



.....OMISSIS.....

.....OMISSIS.....

.....OMISSIS.....

Oggetto

Procedura negoziata, senza bando, ai sensi dell'art. 50, co. 1 lett. c) del d.lgs. n. 36/2023 per l'affidamento del contratto dei lavori denominati "Manutenzione straordinaria delle pavimentazioni e del corpo stradale lungo la strada provincialeOMISSIS....." - artt. 67, 68 e 97 del d.lgs. 36/2023 - richiesta di parere.

FUNZ CONS 46/2024

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 4 giugno 2024, acquisita al prot. Aut. n. 63061 e trattata, a seguito di archiviazione della precedente istanza di precontenzioso, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva di cui alla delibera n. 297 del 17 giugno 2024, 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. Allo stesso modo, esula dalla sfera di competenza dell'Autorità fornire alle stazioni appaltanti l'interpretazione autentica degli atti di gara (e contrattuali) dalle stesse predisposti (in tal senso parere AG 9/2017/AP e parere Funz Cons n. 47/2022).

Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti.

Il quesito proposto riguarda la possibilità, per il consorzio stabile aggiudicatario, di procedere alla sostituzione della consorziata esecutrice per ragioni organizzative e imprenditoriali, alla luce del nuovo codice dei contratti d.lgs. 36/2023.

In particolare, ilOMISSIS....., risultato aggiudicatario della procedura negoziata in oggetto, riferisce di aver chiesto alla stazione appaltanteOMISSIS..... di poter procedere alla sostituzione dell'impresa consorziataOMISSIS....., indicata in gara quale esecutrice dei lavori oggetto del contratto, con l'impresaOMISSIS....., così come previsto dall'art. 48, co. 7 bis del d.lgs. 50/2016. Tuttavia, la stazione appaltante negava tale possibilità, sottolineando che la procedura era stata bandita in vigore del nuovo codice dei contratti d.lgs. 36/2023, il quale non prevede una norma analoga al citato art. 48, co. 7 bis dell'abrogato d.lgs. 50/2016 e non contempla la possibilità di sostituire la consorziata esecutrice per ragioni organizzative.

Il Consorzio osserva in proposito che tale facoltà è stata pacificamente riconosciuta ai consorzi stabili, in ragione della loro particolare natura, sin dal codice degli appalti d.lgs. 163/2006, che è poi codificata dall'art. 48, co. 7 bis del d.lgs. 50/2016. Il Consorzio invoca pertanto un'interpretazione degli artt. 68 e 97, co. 3 del d.lgs. 36/2023 che si ponga in linea con gli orientamenti accolti dall'Autorità e dalla giurisprudenza nel regime normativo previgente, secondo cui le modifiche soggettive assumono, nei consorzi stabili, un rilievo meramente interno che non incide sul rapporto con la stazione appaltante. Anche l'atto di designazione della consorziata esecutrice si porrebbe come atto interno al consorzio, che non varrebbe ad instaurare un rapporto contrattuale fra tale consorziata e la stazione appaltante. La modifica soggettiva all'interno del consorzio stabile non determinerebbe, quindi, una mutazione del soggetto partecipante alla gara e/o esecutore del contratto né, conseguentemente, una violazione del principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare, purché essa dipenda da "ragioni organizzative e imprenditoriali" del consorzio e/o della consorziata, non potendosi sopperire, attraverso la sostituzione, ad una carenza dei requisiti della consorziata designata.

In relazione al nuovo codice d.lgs. 36/2023, il Consorzio stabile istante evidenzia che l'art. 97 prevede addirittura la possibilità di sostituire la consorziata esecutrice che sia stata interessata da una causa automatica o non automatica di esclusione o dal venir meno di un requisito di qualificazione, per cui ritiene che, a maggior ragione, la modifica soggettiva dovrebbe essere ammessa per "ragioni organizzative e imprenditoriali". In proposito esso richiama la recente delibera Anac n. 145 del 20 marzo 2024 che, sebbene elaborata in relazione all'art. 48, co. 7 bis del d.lgs. 50/2016, ribadisce i principi sopra evidenziati, ricavati dall'esame della natura dei consorzi stabili e dalla loro autonoma soggettività, in base ai quali è consentito designare una nuova esecutrice qualora, per motivi sopravvenuti, la prima consorziata indicata in sede di gara non sia in condizione di svolgere compiutamente la prestazione.

Nel caso di specie, dunque, al fine di dirimere il dubbio interpretativo sollevato dall'operatore economico, occorre preliminarmente richiamare le norme in materia, per poi valutare la possibilità di ritenere i richiamati principi in tema di modifiche soggettive come tuttora vevoli e coerenti con le nuove disposizioni.

L'art. 48, co. 7-bis del previgente d.lgs. 50/2016 consentiva espressamente ai consorzi stabili, per le ragioni indicate ai commi 17, 18 e 19 del medesimo articolo, riconducibili ai casi di procedure concorsuali, alla perdita dei requisiti o al recesso di una consorziata per esigenze organizzative, ma anche per fatti o atti sopravvenuti, di 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 fosse finalizzata ad eludere in tale sede la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata. Il d.lgs. 36/2023 conferma che i consorzi stabili eseguono le prestazioni o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara, senza che ciò costituisca subappalto e ferma la responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante, e specifica che essi indicano in sede di gara per quali consorziati il consorzio concorre (art. 67, co. 4). Il successivo art. 68 estende ai consorzi stabili la disposizione che ammette il recesso di una o più imprese raggruppate, sempre che le rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire (co. 17 e 18). L'art. 97 in tema di cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti, espressamente applicabile anche ai consorzi stabili limitatamente alle consorziate esecutrici, ammette inoltre 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 dei contratti specifica 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, così ritenendo 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 approccio equilibrato quello di consentire la sostituzione della consorziata esecutrice *escludenda* 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».

Occorre in proposito evidenziare che l'Anac, con parere reso con delibera n. 145 del 20 marzo 2024, ha valorizzato il rapporto contrattuale intercorrente tra stazione appaltante e il consorzio stabile richiamando recente giurisprudenza (Cons. Stato sez. V, 7 novembre 2022, n. 9752) che, occupandosi dell'applicabilità dei principi espressi dall'Adunanza Plenaria n. 2/2022 ai consorzi stabili, ha avuto modo di osservare 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. La modifica in sostituzione non inficia la natura del consorzio, trattandosi, come si è detto, di una realtà imprenditoriale distinta rispetto a quella dei singoli consorziati, naturalmente se il consorzio stabile rimane nella sua totalità in possesso dei requisiti richiesti dalla *lex specialis*. In particolare, l'Adunanza Plenaria con la sentenza n. 2/2022, ha espressamente sancito che " ... i commi 17, 18 e 19-ter dell'art. 48 sono stati interpretati, dunque, nel senso di consentire, ricorrendone i presupposti, 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 sostituiva 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, secondo l'orientamento giurisprudenziale previamente richiamato, 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, relativa a un consorzio di produzione e lavoro, con principio ben riferibile anche ai consorzi stabili: "il possesso dei requisiti generali e morali [...] deve essere verificato non solo in capo al consorzio ma anche alle consorziate"; Cons. Stato, V, 25 marzo 2021, n. 2532). In altri termini, posto il rapporto contrattuale intercorrente tra stazione appaltante e consorzio stabile, per cui solo quest'ultimo è tenuto a comprovare il possesso dei requisiti di ordine speciale, la circostanza che la nuova consorziata abbia fatto ingresso nella compagine del consorzio dopo l'aggiudicazione è irrilevante, non comportando alcuna violazione dei principi che regolano la materia (continuità nel possesso dei requisiti/ elusione del divieto di modifiche soggettive/violazione della par condicio) e dovendosi ritenere, a tutti gli effetti, una sostituzione "interna" al consorzio; Consiglio di Stato, 24 gennaio 2023, n. 779). [...] Negare l'applicabilità dei principi espressi dall'Adunanza Plenaria n. 2 del 2022 ai consorzi stabili determinerebbe la conseguenza del venir meno della finalità giuridica per la quale è stato previsto l'istituto, che è quella (cfr. Cons. Stato, sentenza sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165) di favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese alle procedure di gara cui non avrebbero potuto partecipare con i soli propri requisiti, al tempo stesso, beneficiando di un rapporto mediato tra l'amministrazione e la consorziata data dal consorzio e dalla struttura consortile. [...] 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 consorziata designata che venga esclusa dalla gara (Consiglio di Stato, 24 gennaio 2023, n. 779). L'Autorità aveva già avuto modo di osservare (cfr. AG 7/2013 30/07/2013) che «nel caso in cui il consorzio designi l'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. La designazione della consorziata per l'esecuzione dei lavori è un atto rilevante solo nei rapporti interni tra il Consorzio e le sue consorziate: tale atto determina unicamente una distribuzione interna di responsabilità inopponibile ai terzi" (Parere sulla normativa 7 marzo 2013, AG 26/12). Più precisamente la sostituzione della consorziata esecutrice potrà 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».

Alla luce di quanto sopra evidenziato, si ritiene di dover tuttora valorizzare i principi derivanti dall'elaborazione giurisprudenziale (Cons. Stato sez. V, n. 9752/2022 cit.) che ha anche posto in luce «la soluzione interpretativa prospettata dalla Corte Suprema di Cassazione con sentenza n. 1192 del 2018, secondo cui: "I consorzi stabili, con rilevanza esterna, previsti dalla legge n. 109 del 1994, sono enti collettivi dotati di autonomia soggettiva, organizzativa e patrimoniale rispetto alle imprese consorziate, sicché è il consorzio l'unico soggetto legittimato ad agire nei confronti del committente e titolare delle somme riscosse in esecuzione del contratto". In particolare, "la circostanza che il consorzio stabile costituisce un autonomo soggetto di diritto dotato di autonoma qualificazione e di un patrimonio autonomo (come si desume dalla previsione concernente la responsabilità solidale verso la stazione appaltante) impedisce ogni assimilazione tra consorziate del consorzio stabile e imprese mandanti di raggruppamenti temporanei di imprese, proprio per la ontologica differenza di struttura tra il primo e i secondi, per converso privi di personalità giuridica autonoma". Dalla natura del rapporto tra consorzio stabile e singole consorziate, nonché dalla peculiare struttura dell'istituto, consegue che la sostituzione dell'impresa, che ha perso i requisiti non pregiudica la struttura originaria del consorzio che ha partecipato alla gara, in quanto autonomo soggetto di diritto, dotato di distinta qualificazione, stante la ontologica distanza tra la propria soggettività e quella delle imprese consorziate. Va condivisa, infatti, la ricostruzione dell'istituto fatta dalla dottrina più attenta, sostenuta anche dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui "il vincolo in forza del quale le consorziate provvedono a dare esecuzione al

contratto stipulato non si giustifica, sotto un profilo negoziale, nell'assegnazione che non può essere considerata un contratto (e quindi né un subappalto né un mandato), ma solo un atto unilaterale recettizio". Tale atto unilaterale, avente funzione di incarico della consorziata designata, reso al momento della costituzione del consorzio, può bene essere revocato, in quanto ciò non muta la struttura del consorzio stesso, così come il medesimo incarico può essere affidato ad altra impresa, anche in fase di gara, in ipotesi di venir meno dei requisiti della precedente incaricata. [...]».

Quanto fin qui esposto intorno alla natura dei consorzi stabili consente di ritenere che sugli stessi principi debba poggiare la soluzione della problematica posta dall'istante sulla possibilità di sostituire, per motivi organizzativi, la consorziata indicata in gara come esecutrice anche alla luce del nuovo codice d.lgs. 36/2023. Si osserva in proposito 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 limiti della tempestività e idoneità delle misure adottate, apparirebbe quanto meno contraddittorio e non proporzionato negare la possibilità di sostituzione per ragioni organizzative e imprenditoriali interne al consorzio stabile. Come ribadito dalla giurisprudenza, occorre infatti necessariamente tenere conto della soggettività individuale del consorzio stabile 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). Ugualmente, occorre rammentare che 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. Pertanto, se è ammessa 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.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette alla 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