



DELIBERA N. 145

20 marzo 2024

Oggetto

Istanza CONGIUNTA presentata dalla EDIL.ART. e dal Comune di Alberobello (BA) - Procedura negoziata ai sensi dell'art. 36, comma 2, lettera B), del d.lgs. 50/2016 e dell'art. 1, comma 2, lettera B) della L. 120/20 - Avviso regionale "Programma dell'abitare sostenibile e solidale Regione Puglia". Delibera di G.R. n. 2419 del 19.12.2019. Linea di intervento n. 2. Completamento e riqualificazione dell'immobile comunale sito in via Barsento - CIG: 952696269D - CUP: B64H200114420006. Importo a base di gara euro: 515000. Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa. S.A.: Comune di Alberobello (BA)

UPREC-PRE 0067/2024/L/PREC

Riferimenti normativi

Articolo 45, co. 2, lett. b) del d.lgs. 50/2016

Articolo 48, co. 7 bis del d.lgs. 50/2016

Parole chiave

appalto pubblico – lavori – consorzi stabili – sostituzione consorziata esecutrice – criteri

Massima

appalto pubblico – lavori – consorzi stabili – sostituzione consorziata esecutrice – criteri

In materia di sostituzione della consorziata esecutrice nei Consorzi Stabili, la previsione di riferimento, art. 48, co. 7bis del d.lgs. 50/2016, pone come unica condizione l'insussistenza di cause di esclusione – all'atto della partecipazione alla gara – in capo all'impresa consorziata originariamente designata per l'esecuzione, ma non prevede che la nuova esecutrice sia stata già designata o che facesse parte del consorzio prima della scadenza dei termini per la presentazione dell'offerta o dell'aggiudicazione. In tal senso 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 e generale ed infine che la nuova impresa designata sia in possesso dei



requisiti di ordine generale. La circostanza che la nuova consorziata abbia fatto ingresso nella compagine del consorzio dopo l'aggiudicazione è pertanto 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.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 20 marzo 2024

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 24583 del 20.2.2024 con la quale la stazione appaltante Comune di Alberobello e l'o.e. consorzio Edil. Art. hanno congiuntamente chiesto alla scrivente Autorità di voler esprimere un parere di precontenzioso relativamente alla legittimità della sostituzione dell'impresa consorziata quale esecutrice dei lavori indicata in fase di gara con altra impresa esecutrice consorziatasi in data successiva alla data di aggiudicazione;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 25842 del 22.2.2024;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalle parti;

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità verte essenzialmente sulla possibilità sostenuta dall'o.e. istante per un consorzio tra imprese artigiane aggiudicatario di un appalto di lavori di sostituire l'impresa esecutrice dei lavori indicata in fase di gara con altra impresa consorziatasi in data successiva alla data di aggiudicazione del medesimo appalto, quando invece la stazione appaltante eccepisce che la disciplina di riferimento, pur permettendo la sostituzione, non consente la designazione di un'impresa consorziatasi successivamente all'impegno presentato in sede di offerta;

PRESO ATTO preliminarmente che l'o.e. istante eccepisce che *"Il consorzio EDIL.ART. è un consorzio tra imprese artigiane (ai sensi dell'art. 45, comma 2, lett. b), del d.lgs. 50/2016) costituito ai sensi degli artt. 2602 e seguenti del codice civile e della legge n. 443 del 08/08/19852"* e quindi avrebbe una natura differente rispetto ai consorzi stabili dei quali invece la stazione appaltante invoca l'applicabilità della disciplina anche al caso di specie. Sul punto si osserva che non paiono sussistere dubbi sulla assimilazione tra i consorzi di imprese artigiane e i consorzi stabili come rilevato, sia dalla giurisprudenza (cfr. ex multis TAR Piemonte n. 908/2020, TAR Toscana Firenze Sez. I, 14-02-2011, n. 317; Cons. Stato Sez. VI Sent., 08-02-2008, n. 416), che dall'Autorità (cfr. delibera n.119 del 06/06/2014), risultando peraltro espressamente normata l'ipotesi di sostituzione della consorziata esecutrice ex art. 48, co. 7 bis, dove vengono parificate le forme consortili di cui all'art. 45, co. 2 lett. b) e lett. c);

RILEVATO quanto sopra, con riferimento alla vicenda di cui è causa si precisa che la norma di riferimento è il richiamato art. 48, co. 7 bis, il quale sancisce 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.";

RILEVATO preliminarmente che secondo la giurisprudenza prevalente I consorzi stabili, ai sensi dell'art. 45, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, sono costituiti "tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro" che "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". I partecipanti in questo caso 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. Sulla base di questa impostazione, la Corte di giustizia UE ammette 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 (v. Corte di giustizia UE 23/12/2009, C-376/08, emessa su ordinanza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sez. I, 2 aprile 2008, n. 194). Invero, il consorzio stabile, proprio perché dotato di personalità giuridica a differenza del consorzio con attività esterna, implica la costituzione di un'autonoma struttura consortile e il rapporto intercorrente tra consorzio ed imprese consorziate può essere ricondotto al rapporto tra società commerciale e socio, ove lo strumento associativo assume una sua completa autonomia (cfr. Cons. Stato, V, 18 ottobre 2022, n. 8866). Il consorzio stabile costituisce, dunque, una struttura dotata di propria soggettività giuridica (sul punto, cfr. Cons. Stato, V, 7 novembre 2022, n. 9762) alla luce del rapporto organico che lega lo stesso alle proprie consorziate, nonché alla luce della responsabilità solidale di consorzio stabile e consorziata indicata verso la stazione appaltante. I consorzi stabili sono, pertanto, soggetti dotati di autonoma personalità giuridica, distinta dalle imprese consorziate, configurandosi, dunque, come aggregazioni durevoli di soggetti che nascono da un'esigenza di cooperazione ed assistenza reciproca e che, operando come un'unica impresa, si accreditano all'esterno come soggetto distinto (cfr. Cons. Stato, III, 4 febbraio 2019, n. 865).;

CONSIDERATO altresì che sempre autorevole giurisprudenza (cfr. ex multis Cons. Stato sez. IV, n. 5563 del 2021; Cons. Stato V, 11 novembre 2022, n. 9923) ha affermato che la variazione della composizione soggettiva del concorrente, prevista dall'art. 48, commi 7 bis, 17, 18, 19 e 19 ter, d.lgs. n. 50 del 2016, incontra il limite della immodificabilità dell'offerta, al fine di assicurare il rispetto dei principi di parità di trattamento, di trasparenza e di corrispondenza tra prestazioni proposte e prestazione eseguite ovvero tra offerta presentata e lavori, forniture o servizi realizzati in fase di esecuzione. Tale situazione viene diffusamente esaminata dal Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria con la sentenza n. 2/2022, in cui viene 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". In tal senso il Supremo Consesso Amministrativo osserva precipuamente che "È chiaro che la modifica sostitutiva 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;

CONSIDERATO inoltre che una recente sentenza del Supremo Consesso Amministrativo, occupandosi dell'applicabilità dei principi espressi dalla Plenaria 2/2022 ai consorzi stabili, ha avuto modo di osservare che "*Ciò in ragione del fatto 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, inoltre, 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*. Ciò in quanto la modifica in riduzione della compagine soggettiva di un operatore partecipante alla procedura in forma plurisoggettiva presuppone, pur sempre, il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di gara alla data di presentazione della domanda. 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. La soluzione interpretativa delineata non confligge con la perdurante validità del principio di necessaria continuità nel possesso dei requisiti, affermato dall'Adunanza Plenaria con sentenza n. 8/2015, né con il più generale principio di immodificabilità soggettiva del concorrente (Cons. Stato, sez. V, 26 aprile 2018, n. 2527). Anzi tale prospettiva è idonea a soddisfare sia il principio del *favor participationis*, sia quello della certezza dei requisiti che debbono ricorrere affinché un determinato soggetto giuridico possa legittimamente concorrere per l'aggiudicazione di un contratto di lavori, servizi e forniture. Un ulteriore argomento viene offerto dal percorso argomentativo seguito da questa Sezione, con sentenza n. 9923 del 11.11.2022, che ha ritenuto applicabile anche ai consorzi stabili i principi dell'Adunanza Plenaria, in forza del rinvio contenuto nello stesso art. 48, comma 19 bis, del d.lgs. n. 50 del 2016. L'estensione si aggiunge a quanto già previsto dal comma 7 bis dello stesso articolo 48, che consente nelle stesse ipotesi dei commi 17, 18 e 19, quando riguardino l'impresa consorziata designata per l'esecuzione, la designazione ai fini*



dell'esecuzione di una impresa consorziata diversa da quella indicata in sede di gara. La generale previsione del comma 19 ter 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. Secondo quanto statuito nella decisione richiamata, 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. In conclusione, deve ritenersi che nel caso di specie era consentita in sede di gara l'estromissione dell'impresa divenuta priva dei requisiti ex art. 80 cit., e conseguentemente possibile la sostituzione della consorziata designata con altra impresa in possesso dei requisiti di partecipazione e di quelli di qualificazione per l'esecuzione dei lavori indicati dalla lex specialis' (Consiglio di Stato, 24 gennaio 2023, n. 779);

RILEVATO quanto sopra, può pertanto ritenersi superato il rilievo contenuto nella delibera n. 208 del 1.3.2017 – AG 7/2017/AP, richiamata dalla stazione appaltante a fondamento del proprio operato, secondo cui *"I consorzi stabili possono assegnare le prestazioni oggetto del contratto d'appalto ai soli consorziati per i quali, in fase di presentazione dell'offerta, hanno dichiarato di partecipare, per cui ogni ulteriore affidamento ad altre imprese, soprattutto se consorziate successivamente all'espletamento della gara, deve ritenersi illegittimo"*, anche alla luce della considerazione che il predetto parere è anteriore al d.lgs. 56/2017 in vigore dal 20.5.2017 che, attraverso l'introduzione dei commi 7 bis, 19 bis e 19 ter dell'art. 48, ha notevolmente ampliato il perimetro delle modifiche soggettive consentite in fase di gara. In tal senso giova altresì richiamare un altro parere reso dall'Autorità (cfr. AG 7/2013 30/07/2013) secondo cui *«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). In altri termini, il rapporto organico che lega le consorziate, ivi compresa quella incaricata dell'esecuzione dei lavori, non appare diverso da quello che lega i singoli soci ad una società ed è tale che le attività compiute dalle consorziate siano imputate organicamente al consorzio, come unico ed autonomo centro di imputazione e di riferimento di interessi. Ne deriva 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). In conclusione, le motivazioni esposte portano a ritenere a fortiori che le modifiche soggettive di un Consorzio stabile, partecipante come mandatario in un RTI ordinario, abbiano un rilievo meramente interno, qualificabile alla stregua di un rapporto interorganico. Infatti, se tali modifiche non incidono nel rapporto tra consorzio stabile e stazione appaltante, esse non mutano in alcun modo la partecipazione soggettiva del consorzio stabile al raggruppamento temporaneo aggiudicatario di un appalto pubblico, anche in qualità di mandatario. Tale modifica soggettiva, infatti, non incide sul soggetto partecipante alla gara e/o esecutore del contratto, che rimane immutato e non appare, per questo, incorrere nel principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare, né in quello di immodificabilità del raggruppamento temporaneo di imprese»;*



CONSIDERATO quanto sopra, pertanto, la previsione di riferimento art. 48, co. 7bis del d.lgs. 50/2016 pone come unica condizione l'insussistenza di cause di esclusione – all'atto della partecipazione alla gara - in capo all'impresa consorziata originariamente designata per l'esecuzione, ma non prevede che la nuova esecutrice sia stata già designata o che facesse parte del consorzio prima della scadenza dei termini per la presentazione dell'offerta o dell'aggiudicazione. 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;

CONSIDERATO quanto sopra deve infine osservarsi che, alla luce delle indicazioni rese dal Comune di Alberobello nella nota del 7.2.2024 prot. 2877 e non contestate dall'o.e., inerenti la grave violazione in materia previdenziale e contributiva riferita alla ditta subentrante, questa dovrà essere valutata dalla medesima stazione appaltante nell'ambito delle sue verifiche di competenza;

Il Consiglio

ritiene, sulla base di tutte le motivazioni che precedono, che:

- la richiesta di sostituzione della ditta subentrante quale consorziata esecutrice operata dalla amministrazione comunale di Alberobello non possa ritenersi conforme alla disciplina di settore, potendo il Consorzio designare anche ditte consorziate successivamente alla presentazione dell'offerta purché ciò non sia finalizzato ad eludere in tale sede la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata;
- Conseguentemente, dovrà consentire la possibilità di sostituzione con la ditta consorziata indicata dal Consorzio a condizione che la subentrante sia in possesso dei requisiti di ordine generale che dovranno essere verificati dalla stazione appaltante.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 27 marzo 2024

Il Segretario Valentina Angelucci

Firmato digitalmente