



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 764

DEL 13 luglio 2016

OGGETTO: Richiesta di parere presentata da Anas S.p.a. – Art. 37, co. 9 d.lgs. 163/2006. S.S. n° 199 “di Monti” - Appalto integrato per la realizzazione dei “Lavori di adeguamento tra Olbia e lo svincolo con la S.S. 131 DCN. Intervento di potenziamento dell’Aeroporto di Olbia e lo svincolo di accesso ed opere connesse. Adeguamento al tipo “B” dell’itinerario Sassari – Olbia, Lotto 9”.

AG 26/2016/AP

Consorzi di cooperative - Sostituzione della consorziata esecutrice

E’ da ritenere ammissibile la sostituzione della consorziata esecutrice qualora ciò non valga a sanare ex post il difetto di un requisito di partecipazione, in violazione della par condicio.

Art. 37, co. 9 d.lgs. 163/2006

Il Consiglio

Visto il decreto legislativo n. 163/2006 e s.m.i.;

Visto l’appunto dell’Ufficio Precontenzioso e Affari Giuridici;

Considerato in fatto

Con nota acquisita al prot. n. 67097 del 27 aprile 2016, l’Anas S.p.a. ha sottoposto all’attenzione dell’Autorità una richiesta di parere in ordine all’ambito soggettivo di applicazione dell’art. 37, co. 9 del d.lgs. 12 aprile 2006, n.163.

L’Anas riferisce che i lavori in parola (giunti al 76,88% dell’importo contrattuale) venivano affidati nel 2012 al raggruppamento temporaneo di imprese costituito da CCC (Consorzio Cooperative Costruzioni) (64,245%), Novaco S.r.l. (24,994%) e Acquaverde Costruzioni S.r.l. (10,761%). Il Consorzio CCC, che in sede di gara aveva indicato la Coop. Costruttori quale consorziata incaricata della realizzazione delle opere, comunicava a febbraio 2016 di aver revocato il predetto incarico a seguito di sottoposizione della detta consorziata a liquidazione coatta amministrativa, e di aver riassegnato i lavori alla consorziata C.M.B. Società cooperativa muratori e braccianti di Carpi.

L’Anas chiede all’Autorità di esprimere un parere in merito all’applicabilità del divieto di modificazione soggettiva di cui all’art. 37, co. 9 d.lgs. 163/2006, dettato per i consorzi ordinari e i raggruppamenti temporanei, anche ai consorzi stabili e, per analogia, ai consorzi di cooperative di produzione e lavoro.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

L'Anas rileva in particolare, al riguardo, come il Parere sulla normativa n. 7/2013 abbia evidenziato che le modifiche soggettive di un consorzio stabile hanno un rilievo meramente interno, qualificabile alla stregua di un rapporto interorganico, e pertanto non incidono sul rapporto fra consorzio stabile e stazione appaltante. Alla luce dell'identità ontologica dei consorzi stabili e dei consorzi di cooperative, chiede pertanto se possa ritenersi consentita la modifica soggettiva di un consorzio di cooperative, e se, data la lacuna normativa, tale modifica possa essere ricondotta, con interpretazione estensiva, alle previsioni di cui all'art. 37, commi 18 e 19 d.lgs. 163/2006.

Ritenuto in diritto

Al fine di rendere il parere richiesto, si richiama preliminarmente la norma di cui si chiede di delineare l'ambito soggettivo di applicazione.

L'art. 37 d.lgs. 163/2006, dettato per i raggruppamenti temporanei e i consorzi ordinari di concorrenti, prevede al comma 9 che «Salvo quanto disposto ai commi 18 e 19, è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta».

In ordine alla problematica sopra evidenziata, si osserva che il Parere sulla Normativa del 30 luglio 2013 n. 7/2013, richiamato dall'istante, affrontava proprio la questione della legittimità della modifica soggettiva delle ditte esecutrici di un consorzio stabile facente parte di un RTI. In tale occasione il consorzio stabile (mandatario) chiedeva, a seguito dell'aggiudicazione definitiva e prima dell'inizio dei lavori, di poter sostituire, con altra impresa socia pur sempre qualificata per l'esecuzione dei lavori, una delle imprese indicate in sede di offerta quali esecutrici.

Il parere citato riteneva che, nel caso di specie, i mutamenti soggettivi fossero da configurare quali vicende interne al soggetto collettivo, a sua volta facente parte di un Raggruppamento Temporaneo di Imprese, in quanto, sotto il profilo delle percentuali di partecipazione, non si ravvisavano modifiche o alterazioni nelle relazioni esterne.

Si osservava in quell'occasione che il consorzio stabile (ex art. 36 del d.lgs. n. 163 del 2006) «è un soggetto che si connota per la creazione a priori di una struttura unificata tra le imprese consorziate che in tal modo si aggregano e, ferma restando l'autonomia soggettiva di queste ultime, postula un legame associativo tra loro ben più stretto che in ogni altra forma di collegamento prevista dalla legge. Il consorzio stabile, quale forma intermedia tra le associazioni temporanee di imprese e la concentrazione delle stesse, ha la capacità di assumere in proprio le obbligazioni dedotte in appalto e non è assimilabile alla comune categoria delle ATI [...]» (Cons. Stato Sez. III, 14 gennaio 2013, n. 145). Il Parere in argomento rilevava quindi che, «a differenza delle società riunite che realizzano una mera contitolarità del rapporto obbligatorio derivante dal contratto, il consorzio stabile realizza una nuova



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

struttura soggettiva: pertanto, eventuali mutamenti interni della struttura rilevano come mutamenti di rapporti interorganici interni alla struttura, senza assumere valenza intersoggettiva a rilevanza esterna. A differenza delle riunioni temporanee di imprese, infatti, il Consorzio è l'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». Si richiamava con l'occasione anche il Parere sulla normativa 7 marzo 2013, AG 26/12, dove l'Autorità affermava 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 consorziate e la stazione appaltante, e determina unicamente una distribuzione interna di responsabilità inopponibile ai terzi.

Il Parere 7/2013 concludeva nel senso che «l'autonoma soggettività del consorzio consente la possibilità di designare una nuova cooperativa come esecutrice ove per motivi sopravvenuti la prima designata non sia in condizione di svolgere compiutamente la prestazione» (Cons. Giust. Amm. Regione Siciliana, sez. giur., 2 gennaio 2012, n. 12).

Con Parere sulla Normativa del 9 ottobre 2013 (AG 49/2013) era stato anche affermato che i consorzi di cooperative sono equiparati quoad naturam ai consorzi stabili e non ai consorzi ordinari, in quanto il consorzio di cooperative di produzione e lavoro «è dotato di soggettività giuridica autonoma e stabile, diversamente da quanto accade per le riunioni temporanee di imprese, sicché il rapporto che lega le cooperative consorziate alla struttura consortile è un rapporto di carattere organico. Non è dubitabile che il consorzio sia l'unico soggetto interlocutore dell'amministrazione appaltante, che in quanto tale partecipa alla procedura non come mandatario, ma ex se come portatore di un interesse proprio, anche se finalisticamente collegato allo scopo mutualistico delle consorziate, destinato ad assumere la veste di parte del contratto, con relativa assunzione in proprio di tutti gli obblighi, gli oneri e le responsabilità» (Consiglio di Stato, VI, 29 aprile 2003, n. 2183). Nel richiamare le norme del d.lgs. 163/2006 si evidenziava che «l'art. 34, co. 1, lett. e) rinvia, in tema di partecipazione alle procedure di affidamento dei consorzi ordinari di imprese, all'art. 37 e quest'ultimo, al comma 7, stabilisce che solo i consorzi di cui alla lett. d) del suddetto art. 34 sono obbligati a indicare, in sede di offerta, per quali consorziati concorrono. L'omissione di tale previsione riguardo i consorzi ordinari non può avere altro significato se non quello di escludere che essi possano partecipare solo per alcune delle imprese consorziate, con la conseguenza che sono obbligati a partecipare per tutte. I consorzi di cooperative di produzione e lavoro sono poi regolati da una normativa speciale che li qualifica come persone giuridiche, ed ancor più palese è quindi la loro differenza rispetto ai consorzi ordinari» (TAR Toscana, Firenze, I, 14 febbraio 2011, n. 317).

Si concludeva in quella sede che, con riguardo alla legittimità della modifica soggettiva delle ditte esecutrici rispetto alle ditte indicate in sede di gara, la normativa dettata per i consorzi stabili all'art. 36 è applicabile analogicamente al caso delle cooperative di produzione e lavoro, in virtù della loro identità



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

ontologica. In tal senso, deve considerarsi consentita, in quanto legittima, la modifica soggettiva, anche in senso additivo, aggregando nuovi soggetti in aggiunta o in sostituzione, rispetto a quelli inizialmente indicati in sede di gara.

Si ribadiva tuttavia che “l'immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche è preordinata a garantire l'amministrazione appaltante in ordine alla verifica dei requisiti di idoneità morale, tecnico organizzativa ed economica, nonché alla legittimazione delle imprese che hanno partecipato alla gara, non potendo ammettersi la sanatoria di irregolarità che avrebbero precluso ad una impresa di partecipare alla gara fin dall'inizio. E si rammentava che poteva ammettersi una modifica della compagine soggettiva in senso riduttivo per esigenze organizzative proprie del raggruppamento o del consorzio, e non già per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente che recede (Cons. St., Ad. plen. 4 maggio 2012, n. 8/; Cons. St., sez. VI, 16 febbraio 2010, n. 842).

In altri termini, il recesso dell'impresa componente, nel corso della procedura di gara, non può mai valere a sanare ex post una situazione di preclusione all'ammissione alla procedura in ragione della esistenza, a suo carico, di cause di esclusione” (Determinazione 10 ottobre 2012, n. 4).

E pertanto le modifiche sono consentite soltanto per motivi sopravvenuti e non per motivi già sussistenti al momento della gara: non è, ammissibile infatti, un comportamento del consorzio preordinato a sottoporre a controlli determinate imprese, perché poi siano sostituite con altre in fase di esecuzione.

Il parere ora evidenziato chiariva dunque che «l'apertura interpretativa nel senso della modificabilità soggettiva dei consorzi stabili (e dei consorzi di cooperative di produzione e lavoro) non può consentire di configurare una facoltà rimessa al mero arbitrio del concorrente, al quale sarebbe così consentito di modificare senza alcun limite in corso di esecuzione i soggetti indicati in fase di gara. Ne deriva che la modificazione soggettiva del partecipante è consentita tra la fase di gara e la fase di esecuzione, alla stessa stregua di quanto prescritto dall'art. 37, comma 9 [...]. In nessun caso, può ritenersi consentita una modifica in fase di gara, per ovviare ad un provvedimento di esclusione che dipende dalla mancanza dei requisiti morali di un soggetto, candidatosi come concorrente [...]. Ne deriva ancora quale pacifico principio che, successivamente alla intervenuta modifica, le stazioni appaltanti devono procedere al controllo dei requisiti morali del soggetto intervenuto ed, eventualmente, procedere alla esclusione del consorzio, in caso di mancanza degli stessi».

In conclusione, si affermava che: la disciplina applicabile ai consorzi stabili è applicabile anche ai consorzi di cooperative di produzione e lavoro e altre figure affini, in virtù delle disposizioni degli artt. 35, 36, 37 del Codice, ove tali soggetti sono assimilati quanto alla disciplina ai consorzi stabili; le modifiche soggettive sono consentite soltanto per motivi sopravvenuti e non devono configurare



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

uno strumento per eludere il necessario controllo preventivo di moralità delle imprese in fase di gara, ex art. 38; in nessun caso, le modifiche soggettive sono ammesse per ovviare ad un controllo con esito negativo in fase di gara; le modifiche soggettive non sono ammesse in fase di gara ma possono intervenire tra la fase di gara e l'esecuzione; il controllo di moralità deve essere effettuato nei confronti delle nuove imprese intervenute; non sono ammissibili le designazioni cd "a cascata", rivolte a soggetti terzi, non concorrenti direttamente alla gara.

Occorre infine richiamare l'orientamento del Consiglio di Stato (Ad. plen. 20 maggio 2013, n. 14) laddove afferma che al consorzio aggiudicatario va riconosciuta la facoltà di indicare, quale esecutore, una diversa propria consorziata ove, per motivi sopravvenuti, la prima designata non sia in condizione di svolgere compiutamente la prestazione.

Alla luce di quanto sopra esposto, si deve concludere che, nel caso di specie, è da ritenere ammissibile la sostituzione della consorziata esecutrice qualora ciò non valga a sanare ex post il difetto di un requisito di partecipazione, in violazione della par condicio.

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- è da ritenere ammissibile la sostituzione della consorziata esecutrice qualora ciò non valga a sanare ex post il difetto di un requisito di partecipazione, in violazione della par condicio.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 20 luglio 2016

Il Segretario, Maria Esposito