



Sui consorzi “non necessari”: analisi giuridica dell’istituto della “consorzziata esecutrice” nel nuovo codice dei contratti pubblici

Descrizione

About “unnecessary consortia”: legal analysis of the institution of the “executing consortium” in the new code of public contracts

di Giovanni D’Elia, Cultore della materia in Diritto amministrativo, Università del Salento, Dipartimento di Scienze Umane e Sociali

Sintesi

L’articolo riflette in senso critico, tramite un’analisi comparativa dell’art. 48 comma 7/bis del Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e dell’art. 67 del Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, sul nuovo istituto giuridico dei *consorzi non necessari*, fattispecie legale che racchiude: i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro, i consorzi tra imprese artigiane, i consorzi stabili e i consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria. A questo scopo, l’articolo offre una lettura sistematica e dogmatica della disciplina inserita nel nuovo codice dei contratti pubblici, risolvendo la problematica natura e funzione dell’istituto della “consorzziata esecutrice”, che, a fronte delle numerose modifiche codicistiche, richiede un’interpretazione coerente con i principi giuridici ed economici sottesi alla materia dei consorzi non necessari, tuttora frastagliata e diversificata.

Abstract

The article reflects critically, through a comparative analysis of the art. 48 paragraph 7/bis of Legislative Decree 18 April 2016, n. 50 and art. 67 of Legislative Decree 31 March 2023, n. 36, on the new legal institution of *unnecessary consortia*, a legal case which includes: consortia between production and labor cooperative companies, consortia between artisan businesses, stable consortia and stable consortia of professional companies and engineering companies. To this end, the article offers a systematic and dogmatic reading of the discipline included in the new code of public contracts, resolving the problematic nature and function of the institution of the “executing consortium”, which, in the face of numerous code changes, requires a interpretation consistent with the legal and economic principles underlying the matter of unnecessary consortia, which is still fragmented and diversified.

Parole chiave: consorzi, consorzi non necessari, atti e fatti sopravvenuti.

Indice: 1. Introduzione. – 2. La modifica della consorziata esecutrice nel previgente Codice. – 3. La modifica della consorziata esecutrice nel nuovo Codice dei Contratti. – 3.1. L’introduzione del concetto di “consorzio non necessario” e la disciplina a loro comune. – 3.2. Consorzi stabili e consorzi stabili di società di professionisti o società di ingegneria. – 3.2.1. (segue) l’applicazione dell’art. 97 per i consorzi stabili e consorzi stabili di società di professionisti o società di ingegneria nonché per i consorzi fra imprese artigiane. – 4. La disciplina dei Consorzi fra cooperative. – 4.1. La residuale disciplina comune tra Consorzi fra cooperative e consorzi di imprese artigiane. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

La materia della modifica delle consorziate designate esecutrici nei consorzi stabili o nei consorzi tra imprese artigiane o, ancora, nei consorzi tra società cooperative di produzione e lavoro è stata spesso oggetto di pronunce giurisprudenziali e di profonde modifiche normative, a partire dal Codice “De Lise” (Decreto Legislativo 12 aprile 2006 n.163) per arrivare al previgente Codice dei contratti pubblici (Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50) fino a giungere all’attuale Codice di cui al Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36.

In particolare ci si soffermerà sulla lettura del previgente art. 48 comma 7/bis e sul concetto di “atti e fatti sopravvenuti”, per analizzare quali tipologie di consorzi e per quali ragioni possono effettuare sostituzioni delle consorziate esecutrici, e per soffermarsi poi sull’attuale normativa e sulla distinzione che ne fa all’interno del concetto di *consorzi non necessari*. Infine si farà un accenno alla possibilità, da parte dei consorzi, di designare una nuova esecutrice per motivi del tutto soggettivi.

2. La modifica della consorziata esecutrice nel previgente Codice

Com’è noto, il Decreto Legislativo 19 aprile 2017 n. 56 (c.d. “correttivo” al Codice dei Contratti pubblici, D.Lgs. n. 50/2016) ha introdotto, all’art. 48, il comma 7/bis, il quale prevede che per le ragioni descritte ai commi 17, 18 e 19 del medesimo art. 48^[1] nonché per “fatti o atti sopravvenuti” è possibile designare, ai fini dell’esecuzione dei lavori o dei servizi, una impresa consorziata diversa da quella indicata in sede di gara, purché la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere le regole della *par condicio* tra concorrenti, ossia a sopperire alla mancanza di un requisito di partecipazione in capo alla consorziata.

I consorzi cui si riferisce la norma sono quelli di cui all’art. 45 comma 2 lett. b) e c) del previgente Codice, ossia: (1) consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro (costituiti a norma della legge

25 giugno 1909, n. 422, e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577); (2) consorzi tra imprese artigiane (ex legge 8 agosto 1985, n. 443) e (3) consorzi stabili, 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. La norma specifica altresì che i suddetti 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[2].

L'aggiunta dell'art. 7/bis si è resa necessaria al fine di regolamentare i limiti della modificabilità delle consorziate esecutrici nell'ambito di tali tipologie di consorzi[3]. Nonostante vi sia stata poca chiarezza in materia, si ritiene che ciò che vale per il consorzio stabile valga anche per il consorzio fra società cooperative di produzione e lavoro[4].

Tale disposizione, rispetto al passato, apporta elementi di chiarezza in fatto di modifica dell'impresa esecutrice, permettendo «(...) una maggiore flessibilità circa la conformazione dei concorrenti raggruppati sia durante la fase esecutiva sia avuto riguardo alla fase di gara (...) con lo scopo di rendere fluida la struttura dei raggruppamenti e dei consorzi, così da scardinare il principio della immutabilità dei concorrenti raggruppati. In sostanza sembra che sia stato scardinato il paradigma originario: l'eccezione diventa regola e quest'ultima, a sua volta, viene ora identificata a contrario attraverso una tipizzazione a numero chiuso delle fattispecie applicative della non modificabilità. Così l'ambito operativo del comma 9, originariamente perno dell'art. 48 del Codice, viene ridotto della sua portata applicativa soprattutto alla luce dei modificati (rectius: ampliati) commi 17, e 18 e del nuovo comma 19-ter[5]».

Tuttavia, come ben sanno gli operatori del diritto che lavorano all'interno delle Stazioni appaltanti, la norma, anziché apportare elementi di chiarezza, ha reso complesso stabilire quando e per quali ragioni, sia consentito al Consorzio di modificare la compagine interna, designando un'altra consorziata al posto di quella indicata in sede di gara, in quanto il concetto di "atti e fatti sopravvenuti" è generico e, dunque, la terminologia usata dal legislatore è «(...) evidentemente ampia e suscettibile di ricomprendere una qualunque ipotesi di impossibilità della consorziata»[6].

Nemmeno la lettura della Relazione illustrativa allo schema di decreto correttivo al Codice[7] è stata di grande aiuto, in quanto recita che: *“alla lettera b) si inserisce un comma 7-bis che introduce il divieto per il consorzio stabile e per il consorzio di cooperative di produzione e lavoro di incaricare, per l'esecuzione dei lavori, servizi e forniture, 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 di lavori, un'impresa consorziata diversa da quella indicata in sede di gara; essa, tra l'altro, è confortata anche dagli orientamenti interpretativi in materia (cfr. parere Anac AG 49/2013)”*.

Il parere Anac citato dalla Relazione, al contrario, apporta decisivi elementi di chiarezza. Pur essendo riferito al vecchio Codice De Lise, specifica comunque una regola di diritto generale, per cui « (...) sono precluse modificazioni soggettive sopraggiunte, idonee a rendere vane le verifiche preliminari. Una diversa interpretazione confliggerebbe, infatti, con i più elementari principi in materia di contratti pubblici e, in particolare, con il principio che impone che il contraente sia sottoposto a controlli

a garanzia della moralità dell'impresa". Ribadendo 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 sin dall'inizio».

Per tali ragioni, continua il parere, i soli casi contemplati dalla norma (fallimento, concordato, morte, ecc.) sono ammissibili perché "(...) riguardano motivi indipendenti dalla volontà del soggetto partecipante alla gara e trovano giustificazione nell'interesse della stazione appaltante alla continuazione della stessa (...)".

Dunque dalla lettura di detto parere sembra che il concetto di "atti e fatti sopravvenuti" sia da legarsi inscindibilmente alle fattispecie indicate nei successivi commi 17, 18 e 19 della norma in commento.

Sicché v'è da immaginare che "atti e fatti sopravvenuti", alla luce della collocazione sistematica della norma, si intendono come motivi ulteriori rispetto a quelli oggettivi previsti dai commi 17, 18 e 19 del medesimo art. 48, che sono motivi oggettivi e non dipendenti dalla volontà del Consorzio.

Tuttavia la giurisprudenza amministrativa, nel corso del tempo, ha espresso, in punto di diritto, il principio per cui, in detti consorzi, a differenza di altri^[8], è possibile sostituire l'impresa esecutrice, in quanto le aziende che compongono il consorzio sono da considerarsi *articolazioni organiche del soggetto collettivo, e cioè suoi interna corporis*^[9].

Inoltre la giurisprudenza amministrativa ha anche specificato, nell'importante Adunanza Plenaria n. 2/2022, 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».

La questione si è posta ripetutamente in caso di perdita di un requisito di partecipazione previsto dalla norma ovvero di esecuzione previsto dalla *lex specialis*, oggetto di valutazione ai sensi del Disciplinare di gara. In questi casi appare pacifico che la sostituzione sia possibile^[10].

Meno chiara è la fattispecie di sostituzione dipendente dalla mera volontà del Consorzio, ossia il caso in cui, a seguito della firma del contratto, il Consorzio decida di operare una sostituzione dell'impresa consorziata esecutrice senza addurre oggettive motivazioni, per cause sopravvenute e indipendenti dalla mera volontà (perdita di un requisito, impossibilità sopravvenuta, stato di crisi dell'impresa esecutrice, eventi contingibili e urgenti, etc.). In questi casi, a parere dello scrivente, si ritiene che la sostituzione non poteva (*rectius: possa*, in virtù dell'applicazione del previgente codice a numerose procedure ancora in essere) trovare accoglimento da parte dell'Amministrazione stante il divieto posto dall'art. 48 comma 7 e dal collegamento del concetto di "atti e fatti sopravvenuti" con le oggettive ragioni poste ai commi 17, 18 e 19 del medesimo articolo.

La giurisprudenza ha dunque tracciato i confini entro cui i consorzi in esame possono muoversi, senza tuttavia approfondire, a modesto parere dell'autore, cosa si debba effettivamente intendere per "atti o fatti sopravvenuti"^[11].

3. La modifica della consorziata esecutrice nel nuovo Codice dei Contratti

Va subito detto che, nell'attuale Codice dei Contratti di cui al D.Lgs. 36/2023 è stato espunto il riferimento agli "atti e fatti sopravvenuti" di cui al previgente art. 48 comma 7/bis.

Dunque, di primo acchito, appare superato il limite della sostituzione dell'impresa esecutrice per ulteriori atti o fatti rispetto a quelli oggettivi che, nell'attuale codice, sono confluiti nel Titolo IV Capo II del Codice, in materia di requisiti di partecipazione, in particolare negli artt. 94 e 97^[12].

Tuttavia la novella normativa ha apportato ulteriori elementi d'incertezza per cui non appare del tutto pacifico che i consorzi di cui alle previgenti lettere b) e c) del vecchio art. 45 (ossia consorzi fra società cooperative, consorzi tra imprese artigiane e consorzi stabili) siano accomunati dalla medesima disciplina normativa.

Anzi, si dirà tra poco che, a fronte del tentativo, da parte del legislatore, di semplificare e predisporre una disciplina omogenea e uniforme in relazione a siffatte tipologie di consorzi, s'è poi optato per una sottile distinzione tra consorzi stabili e consorzi tra società cooperative ovvero tra questi ultimi ed i consorzi tra imprese artigiane, in materia di requisiti di capacità tecnico-finanziaria ovvero di possibilità di designare imprese esecutrici o, ancora in caso di esclusione di queste ultime dalla procedura di affidamento. Una differenziazione non sempre facilmente intelligibile e che mortifica il tentativo di approntare una disciplina chiara ed unitaria.

3.1. L'introduzione del concetto di "consorzio non necessario" e la disciplina a loro comune

Ad una prima e approssimativa lettura dell'art. 67 del D.Lgs. 36/2023^[13] appare che detti soggetti siano accomunati dalla medesima disciplina. Il concetto di *consorzi non necessari* è infatti di nuovo conio e sembra essere stato introdotto al fine di applicare un regime agevolato di qualificazione per tutti i consorzi ivi disciplinati, per consentire, dunque, l'istituto del c.d. cumulo alla rinfusa^[14], usando tanto i requisiti del consorzio stesso quanto quelli delle imprese consorziate, anche se non indicate come consorziate esecutrici.

Tuttavia la norma appare ineffettuale, in quanto, pur prevedendo un articolo comune per diverse tipologie di consorzio, ne distingue, al proprio interno, la disciplina applicativa.

Intanto appare opportuno tentare di comprendere a quali soggetti si riferisce la norma.

Il comma 1 dell'art. 67 perimetra il campo nei confronti dei seguenti soggetti (di cui all' art. 65 comma 2 lett. b) c) d)):

- i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422 e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577;
- i consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443;
- i consorzi stabili, 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;

– i consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria, anche in forma mista, formati da non meno di tre consorziati che abbiano operato nei settori dei servizi di ingegneria e architettura (art. 66 comma 1 lett. g)).

Tuttavia l'unica disciplina comune ai *consorzi non necessari* è quella di cui all'art. 67 comma 1, il quale prevede che il regolamento di cui all'art 100 comma 4[15] disciplinerà i requisiti di capacità tecnico-finanziaria per tutti i soggetti appena menzionati, pur tuttavia restando fermo che, nel frattempo, si applica l'allegato II.12 del Codice.

3.2. Consorzi stabili e consorzi stabili di società di professionisti o società di ingegneria

Dunque attualmente i consorzi stabili ed i consorzi stabili di società di professionisti o società di ingegneria debbono dichiarare in sede di offerta per quali consorziate concorrono (art. 67 comma 4 seconda parte)[16]. Se la consorziata indicata come esecutrice partecipa alla gara, potrà essere esclusa solo se sussistono rilevanti indizi tali da far ritenere che le offerte degli operatori economici siano imputabili ad un unico centro decisionale a cagione di accordi intercorsi con altri operatori economici partecipanti alla stessa gara (art. 95 comma 1 lett. d)).

Il comma 2 dell'art. 67, specificando, come appena visto, che si applica l'allegato II.12 nelle more dell'approvazione di un regolamento *ad hoc* (ex art. 100 comma 4), precisa che per i soli consorzi stabili si applicano queste regole:

- Per appalti di servizi e forniture: si applica il “cumulo alla rinfusa” e non più riferito ai soli mezzi e organico medio annuo, bensì a tutti i requisiti di ordine speciale[17];
- Per appalti di lavori: non si applica il cumulo alla rinfusa, ma una sommatoria dei requisiti, per cui la norma prevede, in una sorta di ritorno al passato (cioè applicando esattamente quanto disponeva l'art. 36 comma 7 del D.Lgs. 163/2006), che *“i requisiti di capacità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento sono posseduti e comprovati dagli stessi sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate”* (art. 67 comma 2 lett b)).

Quest'ultima norma viene poi approfondita nel comma 8[18], il quale detta precise regole in ordine alla classificazione delle imprese consorziate, per cui sono imposti limiti e condizioni.

Per quanto riguarda i requisiti generali di cui agli artt. 94 e 95, questi devono essere posseduti dal consorzio, dalle consorziate designate quali esecutrici e dalle altre consorziate, anche non esecutrici, che prestano i requisiti al consorzio. Nel caso di lavori e servizi, le eventuali autorizzazioni o titoli abitativi richiesti per la partecipazione alla gara devono essere posseduti dalla consorziata esecutrice.

Se il consorzio decide di optare per l'avvalimento, può cedere solo i requisiti maturati dal consorzio e non dalle consorziate (art. 67 comma 7).

E' stato osservato in dottrina che *«riemergono, anche nella nuova codificazione, momenti di ritrosia verso l'istituto consortile. Ci si riferisce, in particolare, alle previsioni di cui al c. 7 (invero riferite a tutti i consorzi contemplati dall'art. 67), che limitano la possibilità dell'avvalimento ai soli requisiti maturati in proprio dal consorzio. In ragione del tenore letterale della disposizione, il divieto opera vuoi nei confronti delle consorziate esecutrici, vuoi di terzi. Se, tuttavia, si pone riguardo agli insegnamenti della Corte di Giustizia [CGUE, 26.09.2019, C-63/19; CGUE, 27.11.2019, C- 402/18; CGUE, 10.10.2013, C-*

94/12; CGUE, 14.01.2016, C-234/14; CGUE, 3.06.2021, C-210/20; CGUE, 28 aprile 2022, C-642/20; CGUE, 14.09.2017, C-223/16] si osserva che la individuazione di limiti all'operatività di strumenti pro-concorrenziali dovrebbe rifuggire dalla identificazione di regole generali ed astratte (che esautorano le possibilità valutative delle stazioni appaltanti) e da uno stretto ancoraggio al principio di proporzionalità (in virtù del quale le imprese possono vedere limitata la propria libertà organizzativa in nome di comprovate esigenze di pubblico interesse, solo nella misura in cui ciò sia strettamente funzionale alla cura di quelle esigenze). In questa prospettiva, la disposizione pone dubbi di compatibilità con l'ordinamento europeo, tenuto conto che la riflessione dovrebbe concentrarsi non tanto sulla definizione degli ambiti di operatività dell'istituto (che dovrebbe essere mantenuta più ampia possibile), quanto sulla effettiva capacità dell'avvalimento di dar corso ad un reale trasferimento delle capacità operative sottese al trasferimento dei requisiti»[\[19\]](#).

Secondo il comma 4, detti consorzi, in fase di esecuzione, possono eseguire 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 nei confronti della stazione appaltante.

La responsabilità solidale da parte delle consorziate è l'ennesimo tratto distintivo tra dette tipologie di consorzio e quelle che verranno analizzate successivamente, in quanto le consorziate nei consorzi stabili ed in quelli stabili di società di professionisti o di ingegneria sono considerate entità diverse e separate dal consorzio e, dunque, la responsabilità non ricade solo in capo al consorzio ma viene ripartita, secondo l'istituto della responsabilità solidale ex art. 1292 c.c., in capo a tutte le consorziate indicate in sede di gara.

3.2.1. (segue) l'applicazione dell'art. 97 per i consorzi stabili e consorzi stabili di società di professionisti o società di ingegneria nonché per i consorzi fra imprese artigiane

L'art. 97 commi 1 e 2[\[20\]](#) prevede una disciplina specifica in caso di esclusione per il verificarsi di una causa automatica o non automatica della stessa, prevedendo che in sede di presentazione dell'offerta il soggetto collettivo debba comunicare alla Stazione appaltante la causa escludente verificatasi prima della presentazione dell'offerta e il venir meno del requisito di qualificazione nonché il nominativo del soggetto interessato; inoltre, prima dell'aggiudicazione, deve applicare e comunicare le misure di cui al comma 2, ossia che il soggetto è stato estromesso e sostituito con altro che possieda i necessari requisiti, fatta salva l'immodificabilità dell'offerta. Se tali misure sono ritenute congrue e tempestive, la Stazione appaltante non esclude il raggruppamento.

Secondo l'art. 97 comma 3 questa disciplina si applica anche ai consorzi fra imprese artigiane nonché ai consorzi stabili, ma limitatamente alle consorziate esecutrici e alle consorziate aventi i requisiti di cui i consorzi di avvalgono.

«Conformemente alla giurisprudenza maturata sotto il precedente codice [CdS, V, 07.11.2022, n. 9752; CdS, V, 28.03.2023, n. 3148], è ammessa la sostituzione della consorziata esecutrice. Lo stabilisce l'art. 97, c. 3, per le ragioni analiticamente illustrate nella relazione illustrativa agli articoli e allegati del Consiglio di Stato del 7 dicembre 2022, fermo restando che la norma sulla sostituibilità si riferisce ai consorzi fra imprese artigiane, nonché ai consorzi stabili limitatamente alle consorziate esecutrici e alle consorziate aventi i requisiti di cui i consorzi si avvalgono[\[21\]](#)».

La Relazione illustrativa al Codice ha difatti spiegato che «i consorzi fra imprese artigiane di cui alla lett. c) del comma 2 dell'art. 65 (già comma 2, lett. b, dell'art. 45 del decreto legislativo n. 50 del 2016) sono stati parificati ai consorzi stabili e non ai consorzi di cooperative (...) sulla scorta della più recente giurisprudenza (Consiglio di Stato n. 7155 del 2021, punti 1.4.2.1. e 1.4.2.3, dove viene richiamata la

pronuncia dell'Ad. plen. n. 5 del 2021, assimilando il consorzio fra imprese artigiane ai consorzi stabili). Per l'assimilabilità dei consorzi fra imprese artigiane ai consorzi stabili milita anche il parere ANAC n. 192 del 2008».

Pertanto appare evidente che la disciplina di cui all'art. 97 commi 1 e 2 si applica anche ai Consorzi tra imprese artigiane e, dunque, ne restano esclusi i soli consorzi tra società cooperative.

4. La disciplina dei Consorzi fra cooperative

La disciplina di cui all'art. 97 non si applica, dunque, ai consorzi in fra cooperative di produzione e lavoro.

La motivazione è espressa nella Relazione illustrativa al codice^[22], per cui: *«I consorzi di cooperative non sono stati annoverati tra i soggetti cui è applicabile la procedura di cui ai commi 1 e 2 in quanto il consorzio di cooperative costituisce una persona giuridica (art. 4 della legge n. 422 del 1909), 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 di tipo organico (Consiglio di Stato, sez. V, 2 settembre 2019, n. 6024): "l'attività compiuta dalle consorziate è imputata organicamente al consorzio, come unico ed autonomo centro di imputazione e di riferimento di interessi" (Ad. plen., 20 maggio 2013 n. 14). La giurisprudenza ha altresì affermato che "proprio tale autonoma soggettività giustifica anche la possibilità di designare una nuova cooperativa come esecutrice, ove per motivi sopravvenuti la prima designata non fosse in condizione di svolgere la prestazione».*

Tale impostazione *«(...) pare riflettere l'idea – diffusa in giurisprudenza – per cui il rapporto organico che lega le cooperative consorziate, ivi compresa quella incaricata dell'esecuzione dei lavori, è tale che l'attività compiuta dalle consorziate sia da imputarsi unicamente al consorzio, come unico ed autonomo centro di riferimento di interessi, con la conseguenza che concorrente è esclusivamente il consorzio, mentre la responsabilità per inadempimento degli obblighi contrattuali nei confronti del committente converge esclusivamente in capo al consorzio senza estendersi, in via solidale, alla cooperativa incaricata. Da ciò anche la prospettiva per cui l'esecutrice può essere estromessa o sostituita senza che ciò si rifletta sul rapporto esterno tra consorzio concorrente e committente [TAR Campania, Napoli, I, 7.01.2021, n. 89]»^[23].*

La relazione torna a parlare di "motivi sopravvenuti", citando una giurisprudenza ormai costante ma che si riferisce alla previgente normativa. Appare logico supporre che, essendo i tempi prematuri per la produzione di una giurisprudenza applicata al nuovo codice ed in attesa di pronunciamenti sul punto, si debba considerare superata la condizione della "causa sopravvenuta", a motivo del fatto che i consorzi fra cooperative sono considerati persone giuridiche e le cooperative facenti parte delle stesse proprie *interna corporis*, sicché le vicende interne di sostituzione dell'impresa esecutrice debbano essere indifferenti per la Stazione appaltante, a motivo della esplicita esclusione delle stesse dalla disciplina di cui all'art. 97 commi 1 e 2.

Detti consorzi possono partecipare alle procedure di affidamento usando i propri requisiti e, all'interno di questi, sfruttando i mezzi nelle disponibilità delle proprie consorziate (art. 67 comma 5).

Non pare che la norma preveda che i requisiti generali di cui agli articoli 94 e 95 debbano essere posseduti anche dalla consorziate esecutrice, posto che la norma si riferisce espressamente agli operatori di cui agli articoli 65 comma 2 lettere c) e d) (ossia consorzi tra imprese artigiane e consorzi

stabili) nonché all'art. 66 comma 1 lett. g) (ossia consorzi stabili di società di professionisti e società di ingegneria). Tuttavia «*Non può, però, sottacersi [STICCHI DAMIANI-MONTEDURO (8), 42] che per la progressa giurisprudenza fosse pacifico che il possesso dei requisiti di ordine generale dovesse essere verificato anche in capo alle consorziate esecutrici [CdS, A.P., 4.05.2012, n. 8]*»[\[24\]](#).

Inoltre, in fase di esecuzione, è pacifico che detti consorzi possono affidare le prestazioni alle proprie consorziate senza che ciò debba considerarsi subappalto (art. 67 comma 4 secondo periodo).

4.1. La residuale disciplina comune tra Consorzi fra cooperative e consorzi di imprese artigiane

Il codice parifica i consorzi tra società cooperative ai consorzi tra imprese artigiane in relazione alla impossibilità di eseguire le prestazioni in proprio, cosa invece possibile per i consorzi stabili e per i consorzi stabili di società di professionisti e di ingegneria (art. 67 comma 4, parte prima).

«*La previsione*», spiega la Relazione, «*non è stata estesa ai consorzi di cooperative in quanto non si ritiene che questi ultimi possano indicare sé stessi come esecutori stante lo scopo mutualistico (si dà per scontato in dottrina e nella sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 2 settembre 2019, n. 6024 che detti consorzi indichino una consorziata esecutrice). Sotto tale profilo i consorzi fra imprese artigiane sono invece assimilabili ai consorzi fra cooperative (Consiglio di Stato n. 7155 del 2021 e parere ANAC n. 192 del 2008)*».

Dunque ogni consorzio tra quelli “non necessari” deve indicare un’impresa esecutrice, con la differenza che quelli stabili e quelli tra società di professionisti e di ingegneria possono scegliere di eseguire le prestazioni in proprio, mentre i consorzi tra società cooperative e tra imprese artigiane non possono farlo. Queste ultime debbono procedere alla sostituzione dell’impresa esecutrice secondo la procedura imposta dall’art. 97 commi 1 e 2 in caso l’esecutrice sia interessata da una causa di esclusione automatica o non automatica, mentre per i soli consorzi tra società cooperative è concesso di sostituire l’esecutrice senza dare avvio alla predetta procedura, con un mero atto interno.

Altro elemento comune tra le due tipologie di consorzio in parola è che l’affidamento delle prestazioni ai propri consorziati non costituisce subappalto (art. 67 comma 4 secondo periodo).

Alla luce di ciò appare evidente, per come s’è detto poc’anzi, che la sostituzione della consorziata designata quale esecutrice è pacifica in relazione ai consorzi tra cooperative, mentre appare possibile, secondo un’interpretazione sistematica della norma in commento, anche per i consorzi tra imprese artigiane, vuoi per l’applicazione di cui all’art. 97 commi 1 e 2 (e comma 3, che estende la procedura ai consorzi tra imprese artigiane), vuoi per una lettura “a contrario” dell’art. 67 comma 4 che, impedendo al consorzio di eseguire in proprio le prestazioni, permette a quest’ultimo di sostituire l’impresa consorziata in caso di impossibilità, sempre premesso che la sostituzione non avvenga per addizione [\[25\]](#) e che la consorziata nuova esecutrice abbia i requisiti tecnico-economici richiesti dalla *lex specialis* [\[26\]](#).

5. Conclusioni

Il nuovo codice ha avuto senz'altro il pregio di apportare numerosi chiarimenti in materia di consorzi, definiti "non necessari" dall'art. 67 del Codice al fine di distinguerli dai consorzi ordinari. Tuttavia il pregevole tentativo chiarificatorio s'è scontrato con una disciplina frammentaria, sotto determinati aspetti, analizzati nel presente contributo.

Rispetto al passato è stato fatto un passo in avanti in materia di sostituzione dell'impresa esecutrice nei consorzi tra società cooperative, chiarendo, dunque, che oggi è possibile procedere alla sostituzione senza la preventiva autorizzazione da parte della Stazione appaltante ed eliminando il riferimento agli "atti e fatti sopravvenuti" che ha creato non pochi grattacapi alle Stazioni appaltanti.

Per le altre tipologie di consorzi "non necessari" è invece possibile sostituire l'impresa esecutrice accedendo ai rimedi di cui all'art. 97 commi 1 e 2.

Non è stato chiarito, tuttavia, come la Stazione appaltante si debba comportare in caso di richieste di sostituzione, integrazione o affiancamento dell'impresa esecutrice non per ragioni oggettive (come la perdita di un requisito) ma per mera volontà del consorzio. Vicende che potrebbero capitare nel caso in cui il consorzio decida, in fase di esecuzione e per ragioni meramente volontaristiche, di sostituire o addirittura affiancare l'esecutrice con un'altra consorziata.

La giurisprudenza ha risposto parzialmente a questa domanda, specificando che la sostituzione debba avvenire comunque sempre per diminuzione e non per addizione (Ad. Plen. n. 2/2022), che si verifica con l'introduzione nella compagine di un soggetto ad essa esterno.

Si ritiene, superate le disposizioni contenute nell'art. 48 del vecchio codice, che attualmente sia relativamente meno complesso procedere alla sostituzione delle consorziate designate esecutrici, non solo secondo la procedura di cui all'art. 97 commi 1 e 2 (ovvero per ragioni oggettive), ma anche, in via generale, per ragioni ulteriori, nel rispetto dell'esercizio della libertà organizzativa d'impresa, sempre premesso che la nuova esecutrice disponga dei requisiti di ordine generale e degli altri requisiti di ordine speciale previsti dalla *lex specialis*.

Mentre in caso di richieste di integrazione o affiancamento si ritiene, anche in vigore del nuovo codice, che valgano le considerazioni espresse dal Tar Emilia Romagna, con sentenza n. 997/2021 per cui tale forma è del tutto anomala, non prevista dalla legge ed è suscettibile di arrecare pregiudizio alla stazione appaltante e all'interesse pubblico alla buona esecuzione del contratto, non risultando chiaro quale sia il concreto ruolo che l'impresa affiancante avrà all'interno dell'esecuzione e quali siano le ricadute in termini organizzativi del servizio, della fornitura o del lavoro.

[1] I quali prevedono che: 17. *Salvo quanto previsto dall'articolo 110, comma 6, in caso di liquidazione giudiziale, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, concordato preventivo o di liquidazione del mandatario ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o liquidazione giudiziale 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.*

18. *Salvo quanto previsto dall'articolo 110, comma 6, in caso di liquidazione giudiziale, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, concordato preventivo o di liquidazione di uno dei mandanti ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o liquidazione giudiziale 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, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire.*

19. *E' ammesso il recesso di una o più imprese raggruppate, anche qualora il raggruppamento si riduca ad un unico soggetto, esclusivamente per esigenze organizzative del raggruppamento e sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire. In ogni caso la modifica soggettiva di cui al primo periodo non è ammessa se finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara.*

[2] Per un approfondimento sui consorzi stabili si V. E. Santoro, P. Santoro, *Nuovo manuale dei contratti pubblici*, Maggioli, 2011

[3] La norma si riferisce esclusivamente alle tipologie di consorzio elencate in narrativa perché, rispetto ai consorzi ordinari, presentano peculiarità proprie. In particolare dispongono di personalità giuridica e di una struttura d'impresa autonoma rispetto alle consorziate. Se, dunque, il consorzio ordinario è un soggetto con identità plurisoggettiva, per cui non esisterebbe senza le consorziate, il consorzio stabile ha un'autonoma personalità giuridica distinta dalle imprese consorziate, per cui, giocoforza, deve possedere un'autonoma struttura d'impresa, in grado di eseguire, anche in proprio, le prestazioni previste nel contratto. La giurisprudenza amministrativa ha elaborato, negli anni, la distinzione tra dette tipologie di consorzio e, in particolare, con CdS, n. 11439/2022 sono stati espressi, con pregevole chiarezza, i tratti distintivi nonché è stato chiarito che il Consorzio stabile è soggetto diverso dalle consorziate, sicché è possibile che una di esse possa autonomamente partecipare ad una procedura di affidamento di contratti pubblici. Dice il Consiglio di Stato: *“il consorzio è un'organizzazione comune di più imprenditori per la disciplina o lo svolgimento di fasi d'impresa. Più specificamente, ai sensi dell'art. 2602 c.c.: “Con il contratto di consorzio più imprenditori istituiscono un'organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese”. Il consorzio svolge, dunque, una funzione strumentale per le imprese consorziate.*

I consorzi presentano, quindi, carattere mutualistico, in quanto l'attività consortile deve svolgersi nell'interesse delle imprese associate. Con riferimento alle varie tipologie di consorzio, quello con attività interna è un'associazione tra imprenditori che ha come scopo la regolamentazione dei rapporti e della disciplina tra i consorziati. Le imprese consorziate si impongono, quindi, determinati obblighi che verranno tenuti sotto osservanza dell'organizzazione comune. Nei consorzi con attività esterna

l'organizzazione è, invece, destinata a svolgere un'attività con i terzi, implicando generalmente la creazione di un ufficio al quale faranno capo i rapporti giuridici posti in essere. Il consorzio con attività esterna è privo di personalità giuridica, ma è un autonomo centro di rapporti giuridici ed assume la responsabilità, garantita dal fondo consortile, dei contratti stipulati in nome proprio, assumendone anche il rischio, di natura extracontrattuale, derivante dalla gestione di un'attività imprenditoriale. I consorzi stabili sono, invece, 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). Secondo l'ormai consolidato indirizzo giurisprudenziale, per poter attribuire al consorzio la qualifica di consorzio stabile è essenziale la sussistenza del c.d. elemento teleologico, ossia l'astratta idoneità del consorzio, esplicitamente consacrata nel relativo statuto, 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, V, 17 gennaio 2018, n. 276). A tal fine, è essenziale l'esistenza di un'azienda consortile, intesa nel senso civilistico di "complesso di beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa". L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza del 18 marzo 2021, n. 5, ha chiarito la differenza tra il consorzio ordinario di cui agli artt. 2602 e ss. del codice civile e il consorzio stabile, la cui disciplina si rinviene nell'art. 45, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016: il consorzio ordinario, pur essendo un autonomo centro di rapporti giuridici, non comporta l'assorbimento delle aziende consorziate in un organismo unitario costituente un'impresa collettiva, né esercita autonomamente e direttamente attività imprenditoriale, ma si limita a disciplinare e coordinare, attraverso un'organizzazione comune, le azioni degli imprenditori riuniti. Nel consorzio con attività esterna la struttura organizzativa provvede all'espletamento in comune di una o alcune funzioni (ad esempio, l'acquisto di beni strumentali o di materie prime, la distribuzione, la pubblicità, etc.), ma nemmeno nella sua disciplina civilistica è dotato di una propria realtà aziendale. Ne discende che, ai fini della disciplina in materia di contratti pubblici, il consorzio ordinario è considerato un soggetto con identità plurisoggettiva, che opera in qualità di mandatario delle imprese della compagine. Esso prende necessariamente parte alla gara per tutte le consorziate e si qualifica attraverso di esse, in quanto le stesse, nell'ipotesi di aggiudicazione, eseguiranno il servizio, rimanendo esclusa la possibilità di partecipare solo per conto di alcune associate. I consorzi stabili invece, 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., altresì, 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.”

[4] I consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro presentano caratteristiche analoghe a quelle dei consorzi stabili, in quanto costituiscono un soggetto giuridico distinto dai consorziati e sono dotati di una struttura permanente. Pertanto, secondo la costante giurisprudenza di settore, come si è detto sopra, il consorzio della categoria in questione partecipa alle procedure di affidamento in qualità di ente soggettivamente a sé stante, portatore di un interesse proprio, sia pure finalisticamente collegato allo scopo mutualistico delle consorziate (CdS, n. 2183/2003), tanto da poter utilizzare requisiti di idoneità tecnica e finanziaria suoi propri (*ex plurimis* CdS, n. 6024/2019; CdS, n. 5926/2019).

[5] Così F. Busbani, *La modifica delle consorziate esecutrici nell'ambito dei consorzi stabili ai sensi dell'art. 48, comma 7-bis del D.Lgs. 50 del 2016*, in *Giureta, Rivista di diritto dell'economia, dei trasporti e dell'ambiente*, vol. XVI, 2018, p. 323

[6] Si V. T.A.R. Toscana, n. 560/2018; conf. TAR Calabria n. 97/2019.

[7] Relazione Illustrativa al Decreto legislativo “correttivo” 19 aprile 2017 n. 56, disponibile su http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0397_F001.pdf&le

[8] Si V. supra, nota 3

[9] Si legge in CdS n. 6632/2018: *“I consorzi in questione, in base all'art. 4 della citata legge, sono soggetti giuridici a se stanti distinti, dal punto di vista organizzativo e giuridico, dalle cooperative consorziate che ne fanno parte. I detti consorzi, pertanto, partecipano alla procedura di gara utilizzando requisiti loro propri, e, nell'ambito di questi, facendo valere i mezzi nella disponibilità delle cooperative che costituiscono articolazioni organiche del soggetto collettivo, e cioè suoi interna corporis. Ciò significa che il rapporto organico che lega le cooperative consorziate, ivi compresa quella incaricata dell'esecuzione dei lavori, è tale che l'attività compiuta dalle consorziate è imputata unicamente al consorzio (in termini Cons. Stato, A. P., 20/5/2013, n. 14; Sez. V, 17/7/2017, n.3505). Concorrente è quindi solo il consorzio, mentre non assumono tale veste le sue consorziate, nemmeno quella designata per l'esecuzione della commessa, con la conseguenza che quest'ultima all'occorrenza può sempre essere estromessa o sostituita senza che ciò si rifletta sul rapporto esterno tra consorzio concorrente e stazione appaltante (C.Si 2/1/2012, n. 12; Cons. Stato, Sez. VI, 29/4/2003, n. 2183). La circostanza che anche la consorziata indicata quale esecutrice debba dichiarare il possesso dei requisiti di partecipazione di ordine generale (oltre che speciale), non è idonea a giustificare una diversa conclusione, atteso che il detto possesso è richiesto al solo fine di evitare che soggetti non titolati possano eseguire la prestazione. La perdita dei requisiti in questione da parte della consorziata esecutrice comporta semplicemente l'onere di estrometterla o sostituirla con altra consorziata, ma non incide sul possesso dei requisiti di partecipazione del consorzio concorrente.”*

[10] Si V. di recente ed *ex multis*, CdS, sent. n. 3332/2024.

[11] Invero, il tema è stato implicitamente risolto dalla giurisprudenza, senza tuttavia approfondirlo. Si veda, ad esempio, TAR Puglia, n. 715/2023, per cui (grassetto aggiunto) *“I consorzi in parola sono 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, operano come detto sulla base di un rapporto*

organico; e proprio tale autonoma soggettività giustifica anche la possibilità di designare una nuova cooperativa come esecutrice, **ove per motivi sopravvenuti** la prima designata non fosse in condizione di svolgere la prestazione. I suddetti principi sono stati recentemente confermati dal Consiglio di Stato (Sez. V, 7.11.2022, n. 9752), anche sulla scorta del percorso interpretativo a cui è giunta l'Adunanza plenaria (n. 2/2022), che ha esteso la possibilità di ricorrere alla modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 del decreto legislativo, non solo in sede di esecuzione, ma anche nella precedente fase di gara»”.

[12] L'art. 97 disciplina difatti le cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti. In particolare il comma 2 stabilisce che “se un partecipante al raggruppamento si trova in una delle situazioni di cui agli articoli 94 e 95 o non è in possesso di uno dei requisiti di cui all'articolo 100, il raggruppamento può comprovare di averlo estromesso o sostituito con altro soggetto munito dei necessari requisiti, fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata. Se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, il raggruppamento non è escluso dalla procedura d'appalto. Se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, l'operatore economico è escluso con decisione motivata”, mentre il successivo comma 3 estende la predetta disciplina anche ai consorzi ordinari nonché ai consorzi fra imprese artigiane, ai consorzi stabili limitatamente alle consorziate esecutrici e alle consorziate aventi i requisiti di cui i consorzi si avvalgono.

[13] La norma prevede che: 1. I requisiti di capacità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui agli articoli 65, comma 2, lettere b), c) e d), e 66, comma 1, lettera g), sono disciplinati dal regolamento di cui all'articolo 100, comma 4.

2. L'allegato II.12 disciplina, nelle more dell'adozione del regolamento di cui all'articolo 100, comma 4, la qualificazione degli operatori economici, fermo restando che per i consorzi di cui all'articolo 65, comma 2, lettera d):

a) per gli appalti di servizi e forniture, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate;

b) per gli appalti di lavori, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento sono posseduti e comprovati dagli stessi sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate.

3. Per gli operatori di cui agli articoli 65, comma 2, lettere c) e d) e 66, comma 1, lettera g), i requisiti generali di cui agli articoli 94 e 95 sono posseduti sia dalle consorziate esecutrici che dalle consorziate che prestano i requisiti. Le autorizzazioni e gli altri titoli abilitativi per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione ai sensi del comma 3 dell'articolo 100 sono posseduti, in caso di lavori o di servizi, dal consorzio esecutore.

4. I consorzi stabili di cui agli articoli 65, comma 2, lettera d), e 66, comma 1, lettera g), 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 nei confronti della stazione appaltante. L'affidamento delle prestazioni da parte dei soggetti di cui all'articolo 65, comma 2, lettere b) e c), ai propri consorziati non costituisce subappalto. I consorzi, di cui agli articoli 65, comma 2, lettera d) e 66, comma 1, lettera g), indicano in sede di offerta per quali consorziati il consorzio concorre. La partecipazione alla gara in qualsiasi altra forma da parte del consorzio designato dal consorzio offerente determina l'esclusione del medesimo se sono integrati i presupposti di cui all'articolo 95, comma 1, lettera d), sempre che l'operatore economico non dimostri che la circostanza non ha influito

sulla gara, né è idonea a incidere sulla capacità di rispettare gli obblighi contrattuali, fatta salva la facoltà di cui all'articolo 97.

5. I consorzi di cooperative possono partecipare alla procedura di gara, fermo restando il disposto degli articoli 94 e 95, utilizzando requisiti propri e, nel novero di questi, facendo valere i mezzi nella disponibilità delle cooperative che li costituiscono.

6. Per i lavori, ai fini della qualificazione di cui all'articolo 100, nell'allegato II.12 sono stabiliti i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio stabile o ai singoli consorziati che le eseguono. In caso di scioglimento del consorzio stabile per servizi e forniture ai consorziati sono attribuiti pro quota i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi maturati a favore del consorzio e non assegnati in esecuzione ai consorziati. Le quote di assegnazione sono proporzionali all'apporto reso dai singoli consorziati nell'esecuzione delle prestazioni nel quinquennio antecedente.

7. Possono essere oggetto di avvalimento solo i requisiti maturati dallo stesso consorzio.

8. Con riguardo ai consorzi di cui all'articolo 65, comma 2, lettera d), ai fini del rilascio o del rinnovo dell'attestazione di qualificazione SOA, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria sono posseduti e comprovati dai consorzi sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate. La qualificazione è acquisita con riferimento a una determinata categoria di opere generali o specialistiche per la classifica corrispondente alla somma di quelle possedute dalle imprese consorziate. Per la qualificazione alla classifica di importo illimitato è in ogni caso necessario che almeno una tra le imprese consorziate già possieda tale qualificazione ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno una con qualificazione per classifica VII e almeno due con classifica V o superiore, ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno tre con qualificazione per classifica VI. Per la qualificazione per prestazioni di progettazione e costruzione, nonché per la fruizione dei meccanismi premiali di cui all'articolo 106, comma 8, è in ogni caso sufficiente che i corrispondenti requisiti siano posseduti da almeno una delle imprese consorziate. Qualora la somma delle classifiche delle imprese consorziate non coincida con una delle classifiche di cui all'allegato II.12, la qualificazione è acquisita nella classifica immediatamente inferiore o in quella immediatamente superiore alla somma delle classifiche possedute dalle imprese consorziate, a seconda che tale somma si collochi rispettivamente al di sotto, ovvero al di sopra o alla pari della metà dell'intervallo tra le due classifiche. Gli atti adottati dall'ANAC restano efficaci fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al comma 2”.

[14] L'istituto del “cumulo alla rinfusa” è la possibilità del consorzio di sommare i requisiti posseduti dalle singole consorziate – anche non esecutrici – per qualificarsi alle gare. L'art. 67 comma 2 del D.Lgs. 36/2023 e il relativo allegato II.12 prevedono che sia possibile utilizzare il “cumulo alla rinfusa” anche nel caso di imprese raggruppate o consorziate e con riferimento a ciascuna impresa raggruppata o consorziata (art. 2 All. II.12), superando dunque l'annosa questione per cui detto istituto si applica solo ai consorzi stabili ovvero non si applica nei confronti dell'impresa esecutrice che, dunque, doveva possedere interamente i requisiti di qualificazione richiesti dalla *lex specialis*. Per approfondire si rimanda a S. Mento, *I consorzi Stabili e il cumulo alla rinfusa negli appalti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6/2022.

[15] Per le procedure di aggiudicazione di appalti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro le stazioni appaltanti richiedono che gli operatori economici siano qualificati. L'attestazione di qualificazione è rilasciata da organismi di diritto privato autorizzati dall'ANAC. Il sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, articolato in rapporto alle categorie di opere ed all'importo delle stesse è disciplinato dall'allegato II.12. Le categorie di opere si distinguono in categorie di opere generali e categorie di opere specializzate. Il possesso di attestazione di

qualificazione in categorie e classifiche adeguate ai lavori da appaltare rappresenta condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dei requisiti di partecipazione di cui al presente articolo nonché per l'esecuzione, a qualsiasi titolo, dell'appalto. In sede di prima applicazione del codice l'allegato II.12 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentita l'ANAC, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.

[16] Si V. nota 3, in cui il CdS, con Sentenza n. 11439/2022, traccia le caratteristiche distintive tra consorzio ordinario e consorzio stabile, chiarendo le ragioni per cui quest'ultimo debba dichiarare in sede di offerta per quali consorziate concorre ed il motivo per cui alla consorziate non designata come esecutrice è concesso di partecipare alla medesima procedura.

[17] La norma non li menziona più e specifica solo che: *“per gli appalti di servizi e forniture, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate”*.

[18] *Con riguardo ai consorzi di cui all'articolo 65, comma 2, lettera d), ai fini del rilascio o del rinnovo dell'attestazione di qualificazione SOA, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria sono posseduti e comprovati dai consorzi sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate. La qualificazione è acquisita con riferimento a una determinata categoria di opere generali o specialistiche per la classifica corrispondente alla somma di quelle possedute dalle imprese consorziate. Per la qualificazione alla classifica di importo illimitato è in ogni caso necessario che almeno una tra le imprese consorziate già possieda tale qualificazione ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno una con qualificazione per classifica VII e almeno due con classifica V o superiore, ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno tre con qualificazione per classifica VI. Per la qualificazione per prestazioni di progettazione e costruzione, nonché per la fruizione dei meccanismi premiali di cui all'articolo 106, comma 8, è in ogni caso sufficiente che i corrispondenti requisiti siano posseduti da almeno una delle imprese consorziate. Qualora la somma delle classifiche delle imprese consorziate non coincida con una delle classifiche di cui all'allegato II.12, la qualificazione è acquisita nella classifica immediatamente inferiore o in quella immediatamente superiore alla somma delle classifiche possedute dalle imprese consorziate, a seconda che tale somma si collochi rispettivamente al di sotto, ovvero al di sopra o alla pari della metà dell'intervallo tra le due classifiche. Gli atti adottati dall'ANAC restano efficaci fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al comma 2.*

[19] Così B. Giliberti, Art. 67. (ConSORZI non necessari), in L.R. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato – D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Wolters Kluwer, 2023

[20] 1. *Fermo restando quanto previsto dall'articolo 96, commi 2, 3, 4, 5 e 6, il raggruppamento non è escluso qualora un suo partecipante sia interessato da una causa automatica o non automatica di esclusione o dal venir meno di un requisito di qualificazione, se si sono verificate le condizioni di cui al comma 2 e ha adempiuto ai seguenti oneri:*

a) *in sede di presentazione dell'offerta:*

1) ha comunicato alla stazione appaltante la causa escludente verificatasi prima della presentazione dell'offerta e il venir meno, prima della presentazione dell'offerta, del requisito di qualificazione, nonché il soggetto che ne è interessato;

2) ha comprovato le misure adottate ai sensi del comma 2 o l'impossibilità di adottarle prima di quella data;

b) ha adottato e comunicato le misure di cui al comma 2 prima dell'aggiudicazione, se la causa escludente si è verificata successivamente alla presentazione dell'offerta o il requisito di qualificazione è venuto meno successivamente alla presentazione dell'offerta.

2. Fermo restando l'articolo 96, se un partecipante al raggruppamento si trova in una delle situazioni di cui agli articoli 94 e 95 o non è in possesso di uno dei requisiti di cui all'articolo 100, il raggruppamento può comprovare di averlo estromesso o sostituito con altro soggetto munito dei necessari requisiti, fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata. Se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, il raggruppamento non è escluso dalla procedura d'appalto. Se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, l'operatore economico è escluso con decisione motivata.

[21] B. Giliberti, *cit.*

[22] Relazione illustrativa al Codice di cui al D.Lgs. 31 marzo 2023 n. 36, disponibile su http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0019_F001.pdf&le

[23] Così B. Giliberti, *cit.*

[24] B. Giliberti, *ibidem*. L'autore richiama Sticchi Damiani-Monteduro, *I consorzi fra società cooperative nel diritto dei contratti pubblici*, Torino, 2018

[25] V. par. 2

[26] Sulla possibilità di sostituzione si V. CGUE, 3 giugno 2021, C-210/20

Data di creazione

2024/04/16