



.....OMISSIS.....

Oggetto

Affidamento dei servizi cimiteriali nel cimitero urbano deiOMISSIS..... e nei nove cimiteri frazionali per la durata di anni due – consorziata esecutrice - art. 48, commi 7 e 7 bis d.lgs. 50/2016 - richiesta di parere.

FUNZ CONS 6/2024

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 13 ottobre 2023, acquisita al prot. Aut. n. 90412, 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 7 febbraio 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. 160/2022. 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 l’appalto in oggetto, aggiudicato con provvedimento dell’8 novembre 2022. In ordine a tale appalto, il consorzio stabile aggiudicatario ha comunicato alla stazione appaltante, l’intenzione di indicare, per ragioni tecnico/organizzative, quale consorziata esecutrice, per la gestione dei rifiuti, una società che ha partecipato alla gara a monte, quale capogruppo di un RTI classificatosi secondo in graduatoria. La predetta società andrebbe ad aggiungersi a quelle già indicate quali consorziate esecutrici in sede di gara. A tal riguardo la stazione appaltante chiede quindi se il Consorzio Stabile aggiudicatario possa indicare, in fase esecutiva del contratto d’appalto, quale impresa esecutrice, una propria consorziata che aveva partecipato come capofila di altro raggruppamento alla procedura di gara, la quale si aggiungerebbe alle consorziate esecutrici già indicate in gara.

Al fine di esprimere avviso sulla questione sopra illustrata, si osserva preliminarmente che l’art. 45, comma 2, del d.lgs. 50/2016 (*ratione temporis* applicabile alla fattispecie) contiene un elenco degli operatori economici che possono partecipare alle procedure di gara e individua, tra gli altri, a tali fini, i raggruppamenti temporanei di imprese (lett. d), i consorzi ordinari di operatori economici (lett. e), i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro e i consorzi tra imprese artigiane (lett. b) e i consorzi stabili (lett. c).

Con riguardo ai consorzi stabili, l’art. 48, comma 7, del Codice stabilisce espressamente che «(...). 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; qualora il consorziato designato sia, a sua volta, un consorzio di cui all’articolo 45, comma 2, lettera b), è tenuto anch’esso a indicare, in sede di offerta, i consorziati per i quali concorre; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi

altra forma, alla medesima gara; in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio sia il consorziato; in caso di inosservanza di tale divieto si applica l'articolo 353 del codice penale».

Il comma 7-bis della medesima disposizione aggiunge 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*».

Le norme richiamate disciplinano, quindi, le modalità con le quali i consorzi di cui all'art. 45, comma 2, lett. b) e c), possono partecipare alle gare d'appalto.

Con specifico riferimento ai consorzi indicati alla lett. c) della norma citata, l'Autorità, sulla base del conforme orientamento giurisprudenziale, ha avuto modo di affermare che «l'elemento qualificante dei consorzi stabili è senz'altro la "comune struttura di impresa" da intendersi quale "azienda consortile" utile ad eseguire in proprio, ossia senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate, le prestazioni affidate a mezzo del contratto (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 18 marzo 2021, n. 5; Cons. Stato, sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165). (...) l'elemento essenziale per poter attribuire al consorzio la qualifica di consorzio stabile è il c.d. elemento teleologico, ossia l'astratta idoneità del consorzio, esplicitamente consacrata nello statuto consortile, di operare con un'autonoma struttura di impresa, capace di eseguire, anche in proprio, ovvero senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate, le prestazioni previste nel contratto (ferma restando la facoltà per il consorzio, che abbia tale struttura, di eseguire le prestazioni, nei limiti consentiti, attraverso le consorziate) (cfr. Cons. Stato, sez. V, 2.5.2017, n. 1984; Cons. Stato, sez. V, 17.1.2018, n. 276)" (delibera n. 392/2023 – prec 657/2023/L).

Pertanto, in caso di consorzio stabile «I partecipanti...danno infatti 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. di Stato n. 5/2021).

Sulla base di tali caratteristiche, «la Corte di Giustizia UE (C-376/08, 23 dicembre 2009) è giunta ad ammettere la contemporanea partecipazione alla medesima gara del consorzio stabile e della consorziata, *ove quest'ultima non sia stata designata per l'esecuzione del contratto e non abbia pertanto concordato la presentazione dell'offerta (ex multis, Cons. St., sez. III, 4 febbraio 2019, n. 865)*". Infatti il consorzio stabile può partecipare in proprio alla procedura di gara ed eseguire in proprio le prestazioni dedotte in contratto oppure "indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre" (cfr. art. 48, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016) *La consorziata esecutrice partecipa quindi alla procedura di gara per il tramite del consorzio stabile che precisa di concorrere per essa e la designa per l'esecuzione delle prestazioni*. La stessa Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha affermato 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)*" (cfr. Adunanza Plenaria n. 5/2021). 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; delibera n. 392/2023 cit.).

Dall'avviso giurisprudenziale richiamato, deriva quindi che: *(i)* è ammessa la contemporanea partecipazione alla medesima gara del consorzio stabile e della consorziata, ove quest'ultima non sia stata designata per l'esecuzione del contratto e non abbia pertanto concordato la presentazione dell'offerta *(la previsione ha quindi la chiara finalità di garantire una effettiva concorrenza tra i concorrenti nella formulazione delle offerte)*; *(ii)* il consorzio stabile può partecipare in proprio alla procedura di gara ed eseguire in proprio le prestazioni dedotte in contratto oppure indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre; *(iii)* 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.

Alla luce di tale indirizzo, pertanto, la consorziata non esecutrice, che ha partecipato alla gara in tale veste – non coordinando quindi la propria offerta con il consorzio –, viene cooptata tra le consorziate esecutrici in una fase in cui non può più essere alterata l'indipendenza delle offerte presentate in gara.

Tenuto conto del ruolo rivestito dalle consorziate indicate come esecutrici, nel senso sopra indicato, la possibilità di procedere ad una loro modifica è limitata dal Codice ai casi espressamente previsti dall'art. 48, comma 7-bis, ai sensi del quale ai consorzi di cui alle lettere b) e c) del Codice è consentito, *"per le ragioni indicate ai successivi commi 17, 18 e 19 o per fatti o atti sopravvenuti"*, 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"*.

Tale previsione è stata introdotta nell'art. 48 citato, dal d.lgs. 56/2017 (art. 32, comma 1, lett. c) e la Relazione illustrativa dello stesso ha chiarito che la norma *«introduce il divieto per il consorzio stabile e per il consorzio di cooperative di produzione e lavoro di incaricare, per l'esecuzione dei lavori, un'impresa consorziata diversa da quella indicata in sede di gara, salvo che ciò non sia necessario per motivi sopravvenuti e sempre che la modifica non serva ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione. Tale disposizione apporta elementi di chiarezza alla disciplina inerente i consorzi e si rende necessaria in considerazione del fatto che, nel vigente quadro normativo, non è del tutto pacifico se e in che limite sia possibile per il consorzio stabile e per il consorzio di cooperative di produzione e lavoro incaricare, ai fini dell'esecuzione dei lavori, un'impresa consorziata diversa da quella indicata in sede di gara»*.

Dunque eventuali modifiche delle imprese consorziate indicate in gara come esecutrici dell'appalto, devono ritenersi consentite nei limiti indicati dall'art. 48, comma 7-bis del Codice, quindi *"per le ragioni indicate ai successivi commi 17, 18 e 19 o per fatti o atti sopravvenuti"*.

Quanto sopra è stato affermato anche dal giudice amministrativo il quale, sulla base dei principi espressi nelle Adunanze Plenarie del Consiglio di Stato n. 5/2021 e n. 2/2022, ha aggiunto che la previsione del comma 19-ter dell'art. 48 del Codice, è interpretabile nel senso che *«le modifiche soggettive che riguardano il consorzio stabile ovvero la consorziata designata per l'esecuzione, purché riconducibili a quelle previsti dai commi 17, 18 e 19 (rispettivamente richiamati per il consorzio stabile dal comma 19-bis e per la consorziata designata dal comma 7-bis), sono consentite sia in fase esecutiva che in fase di gara»* (Cons. di Stato n. 779/2023).

I limiti alle modifiche delle consorziate indicate come esecutrici dal consorzio stabile sono stati enucleati anche dal Mit, il quale ha affermato al riguardo che *«la figura del consorzio stabile è disciplinata dall'art. 45, comma 2, lett. c) del D.lgs. n. 50/2016 e che il comma 7-bis dell'art. 48 del medesimo testo normativo estende anche a tali soggetti le sopravvenienze tassative di cui ai*

successivi commi 17, 18 e 19, previste in materia di RTI, in presenza delle quali è consentito alla stazione appaltante proseguire il rapporto contrattuale con altro operatore economico, a seguito di perdita dei requisiti di partecipazione in capo alla mandataria o ad una delle mandanti. Sul punto, si evidenzia che la giurisprudenza maggioritaria in materia ritiene che la sostituzione dell'impresa consorziata designata ai fini dell'esecuzione sia ammissibile a condizione che: a) la modifica soggettiva avvenga esclusivamente "in diminuzione" e non "per addizione", e quindi solo internamente e senza innesti dall'esterno; b) la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata; c) il soggetto subentrante risulti in possesso dei requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o ai servizi o alle forniture oggetto dell'affidamento; d) l'evento che conduce alla sostituzione meramente interna, ammessa nei limiti anzidetti, sia portato a conoscenza della stazione appaltante, laddove questa non ne abbia già avuto conoscenza, per consentirle di assegnare al consorzio un congruo termine per procedere alla riorganizzazione del proprio assetto interno, tale da poter garantire correttamente e rapidamente la prosecuzione del rapporto contrattuale».

Per quanto sopra, in risposta al quesito posto, ferma la possibilità per il consorzio stabile e per la consorziata non indicata come esecutrice, di partecipare alla stessa gara (*per le finalità pro-concorrenziali sopra indicate, che si esplicano e si esauriscono ai fini del corretto svolgimento della gara*), successivamente alla stipula del contratto d'appalto, la possibilità per il consorzio stesso di procedere a modifiche delle imprese esecutrici rispetto a quanto indicato in gara, deve ritenersi consentito nei casi e nei limiti previsti dall'art. 48, comma 7-bis del Codice ("*per le ragioni indicate ai successivi commi 17, 18 e 19 o per fatti o atti sopravvenuti*" e "*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*") nel senso sopra indicato.

L'accertamento in ordine alla sussistenza delle condizioni previste dalla norma citata nel caso di specie, è rimesso alla competenza dell'Amministrazione richiedente.

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

Firmato digitalmente