



.....OMISSIS.....

## Oggetto

Intervento per la qualificazione sociale e culturale delle aree urbane degradate - consorzio stabile aggiudicatario - richiesta parere.

**Funz. Cons. 14/2022**

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 11 febbraio 2022, acquisita al prot. Aut. n. 10338, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza dell'11 maggio 2022, 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. 160 del 30 marzo 2022.

Con riferimento a quanto richiesto nella nota sopra indicata, con la quale si sottopongono all'attenzione dell'Autorità alcuni quesiti in ordine ai requisiti di partecipazione dei consorzi stabili, si richiama in via preliminare l'art. 45, comma 2, lett. c) del d.lgs. 50/2016 a tenore del quale i consorzi stabili sono «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. I consorzi stabili sono formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa». A sua volta, l'art. 47, comma 2 del Codice, dispone che «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. L'affidamento delle prestazioni da parte dei soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettera b), ai propri consorziati non costituisce subappalto».

Si richiama, infine, l'art. 48, comma 7, del d.lgs. 50/2016 a tenore del quale «I consorzi di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre», aggiungendo al comma 7-bis che «È consentito, per le ragioni indicate ai successivi commi 17, 18 e 19 o per fatti o atti 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».

In relazione alle disposizioni sopra indicate, l'Autorità ha avuto modo di osservare che il consorzio stabile opera come «unica controparte del rapporto di appalto, sia nella fase di gara che in quella di esecuzione del contratto, e in relazione alle singole consorziate opera sulla base di un rapporto organico, di modo che le attività compiute dalle consorziate siano imputabili organicamente al consorzio»; pertanto il consorzio, e non i singoli consorziati, è l'interlocutore della stazione appaltante e dunque il soggetto che è responsabile nei confronti della stazione appaltante dell'esecuzione dell'appalto anche quando non esegue in proprio le prestazioni ma tramite i consorziati (deliberazione n. 208/2018-parere AG 7/2017/AP).

Anche la giurisprudenza amministrativa ha affermato che con il consorzio stabile i partecipanti danno vita «ad una stabile struttura di impresa collettiva, la quale, 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 (da ultimo, Cons. St., sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165)» (Adunanza Plenaria Cons. St. n. 5/2021).

Sulla base di tali caratteristiche, è stato quindi chiarito che «Il consorzio è il solo soggetto che domanda di essere ammesso alla procedura – ... – e va a stipulare il contratto con l'amministrazione in nome proprio, anche se per conto delle consorziate cui affida i lavori; è il consorzio ad essere responsabile dell'esecuzione delle prestazioni anche quando per la loro esecuzione si avvale delle imprese consorziate (le quali comunque rispondono solidalmente al consorzio per l'esecuzione ai sensi dell'art. 94, comma 1, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 e art. 48, comma 2, d.lgs. 18 aprile 2016, n.50). 2.5. Il precipitato logico di tale ricostruzione è che il consorzio stabile si presenta nella gara come un operatore economico unitario (...) *Se si tiene poi conto del fatto che i requisiti generali di partecipazione vanno posseduti dalle consorziate indicate per l'esecuzione dei lavori, al fine di impedire che queste possano giovare della copertura dell'ente consortile ed eludere così i controlli demandati alle stazioni appaltanti*(cfr. Cons. Stato, V, 29 gennaio 2018, n. 607; Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8; VI, 13 ottobre 2015, n. 4703; V, 17 maggio 2012, n. 2582), *se ne ha per conseguenza che la carenza dei requisiti generali in capo ad una delle consorziate comporta l'esclusione del consorzio intero dall'intera procedura di gara*» (Cons. Stato n. 964/2021).

Il possesso dei requisiti generali di partecipazione è richiesto pertanto «anche in capo alle consorziate esecutrici affinché il consorzio stabile, da forma collettiva di partecipazione, non si trasformi in uno strumento elusivo dell'obbligo del possesso dei requisiti generali, consentendo la partecipazione di consorziate esecutrici prive dei necessari requisiti (cfr. Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 8/2012 e Consiglio di Stato n. 2537/2018)» (TAR Campania n. 2465/2021).

Dunque i requisiti di ordine generale fissati dall'art. 80 del d.lgs. 50/2016 devono essere posseduti e verificati in capo al consorzio e alle consorziate esecutrici, con la conseguenza che la carenza dei requisiti generali in capo ad una delle predette consorziate comporta l'esclusione del consorzio dalla procedura di gara.

Sembra opportuno aggiungere a quanto sopra che sull'argomento è intervenuta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 5/2021, la quale ha fornito una nuova lettura delle disposizioni dettate dal Codice in tema di consorzi stabili, in coerenza con le previsioni dell'art. 63 della direttiva 2014/24/UE, affermando, in particolare, che «Solo le consorziate designate per l'esecuzione dei lavori partecipano alla gara e concordano l'offerta, assumendo una responsabilità in solido con il consorzio stabile nei confronti della stazione appaltante (art. 47 comma 2 del codice dei contratti). Per le altre il consorzio si limita a mutuare, *ex lege*, i requisiti oggettivi, senza che da ciò discenda alcuna vincolo di responsabilità solidale per l'eventuale mancata o erronea esecuzione dell'appalto. 9.2. Si è dinanzi, in quest'ultimo caso, ad un rapporto molto simile a quello dell'avvalimento (non a caso espressamente denominato tale dalla vecchia versione dell'art. 47 comma 2, *ratione temporis* applicabile), anche se, per certi versi, meno intenso: da una parte, infatti, il consorziato presta i requisiti senza partecipare all'offerta, similmente all'impresa avvalsa (senza bisogno di dichiarazioni, soccorrendo la "comune struttura di impresa" e il disposto di legge), dall'altra, pur facendo ciò, rimane esente da responsabilità (diversamente dall'impresa avvalsa). 10. Una forma di avvalimento attenuata dall'assenza di responsabilità dunque. 10.1. Questa constatazione, se intermediata attraverso l'elaborazione logica, è di per sé sufficiente a giustificare l'applicazione alla fattispecie in esame dell'art. 89 comma 3 del codice dei contratti. A mente della disposizione citata, infatti la stazione appaltante (in luogo di disporre l'esclusione in cui inesorabilmente incorrerebbe un concorrente nell'ambito di un raggruppamento o di un consorzio ordinario o stabile) 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". Ergo, se è possibile, in via eccezionale, sostituire il soggetto legato da un rapporto di avvalimento, a fortiori dev'essere possibile sostituire il consorziato nei confronti del quale sussiste un vincolo che rispetto all'avvalimento è meno intenso. (...)12. Tirando le fila di quanto sopra argomentato, può in conclusione affermarsi .... il seguente principio: "*La consorziata di un consorzio stabile, non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori, è equiparabile, ai fini dell'applicazione dell'art. 63 della direttiva 24/2014/UE e dell'art. 89 co. 3 del d.lgs. n. 50/2016, all'impresa ausiliaria nell'avvalimento, sicché la perdita da parte della stessa del requisito impone alla stazione appaltante di ordinarne la sostituzione*"».

Alla luce delle considerazioni che precedono, pertanto, l'assenza dei requisiti generali di cui all'art. 80 del Codice, in capo ad una impresa consorziata indicata come esecutrice, incide sulla partecipazione dell'intero consorzio stabile alla gara, determinandone l'esclusione. Nel diverso caso in cui la carenza di un requisito di partecipazione sia stata riscontrata in capo ad una consorziata non esecutrice, secondo l'indirizzo dell'Adunanza Plenaria sopra citata, è prevista la sostituzione della predetta impresa, secondo le disposizioni dell'art. 89, comma 3, del Codice.

Si rappresenta al riguardo che l'art. 80 del d.lgs. 50/2016, in relazione ai requisiti generali, prevede l'esclusione dalla gara d'appalto (tra l'altro) dell'operatore economico che sia stato sottoposto «a fallimento o si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo o sia in corso nei suoi confronti un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dall'articolo 110 del presente codice e

dall'articolo 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267» (art. 80, comma 5, lett. b) del d.lgs. 50/2016).

Consegue da quanto sopra che anche la causa di esclusione sopra indicata, nel caso in cui riguardi una consorziata indicata come esecutrice dal consorzio concorrente, incide sulla partecipazione di quest'ultimo alla gara, nel senso sopra indicato.

È appena il caso di aggiungere che i requisiti di ordine generale indicati dal citato art. 80, assumono rilevanza ai fini dell'esclusione dalla gara quando sono riferiti all'operatore economico concorrente o ai soggetti indicati al comma 3 della stessa disposizione.

Nel Comunicato del Presidente dell'Autorità dell'8 novembre 2017 (contenente "Indicazioni alle stazioni appaltanti e agli operatori economici sulla definizione dell'ambito soggettivo dell'art. 80 del d.lgs. 50/2016 e sullo svolgimento delle verifiche sulle dichiarazioni sostitutive rese dai concorrenti ai sensi del D.P.R. 445/2000 mediante utilizzo del modello di DGUE"), infatti, è stato precisato che *il possesso dei requisiti di cui all'art. 80 deve essere dichiarato dal legale rappresentante dell'impresa concorrente con riferimento a tutti i soggetti indicati al comma 3 dell'art. 80*, indicando i dati identificativi degli stessi oppure la banca dati ufficiale o il pubblico registro da cui i medesimi possono essere ricavati in modo aggiornato alla data di presentazione dell'offerta (in tal senso anche Linee guida n. 6, ancorché con riguardo ai gravi illeciti professionali, di cui all'art. 80, comma 5, del Codice, nelle quali è stato sottolineato che questi ultimi *"assumono rilevanza ai fini dell'esclusione dalla gara quando sono riferiti direttamente all'operatore economico o ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 3, del Codice"*).

Alla luce di quanto sopra, si rimette quindi 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*

*Firmato digitalmente il*