

R. GAROFOLI

# MANUALE di DIRITTO AMMINISTRATIVO

Analisi di Principi generali, Istituti  
e Problematiche dottrinali e giurisprudenziali

X Edizione

**2025**



**Neldiritto  
Editore**

interpretare la disposizione alla luce del fondamentale principio di parità di trattamento, che conduce a ritenere che *"la nuova disciplina del soccorso istruttorio in nessun caso può essere utilizzata per il recupero di requisiti non posseduti al momento fissato dalla lex specialis di gara, quale termine perentorio per la presentazione dell'offerta o della domanda"*.

Quanto alle **carenze e irregolarità**, il vecchio Codice distingueva in particolare tra irregolarità essenziali non sanabili, irregolarità essenziali sanabili e irregolarità non essenziali. Le **irregolarità essenziali non sanabili**, la cui integrazione abilitava la stazione appaltante ad escludere direttamente i concorrenti, erano disciplinate all'art. 83, comma 9, il quale prevedeva espressamente che *"costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa"*. Si riteneva che tale indicazione non avesse portata tassativa. Pertanto, si annoverava in detta categoria di irregolarità anche l'assenza di un essenziale requisito di partecipazione che debba necessariamente essere posseduto al termine per la presentazione delle offerte (veda *Cons. St., Ad. Plen.*, durante la procedura di evidenza pubblica cosicché la p.a. non è tenuta ad adottare l'invito nei confronti dell'operatore economico alla regolarizzazione)

Le **irregolarità essenziali sanabili** invece erano quelle passibili di regolarizzazione secondo il procedimento delineato nell'art. 83, co. 9, d.lgs. n. 50 del 2016. In particolare, si prevedeva che la stazione appaltante dovesse assegnare al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, per rendere, integrare o regolarizzare le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara.

Infine, l'art. 83, comma 9, tratteggiava le c.d. **irregolarità formali** (ossia le irregolarità non essenziali) ricorrenti in caso di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali al ricorrere delle quali *"la stazione appaltante ne richiede comunque la regolarizzazione con la procedura di cui al periodo precedente, ma non applica alcuna sanzione"*: pertanto, in caso di omessa integrazione della documentazione mancante, il concorrente sarebbe stato escluso.

◆ XIII. GIURISPRUDENZA

**SOCCORSO "INTEGRATIVO" E SOCCORSO "SANANTE"**

Il "soccorso integrativo" (art. 101, comma 1, lett. A del codice) "mira, in termini essenzialmente quantitativi, al recupero di carenze della c.d. Documentazione amministrativa necessaria alla partecipazione alla gara", mentre il "soccorso sanante" (art. 101, comma 1, lett. b) del codice) "consente, in termini qualitativi, di rimediare ad omissioni, inesattezze od irregolarità della documentazione amministrativa" (cfr. *Cons. St., Sez. V, 21 agosto 2023, n. 7870*).

Mentre il richiamo al "soccorso integrativo" appare del tutto inconfidente, non discorrendosi, con riferimento all'omessa dichiarazione di subappalto necessario, della possibilità di produrre ex post un documento comunque formato in data certa anteriore alla scadenza del termine di presentazione della domanda, il "soccorso sanante" incontra pur sempre il limite dell'impossibilità di emendare carenze "atte a strutturare i termini dell'offerta, con riguardo alla capacità economica, tecnica e professionale richiesta per l'esecuzione delle prestazioni messe a gara" (*Cons. St., Sez. V, n. 7870 cit.*), tra le quali vanno senz'altro ricompresi (compendiandoli) anche i profili attinenti alla qualificazione dell'operatore economico, alla stregua dell'art. 100, comma 4 del codice, sede naturale cui ricondurre l'ubi consistam del subappalto necessario (**T.a.r. Lazio, Roma, Sez. IV ter, 3 gennaio 2025, n. 90**)

**13.2. | Partecipazione in forma associata alla gara: i raggruppamenti (e le associazioni) temporanei di impresa.**

In un'ottica di massima apertura alla partecipazione, l'ordinamento, già con il Codice del D.lgs 50/2016 (art. 48) ha consentito la **partecipazione associata alla gara**, riconoscendo

### 13.3. | I consorzi ordinari e i consorzi stabili. Le novità del D.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209 (c.d. Correttivo Contratti Pubblici)

La disciplina prevista per la qualificazione delle ATI si applica anche ai **consorzi ordinari**, ammessi a partecipare alle gare di appalto, oggi anche di servizi e forniture; gli stessi si distinguono dal RTI in quanto forniti di **autonoma soggettività giuridica**, oltre che per la **rilevanza esterna dell'organizzazione consortile**.

Diversa disciplina è prevista per i **consorzi stabili** caratterizzati da una struttura d'impresa comune, rispondente a determinati requisiti legislativi. Mentre il **consorzio ordinario** è di regola costituito per la partecipazione alla gara e lo svolgimento di un singolo appalto, il consorzio stabile è per natura destinato a svolgere una serie di attività permanenti nel tempo, certamente ultrattive rispetto alla singola vicenda.

I consorzi, in quanto muniti di una propria soggettività giuridica, devono possedere e documentare **in proprio i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria**. È principio giurisprudenziale consolidato, peraltro, che gli stessi requisiti debbano essere posseduti e documentati non solo dal consorzio in quanto tale, ma anche dalle singole imprese consorziate eventualmente designate quali esecutrici dei lavori o dei servizi.

Sul punto, *Cons. St., sez. III, 16 aprile 2019, n. 2493*, ha precisato che la natura di consorzio stabile di un concorrente ad una gara pubblica deve essere accertata sulla scorta di una ricostruzione sostanzialistica dei suoi tratti identificativi, ovvero: i) il requisito numerico (“*formati da non meno di tre consorziati*”); ii) il requisito temporale (“*per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni*”); iii) il requisito teleologico (“*abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*”); e iv) il requisito strutturale (“*istituendo a tal fine una comune struttura di impresa*”).

Con l'avvento del **nuovo Codice del 2023** è rimasta la distinzione tra **consorzi ordinari** e **consorzi non necessari**, cui è dedicato l'art. 67 del **nuovo Codice del 2023**; tra i primi, per cui valgono le medesime regole valevoli per i RTI, rientrano: i “**consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422 e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577**” (lett. b); i “**consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443**” (lett. c); i “**consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro (...)**” (lett. d). Ad essi si aggiungono i consorzi stabili costituiti per affidamenti dei servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura. Sarà un (emanando) regolamento di attuazione a disciplinare specificatamente i requisiti di capacità tecnica e finanziaria dei consorzi predetti occorrenti ai fini dell'ammissione alle procedure di affidamento di contratti pubblici (co. 1), il quale andrà ad integrare quanto già indicato oggi nell'**Allegato II.12**.

Quanto alle caratteristiche dei **consorzi stabili**, contenute nel nuovo art. 67, esse sono frutto dell'elaborazione giurisprudenziale raggiunta in materia, che ha rimarcato la natura durevole del rapporto sotteso alla “**comune struttura d'impresa**” raggiunta con i consorzi, che sono a tutti gli effetti un nuovo e peculiare soggetto giuridico, rispondendo alla seguente descrizione (di): “*operatori economici dotati di autonoma personalità giuridica, costituiti in forma collettiva e con causa mutualistica, che operano in base a uno S. rapporto organico con le imprese associate, il quale si può giovare, senza necessità di ricorrere all'avvalimento, dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse,*

secondo il criterio del '*cumulo alla rinfusa*' (cfr. *Cons. Stato, sez. V, 2 febbraio 2021, n. 964*). Altra importante novità, contenuta nel co. 3 dell'art. 67, sta nella disposta necessità che i suddetti requisiti generali prescritti ai fini dell'affidamento siano **attestati**, oltre che dal consorzio stabile, **anche dalle consorziate esecutrici** indicate in gara e **dalle esecutrici che prestano i requisiti**, così recependo quanto evidenziato dalla giurisprudenza in materia, in analogia con quanto è disposto per l'avvalimento.

L'articolo 67 del Codice è oggetto di profonde modifiche da parte del **Decreto correttivo** al fine di superare i contrasti interpretativi sorti in ordine alla dimostrazione dei requisiti di partecipazione, con particolare riguardo alla dibattuta questione del **cumulo alla rinfusa**, quale criterio per il possesso e la comprova dei requisiti di ammissione alle procedure di affidamento per i consorzi stabili.

Secondo la relazione di accompagnamento, le modifiche mirano a risolvere queste criticità, recependo la giurisprudenza prevalente e le indicazioni dell'ANAC. Nel dettaglio, si prevede che i **consorzi stabili** possano utilizzare i requisiti maturati dalle singole consorziate, esecutrici e non, per partecipare alle procedure di affidamento e ottenere l'attestazione di qualificazione, precisando, tuttavia, che il possesso dei requisiti attraverso un'impresa non designata per l'esecuzione deve essere "procedimentalizzato" e comprovato tramite il ricorso all'istituto dell'avvalimento (comma 1). In particolare, il comma 1 viene integralmente sostituito, con conseguente abrogazione del comma 2, prevedendo che i **requisiti di capacità tecnica e finanziaria** per l'ammissione alle procedure di affidamento dei consorzi di cui agli articoli 65, comma 2, lettere b), c) e d), e 66, comma 1, lettera g), siano disciplinati dall'allegato II.12, fermo restando che per i consorzi di cui all'articolo 65, comma 2, lettera d):

- a) per gli appalti di servizi e forniture, i requisiti sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate;
- b) per gli appalti di lavori che il consorzio esegua esclusivamente con la propria struttura, senza designare le imprese esecutrici, i requisiti posseduti in proprio sono computati cumulativamente con quelli posseduti dalle imprese consorziate;
- c) per gli appalti di lavori che il consorzio esegua tramite le consorziate indicate in sede di gara, i requisiti sono posseduti e comprovati da queste ultime in proprio, ovvero mediante avvalimento ai sensi dell'articolo 104.

#### ◆ XV. GIURISPRUDENZA

##### **MODIFICHE SOGGETTIVE NEL CONSORZIO STABILE**

*Cons. St., Ad. Plen. 18 marzo 2021, n. 5* si è espresso sul regime giuridico applicabile al consorzio stabile in caso di perdita dei requisiti da parte della consorziata non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori e dalla quale il consorzio ripeta la qualificazione. La Plenaria ha affermato il principio di diritto secondo cui la consorziata, in ragione della sua natura, è equiparabile all'impresa ausiliaria nell'avvalimento ed è, pertanto, sostituibile. Trova applicazione nella fattispecie l'art. 89, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016, che impone all'operatore economico di "sostituire" i soggetti di cui si avvale "che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione".

CARATTERI DEL consorzio stabile

*Cons. Stato Sez. III, 07 gennaio 2022, n. 46* si è pronunciato sulle differenze tra il consorzio ordinario (con attività esterna) e il consorzio stabile; il primo "è un soggetto con identità plurisoggettiva, a differenza del consorzio stabile ex art. 45, comma 2, lett. c), d.lg. n. 50 del 2016, in cui i singoli imprenditori istituiscono una comune struttura di impresa collettiva stabile, la quale,