

# DELIBERA N. 989

18 novembre 2020

## Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla società Eurocostruzioni Group Soc. Coop – Intervento di adeguamento strutturale e antisismico degli edifici scolastici in applicazione del DPCM 8.7.2014- Edificio Scuola Materna Via Croci – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro 278.153,85 – S.A.: Comune di Dipignano.

**PREC 218/2020/L**

## Riferimenti normativi

*Art. 45, comma 2, lett. c) e art. 48 del d.lgs. n. 50/2016*

*Art. 95, comma 1 del d.lgs. n. 159/2011*

## Parole chiave

Consorzi stabili – Consorziata esecutrice dei lavori – Interdittiva antimafia a carico del Consorzio stabile – Sostituzione della consorzziata esecutrice nella titolarità del contratto d'appalto

## Massima

**Consorzi Stabili - Consorziata esecutrice dei lavori - Interdittiva antimafia a carico del Consorzio stabile dopo l'aggiudicazione – Richiesta della consorzziata esecutrice di affidamento diretto dei lavori – Limiti all'operatività del c.d. cumulo alla rinfusa – Possesso della richiesta attestazione SOA da parte della consorzziata – Condizione necessaria per acquisire la titolarità del contratto d'appalto – Presupposti per la sostituzione del Consorzio stabile colpito da interdittiva antimafia**

L'assenza *ab origine* dell'attestazione SOA per la specifica categoria e classifica richieste per l'esecuzione dei lavori oggetto di affidamento non consente alla società consorzziata di sostituirsi al Consorzio stabile, originariamente aggiudicatario, ma successivamente colpito da interdittiva antimafia, quale parte del contratto di appalto e quindi di assumere in proprio l'esecuzione dello stesso stante i limiti posti dalla



disciplina normativa vigente in materia, che, essendo derogatoria rispetto al principio generale dell'immodificabilità soggettiva dei partecipanti, non può che essere di stretta interpretazione e dunque ammettersi nei soli casi tassativi espressamente previsti.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 18 novembre 2020

## DELIBERA

**VISTE** le istanze acquisite al prot. ANAC nn. 0078063 e 0078071 del 21.10.2020, con le quali la società Eurocostruzioni Group Soc. Coop chiede all'Autorità parere in ordine alla legittimità della decisione della Stazione appaltante di non accogliere la proposta, effettuata in qualità di consorziata designata quale esecutrice dei lavori in oggetto, circa la prosecuzione del rapporto d'appalto ai sensi e per gli effetti dell'art. 48, comma 19-bis del d.lgs. n. 50/16;

**CONSIDERATO**, più specificamente, il susseguirsi dei fatti come di seguito riassunti:

- l'appalto, in data 23.12.2019, veniva aggiudicato definitivamente alla Octopus Consorzio Stabile S.C.A R.L., la quale aveva indicato l'odierna istante quale consorziata esecutrice della commessa;
- in data 1.4.2020 la Prefettura di Cosenza trasmetteva alla Stazione appaltante informativa antimafia, ai sensi dell'art. 84 del d.lgs. 159/2011, nei riguardi dell'Octopus Consorzio Stabile Scarl;
- per tale motivo la Stazione appaltante, con determina n. 120 del 6.4.2020, procedeva a revocare l'aggiudicazione definitiva;
- a seguito della sentenza del TAR Calabria n. 594/2020, di accoglimento del ricorso dell'Octopus Consorzio Stabile Scarl proposto avverso l'informativa antimafia, l'Amministrazione precedente annullava, con determina n. 160 dell'11.05.2020, la menzionata determina di revoca dell'aggiudicazione definitiva;
- tuttavia, successivamente interveniva Ordinanza del Consiglio di Stato n. 3533 del 15.6.2020 di sospensione cautelare della menzionata sentenza del TAR Calabria, su ricorso in appello proposto dalla Prefettura, con l'effetto di ripristinare – fino alla decisione del merito – l'efficacia della interdittiva antimafia emessa nei confronti del nominato Consorzio Octopus;
- con istanza del 30.7.2020, a firma congiunta dell'Octopus Consorzio Stabile Scarl e della consorziata Eurocostruzioni Group, Soc. Cooperativa srl, già indicata in sede di gara quale impresa esecutrice dei lavori, quest'ultima chiedeva, ai sensi dell'art. 48, commi 17 e 19 bis, d.lgs n. 50/2016, di subentrare nella procedura in luogo dell'Octopus Consorzio Stabile Scarl, al fine di proseguire in proprio il contratto d'appalto;
- in esito ad apposita istruttoria, con determina n. 215 del 15.10.2020, oggetto di richiesta di parere precontenzioso, la Stazione appaltante ha disposto la revoca dell'aggiudicazione in favore del predetto Consorzio stabile, con esclusione dell'operatore economico dalla procedura di gara e conseguente approvazione di nuova graduatoria e scorrimento della stessa a beneficio della società Cantieri Italia s.r.l.;

**VISTO** l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 28.10.2020;

**VISTA** la documentazione in atti e le memorie delle parti;

**CONSIDERATO** che l'art. 48, comma 17 del Codice stabilisce che «*Salvo quanto previsto dall'articolo 110, comma 5, in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata,*



*amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione del mandatario ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante deve recedere dal contratto» e che a norma del seguente comma 19-bis «Le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche con riferimento ai soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b), c) ed e)»;*

**CONSIDERATO** che a norma dell'art. 47, comma 2 «I consorzi stabili di cui agli articoli 45, comma 2, lettera c), e 46, comma 1, lettera f) 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 degli stessi nei confronti della stazione appaltante. Per i lavori, ai fini della qualificazione di cui all'articolo 84, con il regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies sono stabiliti i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni»;

**RILEVATO** che il modulo associativo del "consorzio stabile", già delineato dall'art. 36 del d.lgs. n. 163/2006 e attualmente disciplinato dall'art. 45, comma 2, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016 dà vita ad un soggetto giuridico autonomo, costituito in forma collettiva e con causa mutualistica, che opera in base ad uno stabile rapporto organico con le imprese associate. In forza di tale rapporto, sia nel previgente che nell'attuale quadro normativo, è previsto che detto Consorzio possa giovare, senza dover ricorrere all'avvalimento, degli stessi requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse, secondo il criterio del c.d. "cumulo alla rinfusa" (art. 36, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006 ancora applicabile in forza della previsione contenuta nel combinato disposto dell'art. 216, comma 14 del d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 81 del dPR n. 207/2010) cosicché il medesimo può scegliere di provare il possesso dei requisiti medesimi con attribuzioni proprie e dirette oppure con quelle dei consorziati;

**CONSIDERATO** che nel caso in esame la società istante, designata quale esecutrice dell'appalto, avrebbe potuto eseguire i lavori oggetto di affidamento proprio in forza del criterio del cumulo alla rinfusa in quanto essendo priva – secondo quanto emerge dalla documentazione acquisita al fascicolo istruttorio e per ammissione della stessa società istante – dei requisiti di ordine speciale richiesti dal bando di gara, e in particolare di idonea qualificazione SOA, avrebbe potuto usufruire del "prestito" dei requisiti evidentemente posseduti in proprio (o come somma dei requisiti posseduti da tutti gli altri consorziati) dal Consorzio aggiudicatario;

**PRECISATO** che il consorzio stabile stipula il contratto in nome proprio – anche se per conto delle consorziate alle quali affida i lavori – sicché, in dipendenza di tale circostanza, l'attività compiuta dall'impresa consorziata si imputa al consorzio, qualificandosi questo come soggetto giuridico autonomo che opera in base ad uno stabile rapporto organico con le imprese che ne fanno parte e che, conseguentemente, è il consorzio e non il singolo consorziato l'interlocutore contrattuale della stazione appaltante ed unico soggetto responsabile nei confronti di quest'ultima dell'esecuzione dell'appalto, anche quando esegue le prestazioni non in proprio ma avvalendosi delle imprese consorziate (Cons. di Stato, n. 1112 del 22 febbraio 2018);

**RILEVATO**, pertanto, che nel caso in cui il consorzio designi una consorziata quale impresa esecutrice, tale designazione è un atto meramente interno al consorzio, che non vale ad instaurare un rapporto contrattuale tra la consorziata e la stazione appaltante;



**RITENUTO**, tutto ciò premesso, che l'assenza *ab origine* della prescritta SOA per la specifica categoria e classifica non consente alla società odierna istante di sostituirsi al Consorzio aggiudicatario quale parte del contratto di appalto e quindi di assumere in proprio l'esecuzione dello stesso stante i limiti posti dalla disciplina normativa vigente in materia, che, essendo derogatoria rispetto al principio generale dell'immodificabilità soggettiva dei partecipanti, non può che essere di stretta interpretazione e dunque ammettersi nei soli casi tassativi espressamente previsti.

**RITENUTO** che le controdeduzioni sul punto dell'istante, secondo cui *«Eurocostruzioni Group, all'epoca della partecipazione alla gara, non aveva obbligo di possedere il suddetto requisito»*, non rivestono alcun pregio giuridico, atteso che se da un lato è vero che la forma associativa del consorzio stabile consente – come detto – di individuare come esecutore dell'appalto uno o più consorziati che siano privi, in proprio, delle qualificazioni SOA necessarie per l'esecuzione, dall'altro lato la legge prescrive, e non potrebbe essere diversamente, considerate le norme e i principi generali che governano la materia degli appalti pubblici, che la postulata "sostituzione" nella titolarità del rapporto contrattuale possa avvenire *«purché [l'operatore economico sostituto] abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire»*, condizione che, nel caso di specie, pare non potersi rinvenire in capo alla consorziata istante;

**CONSIDERATO** quanto da ultimo chiarito dal Consiglio di Stato sull'argomento in esame, secondo il quale *«...la giurisprudenza ha avuto cura di precisare sia che il recesso dell'impresa componente di un raggruppamento nel corso della procedura di gara non vale a sanare ex post una situazione di preclusione all'ammissione alla procedura sussistente al momento dell'offerta per cause di esclusione riguardanti il soggetto recedente, pena la violazione della par condicio tra i concorrenti; sia che soluzione del recesso può essere seguita purché la modifica della compagine soggettiva in senso riduttivo avvenga per esigenze organizzative proprie dell'a.t.i. o consorzio, e non invece per eludere la legge di gara e, in particolare, per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente dell'a.t.i. che viene meno per effetto dell'operazione riduttiva. La combinazione di queste due precisazioni ha portato ad escludere qualsivoglia possibilità di modificazione soggettiva del consorzio ogniqualevolta risulti che la consorziata indicata come esecutrice non avesse i requisiti di partecipazione già alla data di presentazione della domanda, ponendosi invece il problema dell'accertamento della finalità elusiva dell'esclusione soltanto quando il soggetto estromesso abbia perduto medio tempore i requisiti di partecipazione»* (così in termini Cons. Stato, V, n. 2849/2020 citato da Cons. Stato, V, 21.09.2020 n. 5496 );

**RITENUTO** che, stante quanto sopra, appare irrilevante ogni altra contestazione e corrispettiva controdeduzione delle parti ai fini delle conclusioni del presente parere,

Il Consiglio

ritiene che l'operato della Stazione appaltante sia conforme alle disposizioni normative vigenti in materia di consorzi stabili e interdittive antimafia e quindi legittima la revoca dell'affidamento al Consorzio stabile Octopus, nonché il rigetto dell'istanza di sostituzione nell'esecuzione dell'appalto avanzata dalla società consorziata Eurocostruzioni Group Soc. Coop.



Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 26 novembre 2020

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

( *firmato digitalmente* )