



DELIBERA N. 1049

2 dicembre 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 – Lavori di pavimentazione del tratto di Corso Mazzini, tra viale Trieste, corso Umberto e piazza XX Settembre, a sostegno della musealizzazione e valorizzazione del Museo all'aperto Bilotti – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro 1.126.895,39 – S.A.: Comune di Cosenza.

PREC 217/2020/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 consorziata esecutrice nella titolarità del contratto d'appalto

Massima

Consorzi Stabili - Consorziata esecutrice dei lavori - Interdittiva antimafia a carico del Consorzio stabile sopraggiunta in fase di esecuzione – Richiesta della consorziata esecutrice di affidamento diretto dei lavori – Limiti all'operatività del c.d. cumulo alla rinfusa – Possesso della richiesta attestazione SOA da parte della consorziata – 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 consorziata 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 2 dicembre 2020

DELIBERA

VISTE le istanze acquisite al prot. ANAC nn. 0075203 e 0075213 del 13.10.2020, 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 dall'Octopus Consorzio Stabile S.C.A.R.L, aggiudicatario dell'appalto, quale esecutrice dei lavori in oggetto, circa la prosecuzione del rapporto d'appalto ai sensi e per gli effetti dell'ex art. 48, comma 19-bis del d.lgs. n. 50/16;

CONSIDERATO, più specificamente, che il Consorzio Stabile Octopus è stato raggiunto, durante la fase di esecuzione dell'appalto, da una interdittiva antimafia emessa dalla Prefettura di Cosenza e che, all'esito di molteplici pronunce dei giudici amministrativi, azionati sia dal Consorzio, per il richiesto annullamento della interdittiva, sia dalla Prefettura di Cosenza, per il ripristino dell'efficacia della stessa a seguito di una prima sentenza del TAR Calabria favorevole al Consorzio ricorrente, la Stazione appaltante ha infine deciso, con Determina dirigenziale n. 983 del 3.8.2020, di procedere alla risoluzione del contratto e successivamente ad una nuova aggiudicazione dell'appalto *de quo* in favore della società seconda classificata, giusta Determina n. 1143 del 28-29.09.2020;

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, ha iniziato ad 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 – di idonea qualificazione SOA, ha potuto usufruire del "prestito" dei requisiti evidentemente posseduti in proprio (o come somma dei requisiti posseduti da tutti gli altri consorziati) dal Consorzio aggiudicatario

RILEVATO, più precisamente, che il Bando di gara individuava come prevalente la categoria OS 24 (Verde e arredo urbano), pari al 73,13% dei lavori complessivi oggetto di affidamento, e che tale categoria di opere rientra nel novero di quelle cc.dd. a qualificazione obbligatoria, ovvero quelle per le quali se ne permette l'esecuzione da parte dell'aggiudicatario soltanto se in possesso della relativa qualificazione;

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;

CONSIDERATO che condizione imprescindibile e comune a tutte le disposizioni codicistiche in materia di sostituzione/subentro di altro operatore economico in luogo di quello colpito da una delle circostanze



enumerate dai commi 17 e 18 dell'art. 48, che ne impongano l'esclusione o la perdita dei requisiti per essere affidatario di una commessa pubblica, è che il primo «*abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire*» e che questo principio trova necessaria applicazione anche nel caso dei consorzi stabili laddove, come nel caso di specie, una società consorziata, individuata solo come esecutrice dei lavori, intenda sostituirsi al Consorzio aggiudicatario formale dell'appalto, e quindi proprio dante causa, nella titolarità del contratto;

CONSIDERATO quanto già condivisibilmente affermato dal Tar Calabria, chiamato a pronunciarsi sulla questione in sede cautelare, ovvero che:

«- alla cognizione sommaria della fase cautelare, non apparrebbe altresì viziato l'esercizio della scelta risolutoria (interdittiva efficace, seppur sub iudice, ordinaria conseguenza risolutoria ex art. 94 d.lgs. n. 159/2011, salvo l'ipotesi di opera sia in corso di ultimazione, che nella specie non pare ricorrere, alla luce dell'intervenuta approvazione del solo secondo S.a.l. pari all'importo di € 410.042,22 sul complessivo valore del contratto di € 1.500.000,00);

- che non sussiste periculum in mora, posto che il danno eventualmente patito potrà essere ristorato in via patrimoniale;

- che, ancora, l'auspicata concessione del controllo giudiziario ex art. 34 bis d.lgs. n. 159/2011, da cui può derivare la sospensione degli effetti dell'interdittiva, eventualmente avrà effetti per il futuro senza incidere su provvedimenti già adottati la cui legittimità è da valutare "ora per allora";

- che, trattandosi di esecuzione di lavori pubblici in corso, involgenti l'interesse pubblico al loro completamento e la posizione di controinteressati, non possono invocarsi ragioni sostanziali favorevoli all'impresa "sotto controllo" che consentano la sospensione degli atti conseguenti all'interdittiva (v. per il diverso caso di revoca di finanziamento ord. cautelare Tar Catanzaro n. 72/20)» (così Tar Calabria, sez. I, Ordinanza n. 543/2020)»;

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 prosecuzione nell'esecuzione e di sostituzione nella titolarità del contratto d'appalto avanzata dalla società consorziata Eurocostruzioni Group Soc. Coop.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 9 dicembre 2020



Per Il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente