



AUTORITÀ
NAZIONALE
ANTICORRUZIONE

Il Presidente

Comune di Malnate
c.a. Segretario Comunale
Piazza Vittorio Veneto, 2
21046-Malnate (VA)

Pec.: comune.malnate@legalmail.it

Consorzio Imprenditori Edili CME soc. coop.
c.a. Presidente
pec.: cmeconsorzio@legalmail.it

Oggetto

Lavori di riqualificazione urbana mediante conversione in rotatoria di Piazza Vittorio Veneto, integrata da interventi riguardanti rete ciclopeditone – consorzio ex art. 65, comma 1, lett. c) d.lgs. 36/2023 – richiesta di parere.

UPREC-CONS-120-2024

FUNZ CONS 47/2024

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 27 giugno 2024, acquisita al prot. Aut. n. 73584 e facendo seguito a quanto comunicato con nota prot. n. 83154 del 23 luglio 2024, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 18 settembre 2024, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 269/2023. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti.

Con il quesito proposto si chiede all'Autorità di esprimere avviso (i) in ordine alla possibilità di procedere, in corso di esecuzione del contratto d'appalto, alla sostituzione della consorziata designata come esecutrice dal consorzio aggiudicatario (consorzio di imprese artigiane ex art. 65, comma 1, lett. c) del d.lgs. 36/2023), senza che la stessa abbia perso i requisiti generali e speciali di partecipazione alla gara, alla luce delle previsioni dell'art. 68, commi 17 e 18 e dell'art. 97, commi 2 e 3 del Codice; (ii) in ordine alla possibilità – sulla base delle stesse norme – di aggiungere una consorziata esecutrice, ulteriore e diversa rispetto a quella già designata in gara (in possesso dei prescritti requisiti); (iii) in ordine alla riconducibilità delle modifiche indicate, alla fattispecie della modifica soggettiva dell'esecutore, secondo le previsioni dell'art. 120, comma 1, lett. d) del Codice.

Al fine di esprimere avviso sulle questioni poste, sembra utile premettere che con riguardo al previgente assetto normativo di settore recato dal d.lgs. 50/2016, la questione della sostituzione della consorziata indicata come esecutrice da parte di un consorzio tra imprese artigiane, è stata affrontata dall'Autorità nel parere di precontenzioso n. 145 del 20 marzo 2024, nel quale – ricostruito il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento – è stato osservato quanto segue:

- in primo luogo, è stata evidenziata l'assimilazione tra i consorzi tra imprese artigiane e i consorzi stabili, risultando peraltro espressamente normata l'ipotesi di sostituzione della

consorzio esecutrice dell'art. 48, co. 7 bis, del d.lgs. n. 50/2016, dove vengono parificate le forme consortili di cui all'art. 45, co. 2 lett. b) e lett. c);

- In secondo luogo, sulla base del prevalente orientamento giurisprudenziale in materia, è stata sottolineata la natura del consorzio stabile, nel quale i partecipanti danno vita ad una stabile struttura di impresa collettiva che, oltre a presentare una propria soggettività giuridica con autonomia anche patrimoniale, rimane distinta e autonoma rispetto alle aziende dei singoli imprenditori ed è strutturata, quale azienda consortile, per eseguire, anche in proprio (ossia senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate), le prestazioni affidate a mezzo del contratto;
- Sulla base dell'avviso espresso dall'Adunanza Plenaria con sentenza n. 2/2022, è stato quindi valorizzato il rapporto contrattuale intercorrente tra stazione appaltante e consorzio stabile osservando che tanto durante lo svolgimento della procedura di gara, quanto durante l'esecuzione del contratto, l'unica controparte della stazione appaltante è il consorzio stabile nel suo complesso, nell'ambito del quale, a differenza delle unioni temporanee di imprese, i rapporti con le imprese consorziate e le imprese esecutrici si risolvono in rapporti interorganici, che non hanno alcuna rilevanza all'esterno nei confronti della stazione appaltante.
- Inoltre, è stato richiamato l'orientamento giurisprudenziale (cfr. ex multis Cons. Stato sez. IV, n. 5563 del 2021; Cons. Stato V, 11 novembre 2022, n. 9923; Adunanza Plenaria con la sentenza n. 2/2022) secondo il quale i commi 17, 18 e 19-ter dell'art. 48 consentono esclusivamente la modificazione "in diminuzione" del raggruppamento temporaneo di imprese, e non anche quella c.d. "per addizione", che si verificherebbe con l'introduzione nella compagine di un soggetto ad essa esterno. È chiaro che la modifica sostitutiva c.d. per addizione costituisce ex se una deroga non consentita al principio della concorrenza perché ammette ad eseguire la prestazione un soggetto che non ha preso parte alla gara secondo regole di correttezza e trasparenza, in violazione di quanto prevede attualmente l'art. 106, comma 1, lett. d), n. 2, del d. lgs. n. 50 del 2016, più in generale, per la sostituzione dell'iniziale aggiudicatario". Tali rilievi, tuttavia, devono ritenersi misurati sulle realtà degli RTI e dei consorzi ordinari ove la singola raggruppata/consorzata concorre, attraverso i propri requisiti, alla comprova del possesso dei requisiti richiesti nella specifica procedura. Quindi l'inammissibilità di una sostituzione in addizione è volta a garantire, per un verso, che il raggruppamento/consorzio mantenga ininterrottamente i requisiti di partecipazione di ordine speciale richiesti dalla lex specialis e, dall'altro, ad evitare la violazione del principio della par condicio competitorum. Entrambi i suddetti rischi non si corrono invece nel caso del consorzio stabile/consorzio di imprese artigiane, perché, ..., questi costituiscono un soggetto giuridico autonomo e distinto dalle consorziate: tanto è dimostrato dal costante orientamento (ex multis Cons. Stato, Sez. V, 9/10/2020, n. 6008) per cui i requisiti speciali vanno verificati in capo al consorzio stabile, mentre quelli di ordine generale in capo alle esecutrici, oltre che al Consorzio (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8, (...)); Cons. Stato, V, 25 marzo 2021, n. 2532). [...] Se la sostituzione è ammessa per la perdita dei requisiti in corso di gara nei rapporti tra imprese solo temporaneamente raggruppate, sarebbe irragionevole un'interpretazione che non consentisse la sostituzione 'interna' al consorzio stabile, in ragione della particolare natura del rapporto che lega quest'ultimo alle imprese consorziate e che addirittura permette l'assunzione in capo allo stesso consorzio delle prestazioni della consorzata designata che venga esclusa dalla gara (Cons.di Stato, 24 gennaio 2023, n. 779).
- Sulla base di tali caratteristiche del consorzio stabile/consorzio tra imprese artigiane, è stato quindi osservato che ai sensi dell'art. 48, co. 7 bis, è consentito, per le ragioni indicate ai

successivi commi 17, 18 e 19 o per fatti 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. Più precisamente la sostituzione della consorziata esecutrice può avvenire nel caso in cui l'impresa originariamente designata, alla scadenza dei termini per la presentazione delle offerte, risulti in possesso dei requisiti di ordine generale, il Consorzio, nel frattempo, abbia sempre mantenuto la continuità del possesso dei requisiti di ordine speciale (oltre che generale) ed infine che la nuova impresa designata sia in possesso dei requisiti di ordine generale.

A simili conclusioni può pervenirsi anche sulla base delle disposizioni introdotte in materia dal nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 36/2023.

Si osserva infatti che, ai sensi dell'art. 65, comma 2, lett. c) del d.lgs. 36/2023, i consorzi fra imprese artigiane sono inclusi nel novero degli operatori economici ammessi a partecipare alle gare d'appalto. L'art. 67, comma 1, rinvia al regolamento di cui all'art. 100, comma 4, per la disciplina dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria necessari che devono possedere i consorzi per imprese artigiane e i consorzi stabili, mentre il comma 3 prescrive che per gli operatori di cui agli articoli 65, comma 2, lettere c) e d) e 66, comma 1, lettera g), i requisiti generali di cui agli articoli 94 e 95 sono posseduti sia dalle consorziate esecutrici che dalle consorziate che prestano i requisiti. Infine il comma 4 dell'art. 67, stabilisce che «I consorzi stabili di cui agli articoli 65, comma 2, lettera d), e 66, comma 1, lettera g), eseguono le prestazioni o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante. L'affidamento delle prestazioni da parte dei soggetti di cui all'articolo 65, comma 2, lettere b) e c), ai propri consorziati non costituisce subappalto. I consorzi, di cui agli articoli 65, comma 2, lettera d) e 66, comma 1, lettera g), indicano in sede di offerta per quali consorziati il consorzio concorre (...)».

La Relazione del Codice, con riguardo alle previsioni dell'art. 67, sottolinea che «L'assimilazione dei consorzi fra imprese artigiane ai consorzi stabili si basa sulla giurisprudenza (Consiglio di Stato n. 7155 del 2021, punti 1.4.2.1. e 1.4.2.3, dove viene richiamata la pronuncia dell'Adunanza plenaria n. 5 del 2021), oltre che sul parere ANAC n. 192 del 2008». Il nuovo Codice conferma, quindi, l'assimilazione delle due figure consortili sopra indicate.

Quanto alle possibili modifiche del consorziato esecutore, deve richiamarsi l'art. 68 del Codice (dedicato ai RTI e consorzi ordinari) il quale dispone al comma 18 che «Le previsioni di cui al comma 17 trovano applicazione anche con riferimento ai soggetti di cui all'articolo 65, comma 2, lettere b), c), d) e f)», con ciò ammettendo anche per i consorzi tra imprese artigiane e per i consorzi stabili, il recesso del consorziato nei limiti previsti dalla norma.

A sua volta, l'art. 97 del d.lgs. n. 36/2023 in tema di cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti, espressamente applicabile anche ai consorzi fra imprese artigiane e ai consorzi stabili limitatamente alle consorziate esecutrici (comma 3), ammette che il partecipante interessato da una causa di esclusione o dal venir meno di un requisito di qualificazione possa essere sostituito con altro soggetto munito dei necessari requisiti, fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata, purché tale misura sia tempestiva e sia ritenuta sufficiente dalla stazione appaltante.

La Relazione al nuovo Codice specifica al riguardo che «La facoltà di sostituire o estromettere l'operatore è stata riconosciuta per le cause escludenti che si verificano in corso di gara e per le cause che si verificano in precedenza, per le quali l'offerente abbia comprovato l'impossibilità di farvi

fronte prima della presentazione dell'offerta, consentendo di contemperare il principio di *par condicio* con la pretesa del candidato di partecipare alla gara, sacrificando la posizione di colui che non ha posto rimedio per tempo alla causa (pur potendolo fare), a favore della parità di trattamento con gli altri offerenti che si sono adoperati per presentare un'offerta ammissibile e della velocità della procedura. [...] A fronte dell'onere dell'operatore economico di comunicare tempestivamente il verificarsi della causa di esclusione e delle misure adottate (o dell'intenzione di adottarle se sono venute meno in corso di gara o prima e l'operatore economico ha comprovato l'impossibilità di porvi rimedio per tempo) è stato ribadito che la intempestività della adozione delle misure comporta l'esclusione. [...] Si è altresì ritenuto di estendere l'istituto alle consorziate designate all'esecuzione da parte del consorzio stabile. Il consorzio stabile, infatti, costituisce una stabile struttura di impresa collettiva, che presenta una propria soggettività giuridica con autonomia anche patrimoniale, distinta e autonoma rispetto alle aziende dei singoli imprenditori (Ad. plen. 18 marzo 2021 n. 5) [...]. Si è quindi ritenuto un approdo equilibrato quello di consentire la sostituzione della consorziata esecutrice escludendo con altro soggetto in possesso dei necessari requisiti, in modo da assicurare la permanenza in gara di detti tipi di consorzi superando la regola dell'immodificabilità (soggettiva) dell'offerta».

Alla luce di quanto sopra evidenziato, come recentemente osservato dall'Autorità (parere Funz Cons 46/2023) si ritiene di dover valorizzare, anche nell'attuale assetto normativo di settore recato dal d.lgs. 36/2023, i principi derivanti dall'elaborazione giurisprudenziale volti a sottolineare la soggettività individuale del consorzio stabile/consorzio tra imprese artigiane e quindi della sua personalità giuridica autonoma, che esprime una realtà imprenditoriale distinta rispetto a quella dei singoli consorziati, una dimensione organizzativa propria e un'autonoma struttura a rilevanza esterna (T.A.R. Lazio, 17 giugno 2024, n. 12296 che richiama Cons. Stato Sez. V, 7 novembre 2022 n. 9752 e Ad. Plen. 2/2022). In tali compagini l'atto di assegnazione con cui viene attribuito l'incarico alla consorziata designata si configura quale atto unilaterale, che può essere revocato senza mutare la natura del consorzio partecipante alla gara (parere cit.).

Pertanto, se è ammessa dal d.lgs. 36/2023, la sostituzione dell'impresa che ha perso i requisiti senza che ciò vada a pregiudicare la struttura originaria del consorzio che ha partecipato alla gara, in quanto autonomo soggetto di diritto, dotato di distinta qualificazione, non si ritiene di poter negare la possibilità di una sostituzione della consorziata esecutrice dovuta a scelte organizzative, purché comunicata tempestivamente alla stazione appaltante e subordinata al controllo dei requisiti nei termini sopra esposti, e cioè che l'impresa originariamente designata, alla scadenza dei termini per la presentazione delle offerte, risulti in possesso dei requisiti di ordine generale, il Consorzio abbia sempre mantenuto la continuità del possesso dei requisiti di ordine speciale, oltre che generale, e che la nuova impresa designata sia in possesso dei requisiti di ordine generale, fatta salva, inoltre, l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata.

Si ritiene, in sostanza, che se il d.lgs. 36/2023 ammette espressamente la possibilità di sostituzione della consorziata esecutrice nei casi di perdita di un requisito di carattere generale, nei termini sopra indicati, apparirebbe quanto meno contraddittorio e non proporzionato negare la possibilità di sostituzione per ragioni organizzative e imprenditoriali interne al consorzio stabile (parere Funz Cons 46/2024 cit.).

Sulla base delle stesse motivazioni si ritiene di poter ritenere ammissibile, per ragioni organizzative e imprenditoriali del consorzio, l'indicazione in sede di esecuzione, di una ulteriore consorziata esecutrice, nel rispetto alle medesime condizioni e limiti sopra indicati.

Pertanto, in risposta ai quesiti formulati da codesta stazione appaltante, valgono le considerazioni sopra espresse in ordine alle disposizioni dettate dal d.lgs. 36/2023, in tema di

modifica delle compagini consortili, con l'ulteriore e ultima considerazione per cui è evidentemente distinto, da quello esaminato, il caso della modifica del soggetto esecutore contemplata dall'art. 120 del Codice.

La norma, infatti, è volta a disciplinare la distinta fattispecie della sostituzione di un "nuovo contraente" all'aggiudicatario a causa di una delle seguenti circostanze: 1) le modifiche soggettive implicanti la sostituzione del contraente originario sono previste in clausole chiare, precise e inequivocabili dei documenti di gara; 2) all'aggiudicatario succede, per causa di morte o insolvenza o a seguito di ristrutturazioni societarie, che comportino successione nei rapporti pendenti, un altro operatore economico che soddisfi gli iniziali criteri di selezione, purché ciò non implichi ulteriori modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del codice, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 124; 3) nel caso in cui la stazione appaltante assume gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori».

Si tratta, come è evidente, della fattispecie relativa alla sostituzione all'aggiudicatario iniziale di un nuovo contraente, quale ipotesi che non ricorre nel caso della sostituzione del consorziato esecutore, nel quale il consorzio è confermato come soggetto aggiudicatario, titolare del rapporto contrattuale con la stazione appaltante, nei termini indicati.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette, pertanto, a codesta stazione appaltante ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia