prestata. L’oggetto del contratto di avvalimento nei termini indicati deve infatti considerarsi determinato o quanto meno determinabile, in quanto fa riferimento al complesso delle risorse aziendali che hanno consentito l’ottenimento dell’attestazione Soa per una determinata categoria e classifica dei lavori, che è appunto il requisito di qualificazione che l’impresa ausiliaria presta all’impresa principale che ne è carente”.

È quanto affermato dal TAR Calabria, nel ribadire principi in materia di avvalimento rivisti anche alla luce delle novità contenute nella disciplina dell’istituto di cui al nuovo Codice dei contratti.

A rafforzare questa conclusione, secondo i giudici, va evidenziato il rilievo che l’ordinamento attribuisce alla funzione di controllo che deve essere esercitata dal RUP, il quale nella fase di esecuzione dell’appalto **deve verificare che i mezzi e le risorse messe a disposizione dall’impresa ausiliaria siano realmente impiegate nello svolgimento delle relative prestazioni**, così da rendere l’avvalimento effettivo e non meramente formale e astratto.

Per una lettura integrale della sentenza, cliccare [qui](#).