



IL RAGGRUPPAMENTO DI IMPRESE **NEI SETTORI SPECIALI**

- FORUM APPALTI-

30 GIUGNO2011



Avv. ADABELLA GRATANI

GIÀ MAGISTRATO ONORARIO DI TRIBUNALE DECENNALE – DOTTORE DI RICERCA
COMPONENTE DI GRUPPI DI RICERCA NAZIONALI ED INTERNAZIONALI
SPECIALIZZATA NEL SETTORE AMBIENTALE



INDICE

A. SOGGETTIVITA'

- 1.1. I soggetti ammessi a partecipare alle procedure di gara
 - 1.2. Tipologie
 - 1.3. Indeterminatezza dei soggetti partecipativi
 - 1.4. Limitazioni varie
 - 1.5. Raggruppamento temporaneo in fieri (art. 37co8)
 - 1.6. Polizza fideiussoria del raggruppamento temporaneo in fieri
 - 1.7. Modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo
 - 1.8. Fase: Raggruppamento soggettivo provvisorio
 - 1.9. L'obbligo di indicare quote/parti delle prestazioni
-

B. L'ART. 34 E IL FAVOR PARTECIPATIONIS - CONSORZI

C. RAGGRUPPAMENTI TEMPORANEI E I CONSORZI ORDINARI DI CONCORRENTI

- 1.1. RTI - tipologie

 - 1.1.1 RTI orizzontali
 - 1.1.2 Ripartizioni delle quote di partecipazione (RTI orizzontali)
 - 1.1.3 1.1.3. RTI verticali

 - 1.2. Appalto di lavori - associazione di imprese mista
 - 1.3. RTI - requisiti
-

Precisazioni :

- Per le associazioni temporanee di imprese di tipo orizzontale*
 - Per le associazioni temporanee di imprese di tipo verticale*
 - Momento del possesso dei requisiti*
 - Assenza di requisiti per le categorie richieste*
 - 1.4. Requisiti -pendenza di carichi tributari ex Decreto Sviluppo (D.L. n. 70/11)
-

D. REQUISITI DI IDONEITÀ PROFESSIONALE EX ART. 37

- 1.1. Iscrizione all'albo nazionale costruttori
 - 1.2. Iscrizione alla camera di commercio
 - 1.3 Raggruppamenti temporanei di professionisti
 - 1.4. Effetti delle procedure concorsuali della mandante o della mandataria
 - 1.5. Principio generale (scioglimento rapporto)
-

FALLIMENTO PRIMA DELLA STIPULA

FALLIMENTO DOPO LA STIPULA

- 1.6. Eccezioni (no scioglimento del rapporto)- effetti delle procedure concorsuali e subentro del fallito?
 - 1.7. Inesistenza dell'intuitus personae
 - 1.8. Facoltà di recesso o di proseguire l'appalto per la stazione appaltante
 - 1.9. Innovazione soggettiva "designata" e presupposto oggettivo
 - 1.10. Principio generale (diritto ai compensi pro quota)
-



E. I CONSORZI

- 1.1 I requisiti per partecipare alle gare-*
 - 1.2. Principio del cumulo dei requisiti*
 - 1.3. Il requisito organizzativo - Attrezzature tecniche*
 - 1.4. Requisiti di qualificazione SOA*
-



A. SOGGETTIVITA'

1.1. I soggetti ammessi a partecipare alle procedure di gara

I soggetti = Impresa

la nozione comunitaria di impresa è stata sempre intesa in senso molto ampio

☺ Principi UE

- eliminare qualsiasi ostacolo alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali
- realizzare in modo effettivo un mercato EUROPEO
- Principio di non discriminazione
- garantire la massima partecipazione alle gare

☺ Impresa

➔ qualsiasi entità, persona fisica o giuridica, che svolga un'attività commerciale rilevante, industriale o commerciale o di prestazione di servizi, ivi compreso lo sfruttamento di un'opera dell'ingegno e l'esercizio di una professione, a prescindere dalle modalità di finanziamento e dalla finalità lucrativa.....

- ☒ Corte di Giustizia UE, 26 marzo 2009, causa C-113/07P,
Corte di Giustizia UE, sez. V 18 giugno 1998 n. 35
Corte di Giustizia UE, sez. III 29 novembre 2007 n. C-119/06
Tribunale di Primo Grado UE 4 marzo 2003 n. 319 ☒

- ✚ La giurisprudenza europea afferma che la nozione di impresa ricomprende *“qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dal proprio status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento e che un'attività economica è costituita da qualsiasi attività consistente nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato, contro retribuzione e con assunzione dei rischi finanziari connessi”*

I principi comunitari di non discriminazione e di massima partecipazione degli operatori economici erano ribaditi dalla Corte di Giustizia in relazione alla normativa italiana in tema di servizi pubblici locali

- ✚ la previsione contenuta nell'articolo 113, comma 5, del TUEL (d. lgs. n. 267/2000), che riservava l'accesso alle gare alle sole società di capitali, era stata ritenuta **incompatibile** con l'ordinamento comunitario

- ☒ sentenza Corte di Giustizia UE, sez. IV, 18 dicembre 2007 n. C-357/06 ☒



2.





1.2. TIPOLOGIE

L'art. 34 Codice dei Contratti Pubblici (dlgvo 163/200 smi) contiene un elenco molto ampio di soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici.

Si tratta di soggetti sia individuali che collettivi, disciplinati da norme ordinarie e norme speciali richiamate dall'art. 34.

Alla lettera a) gli imprenditori individuali, anche artigiani,
le società commerciali e le società cooperative.

Alle lettere b) c) ed e) la norma indica le quattro tipologie di consorzi previste dall'ordinamento italiano.

- **i consorzi tra 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, e succ. mod;
- **i consorzi di imprese artigiane** (legge 8 agosto 1985 n. 443);
- **i consorzi stabili**, costituiti anche in forma di **società** consortili ai sensi dell'art. 2615 ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro, secondo le disposizioni di cui all'art. 36;
- **i consorzi ordinari** di concorrenti di cui all'art. 2602 c.c., anche in forma di società ai sensi dell'art. 2615ter del c.c.
(*Questi ultimi sono **assimilati** ai raggruppamenti temporanei di imprese e sono disciplinati dall'art. 37 del Codice).*)

Alla lettera d) sono indicati i **raggruppamenti temporanei** di concorrenti di cui alle lett. B, C), e D), disciplinati dall'art. 37 del Codice dei contratti.

Alla lettera f) sono infine indicati i soggetti che abbiano stipulato un contratto di *gruppo europeo di interesse economico* (GEIE) disciplinato dal d. lgs. 240/91.

⇒ contratto associativo tra soggetti appartenenti ad almeno due stati UE diversi, **assoggettato alle norme previste per i raggruppamenti temporanei ed i consorzi.**

L'elenco è stato integrato¹ dal terzo decreto correttivo, d. lgs. 152/2008, con l'aggiunta della **lettera f)bis** «**gli operatori economici**, ai sensi dell'art. 3 comma 22, **stabiliti** in altri stati membri, costituiti conformemente alla **legislazione vigente nei rispettivi Paesi**».

Si tratta di una categoria aperta, evidente espressione del principio europeo del **mutuo riconoscimento**, idonea a includere qualunque forma giuridica assunta e qualunque sia lo stato membro di provenienza.

"operatore economico" => *es:* VOLONTARIO ☹, FONDAZIONI² ☹, UNIVERSITA'³ ☹, COOPERATIVE ☹, ONLUS ☹, etc.

¹ Dopo la modifica dell'art. 113 TUEL (art. 23bis del decreto legge 25 giugno 2008 n. 112 convertito con modificazioni nella legge 6 agosto 2008 n. 133), il legislatore ha integrato l'art. 34 con la lettera f)bis.

² Pronunce che negano l'accesso alle fondazioni ☹ **TAR Lazio, sez. III, 29 luglio 2008 n. 7591**; pronunce a favore ☹ **TAR Molise n. 196/2003**; parere della Autorità di vigilanza sui contratti pubblici 23 aprile 2008 n. 127; pronunce temperate ☹ "fatta salva la necessità di valutare le disposizioni statutarie caso per caso" ved. **Cons. di Stato sez. VI, 16 giugno 2009, n. 3897**; (in riforma al **TAR Lazio, sez. III 29 luglio 2008 n 7591**)

³ Le Università sono ammesse ad operare sul mercato ex art. 7, comma 1, lett. c), della legge 168/1989, che include, tra le entrate degli atenei, anche i corrispettivi di contratti e convenzioni, nonché ex art. 66, d.P.R. 382/1980, rubricato «Riordinamento della docenza universitaria, relativa fascia di formazione nonché sperimentazione organizzativa e didattica» che prevede l'attività di ricerca e consulenza, mediante contratti e convenzioni con enti pubblici e privati.



1.3. **INDETERMINATEZZA DEI SOGGETTI PARTECIPATIVI**

Ratio : favorire concorrenza

☞ abbattere le barriere costituite dai requisiti dimensionali e tecnico-finanziari di volta in volta fissati dalle stazioni appaltanti.

✚ Nella RTI vi partecipano operatori economici:

- di piccole dimensioni che, singolarmente considerati, non avrebbero i requisiti economici, tecnici ed organizzativi indispensabili per la partecipazione alle gare d'appalto

☞ accentuare il confronto concorrenziale in gara, consentendo alla Pubblica Amministrazione di selezionare l'offerta migliore in termini economici e tecnici tra quelle presentate da una platea più ampia di imprese.

1.4. **LIMITAZIONI VARIE**



LIMITE- CENTRO DECISIONALE UNICO DI PIÙ OPERATORI GIURIDICI

Non possono partecipare alla medesima gara concorrenti che si trovano tra di loro in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 cc. Le stazioni appaltanti escludono altresì i concorrenti per i quali accertano che le relative offerte sono IMPUTABILI a UN UNICO CENTRO DECISIONALE sulla base di univoci elementi.



LIMITE= DIVIETO PARTECIPARE IN PIU' VESTI (ART. 37 CO 7) ELUSIONE DEL PRINCIPIO DELLA LIBERA CONCORRENZA

☠ <<E' VIETATO alle singole imprese concorrenti partecipare alla gara in più RTI o Consorzi ordinari di concorrenti, ovvero partecipare alla gara anche in forma individuale qualora abbia partecipato alla gara medesima in RTI o Consorzi ordinari di concorrenti>>



LIMITE Designazione a catena delle imprese esecutrici?

Il consorzio ordinario di concorrenti ed aggiudicatario può avvalersi delle prestazioni di un'impresa cooperativa. in esso associata e specificamente designata in sede di gara.

⇒ ☠ E' VIETATO all'impresa indicata di avvalersi di un'ulteriore impresa - a sua volta in essa associata -> potendosi innescare un meccanismo di designazioni a catena destinato e beneficiare NON il consorzio concorrente e le imprese cooperative in esso associate, **MA soggetti terzi, non concorrenti direttamente alla gara, nè in questa puntualmente designati dal concorrente risultato aggiudicatario, quali materiali esecutori dei lavori.**

⇒ ☠ E' VIETATO al soggetto designato dall'aggiudicatario, affidare, puramente e semplicemente, a soggetti terzi la prestazione, in quanto si verserebbe **in un'ipotesi di sub-appalto, in violazione dei rapporti con PA che**



necessita una autorizzazione scritta, MA soprattutto, che bypasserebbe il vaglio dei requisiti di legge e in particolare a quelli di cui all'art. 18 della legge 19 marzo 1990 n. 55 (ora art. 118 d. lgs. n. 163/2006) e alle relative formalità
⌘⌘⌘(in tal senso Cons.. di Stato, sez. VI, 22 giugno 2007 n. 3477).



LIMITI A FAVORE DI SINGOLI SOGGETTI "IDONEI"

E' legittimo che le stazioni appaltanti "indichino il numero degli operatori economici minimo che singolarmente sarebbero in grado soddisfare i requisiti finanziari e tecnici per poter partecipare alla gara".

Vedere sul punto **Parere dell' Autorità Garante della Concorrenza e del mercato** n. 251 del 30 gennaio 2003 che profila

 il **rischio** dell'effetto distorsivo o restrittivo della concorrenza.

Sulla legittimità del bando di gara che - in considerazione delle specifiche caratteristiche del mercato oggetto della procedura e delle finalità di assicurare maggiore concorrenza - non ammetteva la partecipazione di RTI di due o più imprese che fossero in grado di soddisfare singolarmente i requisiti tecnici ed economici di ammissione.

⌘⌘⌘ Cons. di Stato sez. IV, 19 giugno 2009 n. 4145

La ratio del raggruppamento temporaneo non è soltanto quella di consentire la partecipazione alle gare pubbliche di imprese che, singolarmente considerate, non potrebbero essere ammesse perchè carenti dei requisiti cd. speciali indispensabili per l'ammissione, MA anche quella ulteriore di poter utilizzare un'opzione operativa di sinergia strategica per i soggetti già capaci di concorrere singolarmente.

⌘⌘⌘ Cons. di Stato sez. V, 18 settembre 2003 n. 5309;
TAR Puglia-Lecce, sez. I 6 marzo 2007 n. 800.



LIMITAZIONI NEL TEMPO CONCETTO DI RAGGRUPPAMENTO "TEMPORANEO"

L'associazione temporanea di imprese consente l'aggregazione economica di potenzialità organizzative e produttive, ma non dà luogo alla creazione di un soggetto autonomo e distinto dalle singole imprese che lo compongono, nè ad un loro rigido e stabile collegamento strutturale⁴.

⌘⌘⌘ Cons. di Stato sez. V, 24 agosto 2006 n. 4969 e
Cons. di Stato sez. V, 7 luglio 2005 n. 3737
Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2000, n. 801

⁴ Vedere anche l'art. 92, comma 7, del d.P.R. 207/2010,

"...nell' associazione delle imprese riunite, ognuna delle quali conserva la propria autonomia ai fini della gestione, degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali".




Ciascun operatore conserva la propria **autonomia soggettiva** e la **propria responsabilità** ai fini della gestione, degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali. Inoltre, secondo quanto generalmente previsto nella clausole contrattuali o disposizioni di capitolato, i singoli operatori raggruppati **emettono autonomamente fatture** e la **mandataria ha il mandato esclusivo all'incasso integrale del corrispettivo d'appalto, che dovrà poi ripartire tra le associate.**

ISTITUTO PRO CONCORRENZA?

- ✚ Il raggruppamento temporaneo di imprese
 - ☞ **concorrenti tra loro in assenza di finalità comuni**
 - ☞ ampliare il novero dei partecipanti?
 - ✚ Nella RTI vi partecipano operatori economici:
 - di piccole dimensioni che, singolarmente
 - di dimensioni medio-grandi, i quali – pur potendo partecipare singolarmente – decidono di aggregare la propria struttura produttiva a quella di altri soggetti per aggiudicarsi ed eseguire uno specifico appalto.

LEGGERE ART. 93 DPR 207/2010 (EX ART. 96 DPR 554/1999)

<<I concorrenti riuniti o consorziati indicate nel consorzio come esecutori dei lavori, DOPO L'AGGIUDICAZIONE possono costituire tra loro una società consortile per l'esecuzione unitaria, totale o parziale dei lavori>>

Si realizza l' EFFETTO A FISARMONICA  di operatori ECONOMICI, la cui potenzialità economica, finanziaria, strutturale, organizzativa, E' DI DIFFICILE COMPARAZIONE CONCORRENZIALE SUL MERCATO UE-INTERNAZIONALE
Questo vorrebbe che fossero definiti comunque PRIMA O POI gli operatori ECONOMICI -MA E' COSI'?

VEDIAMO LE DEVIANZE E GLI INCIDENTI DI PERCORSO

1.5. RAGGRUPPAMENTO TEMPORANEO IN FIERI (art. 37co8)

E' CONSENTITO l'ammissione alle gare dei raggruppamenti non ancora costituiti

⚡⚡⚡ Cons. di Stato sez. V, 20 febbraio 2008 n. 588,
Cons. di Stato sez. IV, 11 aprile 2007 n. 1653

E' richiesto che la documentazione di gara sia sottoscritta da tutti i soggetti del costituendo raggruppamento, in quanto non è AMMISSIBILE UNA SUCCESSIVA RATIFICA O REGOLARIZZAZIONE. La mancata sottoscrizione anche da parte di uno solo dei soggetti del costituendo raggruppamento **non è considerata difetto formale od errore materiale** ma si configura come inadempimento sostanziale e come tale **non sanabile** mediante successiva produzione documentale o comportamento concludente tenuto dal soggetto non firmatario. ⚡⚡⚡ Cons. di Stato sez. V, 17 dicembre 2008 n. 6292

☞ Si tratta di un obbligo il cui adempimento è richiesto a pena di esclusione.



1.6. Polizza fideiussoria del RAGGRUPPAMENTO TEMPORANEO IN FIERI

Per RTI *in fieri*: la polizza fideiussoria a titolo di cauzione provvisoria deve essere **intestata** non solo alla capogruppo designata ma anche alle mandanti.

Per RTI **costituito mediante conferimento del mandato**, è ammessa anche la polizza fideiussoria rilasciata in favore della sola mandataria, SE è specificato che essa è stata rilasciata in funzione della partecipazione alla gara da parte dell'Ati e siano indicati tutti i membri componenti il raggruppamento.

1.7. MODIFICA SOGGETTIVA DEL RAGGRUPPAMENTO TEMPORANEO

Art. 37 co. 9 Codice dei Contratti Pubblici

<<...E' 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>>

Il momento di presentazione dell'offerta ☺
e non della domanda

⇒ è il termine ULTIMO entro il quale può essere **modificata la composizione del gruppo**.

Termine perentorio

Immodificabilità soggettiva dei raggruppamenti temporanei di cui all'art. 37, comma 9 del Codice dei contratti

⇒ *RATIO : conoscibilità, trasparenza dell'agire delle stazioni appaltanti, dei soggetti con i quali le stesse si determinano a contrarre*

1.8. FASE : RAGGRUPPAMENTO SOGGETTIVO PROVVISORIO

MODIFICA ↗ => per INTEGRAZIONE ↘ - per RIDUZIONE ↘

☞ Nel rispetto del principio del *favor participationis* e di libera concorrenza, nonché dell'art. 41 Costituzione, sulla libertà di iniziativa economica privata, E' AMMESSA (anche) la riunione in raggruppamento di imprese **pre-qualificatesi separatamente** nella stessa procedura, non vigendo alcun espresso divieto in tal senso.

⚖ Cons. di Stato sez. VI, 20 febbraio 2008 n. 588; TAR Piemonte sez. I 14 gennaio 2009 n. 82;
TAR Liguria sez. II 9 gennaio 2009 n. 39.

Per la modifica in termini riduttivi => RECESSO di una società DAL gruppo
Allo spirare del termine di validità dell'offerta, che ai sensi dell'art.11 c.6 del Dlgs 163/2006 "è vincolante per il periodo indicato nel bando o nell'invito e, in caso di mancata indicazione per centottanta giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione", ... l'aggiudicatario può alternativamente esercitare il suo diritto di



recesso dalla stipula, senza incorrere in alcuna sanzione, oppure **confermare** la propria offerta anche semplicemente stipulando il contratto, di converso non scaturisce per la Stazione Appaltante alcun obbligo di procedere ad un adeguamento dei prezzi.

Nel caso di assenza di recesso e assenza di conferma alla sottoscrizione del contratto di appalto, la stazione può procedere alla revoca dell'aggiudicazione provvisoria ed all'aggiudicazione ad altro contraente.

⌘⌘⌘ TAR Abruzzo-L'Aquila Sezione I, 31 Maggio 2011 n. 299

Quid iuris ? =>

in caso di recesso dopo la scadenza del termine (presentazione dell'offerta)

E' ammesso.

⌘⌘⌘ TAR Sardegna Sezione I, 26 Maggio 2011 n. 519

PERCHÉ ?

⇒ *RATIO : conoscibilità, trasparenza dell'agire delle stazioni appaltanti, dei soggetti con i quali le stesse si determinano a contrarre*

⇒ *non risulta sacrificata per la modifica della riduzione ✂ della compagine del raggruppamento (fatta salva l'autonoma soddisfazione dei requisiti da parte delle società rimanenti).*

⇒ PRINCIPIO DELLA IMMODIFICABILITA' SOGGETTIVA RELATIVA?

⇒ Termine perentorio relativo ?

COSA ACCADE?

✚ O si verifica un recesso *tout court*

✚ O si applica l'art. 37 co 19 **Codice dei Contratti Pubblici**

"...il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei requisiti, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo di altri mandanti, purchè questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire".

L'art. 37 co 9 citato è previsto per *ipotesi di fallimento*, essa trova applicazione analogica ravvisandosi per la medesima ratio in caso di recesso, del venir meno dell'operatore economico

⌘⌘⌘ TAR Sardegna Sezione I, 26 Maggio 2011 n. 519

vedere infra PER L'IPOTESI DI INNOVAZIONE SOGGETTIVA IN CASO DI FALLIMENTO DI CONSORZIATI O IMPRESE ASSOCIATE



PRINCIPIO DEL FAVOR PARTECIPAZIONIS

CON TUTTE LE  FORME ASSOCIATIVE CONTRATTUALI POSSIBILI

MA E' PORPRIO COSI'  ?

Vietata => Associazione in partecipazione di imprese

L'art. 37, co. 9 **Codice dei Contratti Pubblici**

<<E' vietata l'associazione in partecipazione ...>>

PERCHÉ ?

⇒ costituisce il tipo negoziale attraverso il quale si può realizzare un meccanismo partecipativo assenteista e irresponsabile, essendo riconosciuto alle parti del contratto **la facoltà di determinare la partecipazione alle perdite in misura diversa da quella della partecipazione agli utili** ovvero di escludere del tutto la partecipazione alle perdite, realizzandosi, così, una sorta di " cointeressenza impropria

⌘⌘⌘ giurisprudenza costante

Cass. Civ. sez. I, 1 ottobre 2008 , n. 24376; Cass. Civ. sez. I, n. 503/1996, n. 4473/1993, n. 5759/1985, Cass. Civ. n.197/1982, n. 6750/1981.

1.9. L'OBBLIGO DI INDICARE QUOTE/PARTI DELLE PRESTAZIONI

SUSSISTE l'obbligo ex art. 37 co 4 **Codice dei Contratti Pubblici** di indicare già al momento dell'offerta *<<le parti della prestazione (servizio o fornitura) che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati>>*

Per un obbligo più completo di indicare la quota e la tipologia delle prestazioni che ciascuno dei partecipanti svolgerà (a prescindere dall'espressa previsione della lex specialis e dalla natura orizzontale o verticale del raggruppamento)

⌘⌘⌘ (in tal senso Cons. di Stato sez. VI 8 febbraio 2008 n. 416; TAR Lazio-Roma, sez. III ter 4 dicembre 2008 n. 11006).

Ratio:

- "a) **conoscenza preventiva**, da parte della stazione appaltante, di chi sarà il soggetto che esegue il servizio e la parte specifica del servizio ripartito e svolto dalle singole imprese al fine di rendere più spedita l'esecuzione del rapporto individuando il responsabile;
- b) **agevole verifica**, da parte del responsabile del procedimento, della **competenza tecnica dell'esecutore** comparata con la documentazione prodotta in sede di gara;
- c) rendere effettiva la composizione del raggruppamento e rispondente alle esigenze di unire insieme capacità tecniche e finanziarie integrative e complementari e non a coprire la partecipazione di imprese non qualificate, aggirando così le norme di ammissione stabilite dal bando"

⌘⌘⌘ in tal senso T.A.R.Sicilia Catania, sez. III, 8 aprile 2010, n. 1060
TAR Lombardia - Brescia, Sez.II, 20 aprile 2011



L'obbligo assolve alla valutazione della "simmetria tra quota di lavori e quota di effettiva partecipazione al raggruppamento". "La definizione delle quote di partecipazione ad un'a.t.i. non riguarda, infatti, la fase esecutiva del rapporto contrattuale ..., ma il corrispondente impegno contrattuale che fa sorgere il vincolo ad eseguire l'appalto in un determinato e non modificabile assetto

§§§ (Cons. Stato n. 8253/2010; sez. V, Cons. Stato n. 2079/2008)

E' legittima la clausola del bando che imponga ai consorzi di cooperative di produzione e lavoro di **attestare le parti del servizio che saranno eseguite da ciascuna impresa consorziata**. Infatti l'obbligo, stabilito per i raggruppamenti, di individuare preventivamente le parti del servizio svolte dalle singole imprese associate è giuridicamente compatibile anche con la struttura soggettivamente composta dei consorzi.

§§§ (in tal senso Cons. di Stato, sez. V, 16 febbraio 2009 n. 841)

B. L'ART. 34 E IL FAVOR PARTECIPATIONIS

CONSORZI ☺



L'art. 34 lettere b) c) ed e) che indica le quattro tipologie di consorzi previste dall'ordinamento italiano deve intendersi esemplificativa essendo possibili *altre tipologie di consorzi*

1. *Diversi dalle tipologie ex art. 34 lettere b) c) ed e)* => **Consorzi universitari**

Corte di Giustizia UE del 23 dicembre 1999, n. C-305/08

✚ legittima la partecipazione alle gare dei **consorzi Universitari** sulla base della nozione comunitaria di **operatore economico**, che include i soggetti che

- ✓ **NON** perseguono un preminente scopo di lucro,
- ✓ **NON** dispongono della struttura organizzativa di un'impresa e
- ✓ **NON** assicurano una presenza regolare sul mercato,

quali le università e gli istituti di ricerca , nonché i raggruppamenti costituiti da università ed amministrazioni pubbliche , soggetti che quindi possono partecipare ad un appalto pubblico di servizi



- ✚ Nello stesso senso: **Parere dall’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici n.101 del 27 maggio 2010**
Il caso vedeva un RTI formato da un Ente morale di istruzione e formazione professionale ed un’università italiana.

- ✚ Per un contrasto giurisprudenziale nazionale vedere :
 - ⌘⌘⌘ TAR Campania Napoli, sez. I 12 giugno 2002 n. 3411; TAR Lazio sez. I, 26 luglio 2004 n. 7353; TAR Toscana sez. I 13 febbraio 2006 n. 395; parere Autorità di vigilanza sui contratti pubblici n. 119 del 18 aprile 2007 e n. 127 del 23 aprile 2008

2. **I consorzi stabili ex art. 36**

CONSORZI = strumento di collaborazione tra OPERATORI ECONOMICI, per coordinare le rispettive attività mediante un’organizzazione comune.

I consorzi stabili si caratterizzano con **elementi peculiari quali:**

- ✚ la dimensione (minimo tre consorziati)
- ✚ la durata non inferiore a 5 anni
- ✚ l’oggetto sociale (“operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture”)
- ✚ istituzione di “una comune struttura di impresa”

✚ il regolamento deve prevedere, ai sensi del secondo comma dell’art. 36 **Codice dei Contratti Pubblici**, condizioni e limiti per fare eseguire le prestazioni ai consorziati.

✚ L’art. 94 DPR 207/2010 (ex art. 97 DPR n. 554/1999) i consorzi stabili possono far eseguire i lavori dai **consorziati**, senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità sussidiaria e solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante.

L’art. 94 comma 1 citato prevede che i consorzi stabili possano **eseguire le prestazioni contrattuali**

- 0 con la propria struttura
- 0 tramite i consorziati indicati in sede di gara
- ⇒ senza che ciò costituisca sub-appalto,
- ⇒ ferma la responsabilità solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante.



A CONTRARIO => COSTITUISCE SUB-APPALTO

l'affidamento di prestazioni contrattuali **NON INDICATI** in sede di gara quali esecutori da parte del consorzio stabile ai consorziati.

☒ Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici 29 ottobre 2003 ☒

☞ E' INAMMISSIBILE il rapporto di subappalto tra il consorzio stabile ed un proprio consorziato

Ratio: rapporto di **immedesimazione interorganica** che lega il secondo al primo => in quanto entrambi appartenenti alla medesima struttura giuridica, riconducibili ad **un unico centro decisionale**

☞ Per la stessa motivazione, l'Autorità ha anche escluso che un consorziato esecutore dei lavori affidi in subappalto questi ultimi ad altro consorziato.

FINO AL 2008

*il VINCOLO tra consorzio e consorziati (CONSORZIO STABILE)
=> IMPEDITIVO ad assicurare l'indipendenza
e la segretezza delle offerte*

ha avuto l'effetto di:

⊗ "divieto assoluto" di partecipazione **congiunta** alla medesima gara del consorzio stabile e di tutti i consorziati della stessa a presentare offerte concorrenti.

⌚⌚⌚ Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia 5 giugno 2008 n. 491

⊗ "divieto assoluto" di far partecipare alla gara le consorziate SE il consorzio designa **una sola consorziata quale impresa esecutrice** di un appalto

⌚⌚⌚ Cons. di Stato sez. V 24 marzo 2006 n. 1529; TAR Lazio-Roma sez. III 9 agosto 2006 n. 7115; TAR Umbria 1 agosto 2006 n. 404; TAR Sicilia-PAIerno sez. II 5 luglio 2006 n. 1596) prime, e il secondo decreto correttivo (d.lgs. 113/2007)

Per CONSORZI fra società cooperative di produzione e lavoro e fra imprese artigiane) Vige solo il ⊕ "divieto relativo" di partecipazione congiunta

Il consorzio partecipante alla gara deve indicare espressamente la consorziata o le consorziate **esecutrici**, e solo per queste vige il divieto di partecipazione alla stessa gara in qualunque altra forma (individuale o in altro soggetto collettivo). A tutte le altre consorziate non designate esecutrici dal consorzio è consentito partecipare alla medesima gara.

‡ TRATTAMENTO DI SFAVORE PER
I CONSORZI STABILI



DOPO IL 2008

1 step

DOPO il TERZO decreto correttivo (d.lgs. n. 152/2008) ➔ (vedere il combinato disposto dell'art. 36 comma 5 e dell'art. 37 comma 7 **Codice dei Contratti Pubblici**

⇒ **i consorzi stabili sono equiparati⁵ ai consorzi tra società cooperative di produzione e lavoro e fra imprese artigiane.**

CON DISTINGUO ⚖

"divieto relativo" di partecipazione congiunta

- per i contratti **sopra soglia**, anche i **consorzi stabili** DEVONO indicare - in sede di gara - le consorziate esecutrici, che non potranno partecipare alla medesima gara in alcuna forma. Le altre consorziate - non designate esecutrici dal consorzio - potranno invece partecipare anche autonomamente alla medesima gara

"divieto assoluto" di partecipazione congiunta

- per i contratti **sotto soglia** da aggiudicare con il prezzo più basso, con facoltà di esclusione automatica delle offerte anomale (ex artt. 122 comma 9 e 124 comma 8), **sia per i consorzi stabili, sia per i consorzi tra società cooperative di produzione e lavoro e le imprese artigiane è vietata la partecipazione congiunta di consorzio e dei consorziati**, a prescindere dalla designazione dei soggetti esecutori del consorzio.

DA DOPO IL 2009 AD OGGI

2 step

Dall'1 luglio 2009, (art. 17 della L. 18 giugno 2009 n. 69 *"Misure di semplificazione delle procedure relative ai piccoli appalti pubblici*, modifica e abroga il terzo periodo dell'art. 36 comma 5 ed il terzo periodo dell'art. 37 comma 7 del Codice)

<<E' VIETATO alle singole imprese concorrenti partecipare alla gara in più RTI o Consorzi ordinari di concorrenti, ovvero partecipare alla gara anche in forma individuale qualora abbiano partecipato alla gara medesima in RTI o Consorzi ordinari di concorrenti>>

Tutte le gare (anche sotto soglia, da aggiudicare con il prezzo più basso) e per **tutti i tipi di consorzi** Vigè solo il ☹ "divieto relativo" di partecipazione congiunta

I consorzi partecipanti devono indicare - in sede di gara - le consorziate esecutrici, che non potranno partecipare alla medesima gara in alcun'altra forma. Le altre consorziate - non designate esecutrici dal consorzio - possono partecipare anche autonomamente alla medesima gara.

⁵ L'equiparazione di tutti i consorzi ai fini della partecipazione alle gare è stata introdotta in pendenza di una domanda pregiudiziale avanti alla Corte di Giustizia (C-376/08), rimessa al TAR Lombardia sez. I con ordinanza del 26 giugno 2008 n. 194, proprio in relazione alla compatibilità con i principi comunitari del diverso regime previsto per i consorzi stabili e per i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro e tra imprese artigiane.



- ☒ sentenza Corte di Giustizia CE, sez. IV, 23 dicembre 2009 n. C-376/08 ☒
- ✚ Contrasta con il diritto europeo la normativa nazionale che dispone l'**esclusione automatica** dalle gare di appalto e l'irrogazione di sanzioni penali **contro un consorzio stabile e contro le imprese che ne sono membri, quando queste ultime hanno presentato offerte concorrenti a quella di detto consorzio nell'ambito dello stesso procedimento**
- ⇒ anche qualora l'offerta di detto consorzio non sia stata presentata per conto e nell'interesse di tali imprese.

C. RAGGRUPPAMENTI TEMPORANEI E I CONSORZI ORDINARI DI CONCORRENTI (ART. 37)

- ✚ Il raggruppamento temporaneo di imprese è riconducibile all'istituto civilistico del **mandato con rappresentanza** (collettivo, speciale, gratuito ed irrevocabile),
- ✓ conferito **DA** uno o più soggetti (mandanti)
 - ✓ **AD** un altro (che assume la veste di capogruppo o mandataria) per partecipare ad una procedura di gara e, in caso di aggiudicazione, per eseguire le prestazioni oggetto di un contratto di appalto.
- ✚ I consorzi ordinari di concorrenti sono quelli di cui all'art. 2602 c.c., anche in forma di società ai sensi dell'art. 2615ter del c.c. (*Questi ultimi sono **assimilati ai raggruppamenti temporanei di imprese e sono disciplinati dall'art. 37 del Codice***).
- Il consorzio, in generale, è definito dall'art. 2602 c.c.
- ☞ <<il contratto con cui più imprenditori istituiscono un'organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese>>.

1.1. RTI - tipologie

1.1.1.- raggruppamenti orizzontali

☞ non si ha distinzione tipologica delle **prestazioni** affidate a ciascuna impresa facente parte del raggruppamento, ma solo un'individuazione quantitativa, in genere percentuale, generalmente corrispondente alla quota di partecipazione nel raggruppamento.

1.1.2. Ripartizione delle quote di partecipazione (RTI orizzontali)

La ripartizione delle quote di partecipazione ad un'associazione temporanea di tipo orizzontale può essere la più varia.

Non si ravvisa la nullità del negozio giuridico di associazione in un caso di riunione di concorrenti in cui la capogruppo mandataria possenga ad es. il 98% della quota di partecipazione e le altre due imprese mandanti l'1% ciascuna

☞☞☞ *Cons. giust. amm. sic. 13 ottobre 1998, n. 618*



- *Il patto non scritto con il quale le singole imprese si accordano nel senso di affidare l'esecuzione dell'appalto ad una sola di esse è nullo per difetto di forma scritta, richiesta a pena di nullità per i contratti conclusi con la pubblica amministrazione, in quanto il patto realizzerebbe una modifica del contratto di appalto concluso con l'amministrazione*
§§§ Cass., sez. I, 2 marzo 1996, n. 1650
- *E' comunque nullo, per elusione di norme imperative, l'accordo interno fra le singole imprese in forza del quale taluna di esse viene esclusa dall'esecuzione dei lavori appaltati; l'accordo, infatti, è contrario allo scopo principale dell'associazione temporanea, ravvisabile nell'esigenza di assicurare, con il concorso di tutte le imprese, il buon andamento ed il risultato finale dei lavori appaltati, altrimenti compromessi dalla presupposta inadeguatezza dei mezzi tecnici e finanziari posseduti dalle imprese singole*
§§§ Cass., sez. I, 7 agosto 1997, n. 7287

-1.1.3. raggruppamenti verticali

Nell'associazione temporanea di tipo verticale un'impresa, che sia capace per l'intera categoria prevalente, ha bisogno di associarsi ad altra impresa che abbia la capacità di realizzare la categoria delle opere scorporabili

- ☛ la **capogruppo** assume l'esecuzione delle prestazioni prevalenti (in caso di lavori, forniture e servizi);
- ☛ le **mandanti** realizzano, invece, i lavori scorporabili ovvero le prestazioni indicate come secondarie.

⇒ l'impresa capogruppo è **responsabile dell'intera opera** nei confronti del soggetto appaltante, mentre le altre imprese, che hanno assunto le parti scorporate, lo sono solo per la propria parte

⇒ le mandanti sono **responsabili solo per prestazioni** scorporabili o secondarie, loro affidate, ferma restando la **responsabilità solidale del mandatario** nei confronti della stazione appaltante.

§§§ *Cons. Stato, sez. V, 4 novembre 1999, n. 1805; Cons. giust. amm. 13 ottobre 1998, n. 618, e 16 settembre 1998, n. 477*

1.2. Appalto di lavori- associazione di imprese mista

☛ strutturata in base ad una combinazione di raggruppamento orizzontale e verticale.

La mandante assume l'esecuzione delle prestazioni cd. prevalenti e la mandataria quelle della categoria scorporata

Il **ruolo di mandataria e quello di mandante** possono essere assunti da un insieme di imprese, che danno luogo ad una sub-associazione di tipo orizzontale.

Tali sono quelle che cumulano in un unico assetto organizzativo le caratteristiche proprie dell'associazione così detta orizzontale, per l'esecuzione dei lavori della categoria prevalente, con quelle dell'associazione così detta verticale tra imprese mandanti e le precedenti ai fini dell'esecuzione delle opere scorporabili.



Nell'ipotesi in cui è possibile realizzare la riunione verticale si ammette, quindi, la riunione orizzontale per i lavori della categoria prevalente; ne consegue che la presenza di opere scorporabili non permette di ricorrere unicamente al raggruppamento di tipo verticale

- ⌘⌘⌘ *Cons. giust. sic. 3 febbraio 2000, n. 36;*
- Cons. giust. sic. 13 ottobre 1998, n. 618;*
- Cons. giust. sic. 16 settembre 1998, n. 477.*

1.3. RTI - REQUISITI

I requisiti generali di **ordine pubblico e di moralità** di cui all'art. 38 dlgs 163/2006 s.m.i. devono essere in capo a Ciascuna impresa che deve anche possedere i **requisiti speciali** corrispondenti al valore ed alla tipologia di prestazioni che le sono assegnate.

Lo scorso 13 Maggio 2011, è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n.110, il **Decreto Legge 13 maggio 2011 n.70 noto come Decreto Sviluppo** contenente le "Prime disposizioni urgenti per l'economia, al cui art. 4 rubricato "**Costruzioni delle opere pubbliche**" sono introdotte una serie di importanti modifiche al Codice dei Contratti Pubblici di cui le più incisive si analizzeranno in questo breve excursus.

Sui requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 Codice dei Contratti Pubblici rilevanti modifiche hanno riguardato

Comma 1 lettera c) nella quale è previsto che la causa di esclusione ⊕per mancanza dei requisiti di moralità professionale, opererà per i soggetti cessati dalla carica "nell'anno" e non più nel triennio antecedente la pubblicazione del bando.

nuovo comma 1ter => la Stazione appaltante, è tenuta a darne segnalazione ⊕all'Autorità di Vigilanza per i Contratti Pubblici (AVCP) ove ravvisi dichiarazioni mendaci rese con dolo o colpa grave, o in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto delle false dichiarazioni, o della presentazione di falsa documentazione, ⊕ne dispone l'iscrizione nel casellario informatico che comporta l'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto per il periodo di un anno, decorso il quale l'iscrizione sarà cancellata e perderà comunque efficacia.

La procedura di segnalazione all'AVCP si svolge conformemente a quanto prescritto dall'art.27 D.p.r 34/2000 oggi art.8 del D.p.r 207/2010.



Anche se si tratta delle affermazioni limitate all'insussistenza di sentenze penali, comprese quelle corredate del beneficio della non menzione

Non si può qualificare il fatto quale *dimenticanza o a disguido*, avendo le dette dichiarazioni riflesso immediato sulla moralità professionale dell'operatore economico

Detta condotta determina l'immediata decadenza dell'intervenuta aggiudicazione e l'obbligatoria segnalazione da parte della Stazione Appaltante all'AVCP.

⌘⌘⌘ **Cons. di Stato , Sez. VI, 6 Giugno 2011 n. 3361**

(in riforma alla Sentenza TAR Lazio-Roma Sez. III n.11888/2010)



L'assolvimento degli oneri di autodichiarazione, ad opera del Presidente del Consiglio di amministrazione e dell'amministratore delegato, dei soggetti muniti del potere di rappresentanza della società, deve ritenersi condizione necessaria e sufficiente ai fini dell'assolvimento relativo in capo all'azienda.

La generica riferita imputazione di ruoli di responsabilità ad altri soggetti in organico all'azienda, asserzione peraltro priva di elementi a sostegno probatorio in merito all'effettiva ampiezza e portata di tali poteri, non integra violazione dell'art. 38, co. 1 lett. C)

La dichiarazione di una moralità professionale va ricondotta a quei soggetti dell'azienda dotati di stabili ed inconfutabili poteri di rappresentanza

§§§ TAR LIGURIA, Sez. II, 5 maggio 2011, n. 715

Principio generale

La valutazione sui requisiti di idoneità tecnica ed economica può essere fatta cumulando i connotati posseduti da ogni impresa.

Per la certificazione ISO 14001, è sufficiente la sua sussistenza in capo alla sola capogruppo mandataria, in mancanza di una specifica previsione di legge o del bando di gara ovvero laddove lo richieda la intrinseca natura della prestazione)

§§§ TAR Toscana-Firenze, sez. I, sentenza 07.12.2010 n° 6717

Quid iuris?

Produzione di documenti equipollenti a quelli richiesti nel bando?

Il giudizio di assimilazione, equipollenza, di fungibilità di specifiche certificazioni indicate nel bando di gara, con documenti di diversa natura, E' SOGGETTO A MOLTEPLICI CRITICHE, vertendosi per lo più in un criterio di valutazione pre-selezionato, soprattutto in assenza di aperture del legislatore.

Ad esempio la *fungibilità ex lege* può ravvisarsi all'art. 41, comma 3 **Codice dei Contratti Pubblici** che consente di provare la capacità finanziaria *con ogni documento considerato idoneo dalla stazione appaltante*.

Diversamente, tale apertura non si registra all'art. 42 **Codice dei Contratti Pubblici** con riferimento alla capacità tecnico-professionale..."

Inoltre la giurisprudenza assume che "...se trattasi di servizi e forniture prestati - come nel caso di specie- a favore di amministrazioni o enti pubblici, la capacità tecnica può essere dimostrata unicamente mediante certificati rilasciati e vistati dalle stesse amministrazioni, non ammettendosi alcun documento sostitutivo ...".

§§§ TAR Puglia-Bari, sez. I, del 17 giugno 2011, n. 920

Precisazioni

- ✓ Per le associazioni temporanee di imprese **di tipo orizzontale**
(ART. 92co2 DPR 207/2010 ex art. 95 co 2 d.P.R. n. 554/1999)
, "i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara per le imprese singole devono essere posseduti dalla mandataria o da una impresa consorziata nelle misure minime del 40%; la restante percentuale è posseduta cumulativamente dalle mandanti o dalle altre imprese consorziate ciascuna nella misura minima del 10% di quanto richiesto



all'intero raggruppamento. L'impresa mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura maggioritaria".

L'ultimo periodo dell'articolo citato prescrive che, nell'ipotesi in cui il bando di gara individua i requisiti minimi finanziari e tecnici richiesti per la costituzione di un'associazione temporanea di imprese in misura non inferiore al 40% per la capogruppo e al 60% per le imprese mandanti, qualora un'associazione sia stata costituita solo fra due imprese, alla mandante non può più essere richiesta una capacità finanziaria e tecnica non inferiore al 60%⁶.

Ciò trova applicazione anche nel caso di **sub-associazione orizzontale** che assuma le lavorazioni scorporabili sia nel caso assuma le lavorazioni prevalenti.

§§§ (giurisprudenza maggioritaria da ultimo TAR Valle d'Aosta n. 1 del 23 gennaio 2009)

Nel caso di RTI orizzontale è stata ritenuta legittima la richiesta di specifici requisiti anche in capo alle imprese partecipanti, a prescindere da quelli posseduti dalla capogruppo **§§§ Cons. giust. amm. sic. 21 dicembre 1998, n. 678**

✓ Per le associazioni temporanee di imprese **di tipo verticale**

(ART. 92co3 DPR 207/2010 ex art. 95 co 3 d.P.R. n. 554/1999)

"i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi sono posseduti dalla capogruppo nella categoria prevalente; nelle categorie scorporate ciascuna mandante possiede i requisiti previsti per l'importo dei lavori della categoria che intende assumere e nella misura indicata per l'impresa singola. I requisiti relativi alle lavorazioni scorporabili non assunte da imprese mandanti sono posseduti dalla impresa mandataria con riferimento alla categoria prevalente".

Momento del possesso dei requisiti

I requisiti (anche per le mandanti per le opere scorporabili) devono essere posseduti al momento della domanda di partecipazione.

Assenza di requisiti per le categorie richieste

Solo un'impresa che abbia i requisiti previsti per le opere scorporabili potrà avvalersi⁷ della facoltà di nominare successivamente una diversa impresa che di quelle

⁶ Diversamente, in vigenza della normativa precedente, Cons. Stato, sez. VI, 1 dicembre 1998, n. 1397, ha ritenuto legittima l'esclusione dell'associazione nella quale l'impresa mandante risultava in possesso del solo 40% della capacità tecnica ed economica, in luogo del richiesto 60%.

⁷ Vedere l'**art. 92, comma 4 del Dpr 207/2010** <<Se l'impresa singola o le imprese che intendano riunirsi in associazione temporanea hanno i requisiti di cui al presente articolo, possono associare altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando, a condizione che i lavori eseguiti da queste ultime non superino il 20 per cento dell'importo complessivo dei lavori e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna sia almeno pari all'importo dei lavori che saranno ad essa affidati>>.



opere si assuma l'esecuzione; mentre l'impresa, che quei requisiti non abbia, non può esimersi dall'indicare nella domanda di partecipazione un'idonea impresa mandante

⌘⌘⌘ **Cons. Stato, sez. V, 2 aprile 1996, n. 375**

E' necessaria una esplicita dichiarazione ai sensi dell'art. 92, co4 del Dpr 207/2010 di voler associarsi con imprese per cui non possiede le categorie richieste e che l'importo dei lavori che eseguiranno non supererà il 20% dell'importo complessivo dei lavori

1.4. REQUISITI ➔ PENDENZA DI CARICHI TRIBUTARI

alla luce delle novità introdotte dal Decreto Sviluppo (D.L. n. 70 del 13 maggio 2011)

✎E' ILLEGITTIMO un provvedimento di revoca di una precedente aggiudicazione provvisoria in favore di un'ATI, per asserita "riscontrata insussistenza dei requisiti soggettivi" in capo ad una delle società riunite, sebbene quest'ultima, in data anteriore al provvedimento di revoca dell'aggiudicazione, avesse validamente esercitato la facoltà di recesso dal gruppo.

✎Distinzione tra le **preclusioni soggettive cogenti** alla partecipazione alle gare, del legislatore => es. "è escluso dalla partecipazione ad un pubblico appalto", da quella di **preclusioni facoltative**, => con utilizzo della locuzione "può essere escluso dalla partecipazione all'appalto"

La violazione degli obblighi tributari rientra nella seconda casistica, necessitando, per l'effetto, una valutazione *ad hoc* tendente ad accertarne consistenza e rilevanza.

⌘⌘⌘ **TAR Sardegna, sez. I, 26 maggio 2011, n. 519**

Testualmente il Collegio: "la pendenza tributaria può essere un indizio, ma non una prova *ex se* automatica di inaffidabilità del soggetto contraente".

Ulteriore fondamento proviene dal c.d. Decreto sviluppo (art. 4, punto 1.5 del D.L. n. 70 del 13 maggio 2011), dal quale emerge un **orientamento restrittivo dei casi di esclusione della lett. g dell'art. 38** (le violazioni tributarie e fiscali appunto) del Codice degli appalti, con applicazione alle sole ipotesi di **violazioni gravi** con una valutazione improntata ai **canoni di ragionevolezza** in considerazione degli obiettivi cui la norma è preordinata, ovvero l'affidabilità del contraente privato.

⌘⌘⌘ **TAR Sardegna, sez. I, 26 maggio 2011, n. 519**



D. REQUISITI DI IDONEITÀ PROFESSIONALE EX ART. 37

1.1. ISCRIZIONE all'albo nazionale costruttori

La giurisprudenza ha ritenuto che solo nel caso di associazioni temporanee di tipo verticale sia consentita la partecipazione di imprese associate prive del requisito dell'iscrizione all'albo nazionale dei costruttori per tutte le categorie delle opere oggetto dell'appalto

- ⌘⌘⌘ Cons. Stato, sez. V, 14 luglio 1997, n. 812
Cons. Stato, sez. V, 4 dicembre 1996, n. 1476

1.2. ISCRIZIONE alla Camera di commercio

Quid iuris?

Aggiudicazione ad operatore NON iscritto all'albo per il settore oggetto di gara?



L'aggiudicazione NON sana la carenza del requisito

Caso: *Aggiudicazione del servizio di trasporto scolastico per l'annualità 2010/2011*

Il bando di gara richiede espressamente, quale requisito per la partecipazione, la regolare iscrizione alla camera di commercio "per il settore specifico". L'aggiudicazione avviene a favore di una cooperativa che NON era iscritta alla Camera di commercio per il settore specifico oggetto di gara, bensì era iscritta solo alla sezione ordinaria dell'albo delle società cooperative, senza specificazione in merito alle attività sociali.

- ⌘⌘⌘ TAR Campania-Salerno, sez. II, 24 maggio 2011, n. 983

1.3. RAGGRUPPAMENTI TEMPORANEI DI PROFESSIONISTI

I professionisti che fanno parte di un raggruppamento temporaneo devono presentare **ognuno** le dichiarazioni previste dal disciplinare a pena di esclusione

Nel caso di specie le contestazioni riguardano non tanto la sussistenza dei requisiti quanto la necessità che la dichiarazione fosse resa da tutti i professionisti concorrenti

Parere dell'Autorità Per La Vigilanza Sui Contratti Pubblici N.15 del 26 gennaio 2011

1.4. EFFETTI DELLE PROCEDURE CONCURSAUALI DELLA MANDANTE O DELLA MANDATARIA

1.5. PRINCIPIO GENERALE (SCIOGLIMENTO RAPPORTO)

La stazione appaltante non può contrattare o proseguire un rapporto negoziale con un soggetto dichiarato fallito.

Ratio: garantire la corretta esecuzione contrattuale



FALLIMENTO PRIMA DELLA STIPULA

Più precisamente, costituisce causa tipica di esclusione dalle gare, prevista dall'art. 38 del Codice, lo stato di **fallimento, liquidazione coatta, concordato preventivo** dell'operatore economico **ovvero la pendenza** nei suoi confronti di uno di tali procedimenti.

FALLIMENTO DOPO LA STIPULA

Per il caso di fallimento a seguito della stipulazione del contratto le previsioni normative sono più frammentarie ed incomplete:

- in caso di fallimento dell'operatore economico individuale, alla luce dell'art. 140 del Codice le stazioni appaltanti **potranno interpellare i soggetti della graduatoria originaria SE lo hanno previsto nel bando;**
- in caso di ATI l'art. 37 ai commi 18 e 19 prevede conseguenze diverse a seconda che a fallire sia la mandante o la mandataria.

1.6. ECCEZIONI (NO SCIoglimento DEL RAPPORTO)

EFFETTI DELLE PROCEDURE CONCURSAUALI SUBENTRO DEL FALLITO?

Trova applicazione l'art. 81 della Legge Fallimentare che prevede che **il contratto di appalto si sciolga**⁸ per il fallimento di una delle parti se il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori non dichiara di voler subentrare nel rapporto dandone comunicazione all'altra parte nel termine di giorni sessanta dalla dichiarazione di fallimento ed offrendo idonee garanzie

CONTRA il rapporto contrattuale non può proseguire con il fallito, ancorchè il giudice fallimentare abbia autorizzato l'esercizio provvisorio dell'impresa, in un caso di fallimento della capogruppo mandataria affidataria di un appalto di fornitura Sul punto vedere il Consiglio di Stato (parere n. 4575/2007 del 22 gennaio 2008)

1.7. INESISTENZA DELL'INTUITUS PERSONAE

Nel caso di fallimento dell'appaltatore, il rapporto contrattuale si scioglie se la considerazione della qualità soggettiva è stata un motivo determinante del contratto, salvo che il committente non consenta comunque la prosecuzione del rapporto.

Se dichiarata fallita sia la mandataria o la mandante, il rapporto contrattuale può anche proseguire se sussistono determinati presupposti oggettivi e soggettivi previsti dall'art. 37 commi 18 e 19 del Codice.

⁸ Trova applicazione ai raggruppamenti di imprese che eseguono appalti pubblici la norma di cui all'art. 78 della Legge Fallimentare, secondo la quale la dichiarazione di fallimento fa venire meno il rapporto contrattuale tra le società del raggruppamento



1.8. FACOLTA' DI RECESSO O DI PROSEGUIRE L'APPALTO PER LA STAZIONE APPALTANTE

In caso di fallimento della mandataria, la stazione appaltante ha la facoltà di recedere dal contratto ovvero di proseguire con altra impresa alla quale le imprese riunite sopravvissute abbiano conferito mandato.

Presupposti soggettivi per poter proseguire l'azione sono:

- ✚ la costituzione di un nuovo mandatario, mediante conferimento di un nuovo mandato ex d. lgs. 163/2006 (si vedano in particolare i commi 14 e 15 dell'art. 37 del codice)
- ✚ il nuovo mandatario deve avere il possesso dei requisiti di qualificazione adeguati alle prestazioni ancora da eseguire;
- ✚ il consenso da parte della stazione appaltante.

La stazione appaltante non può opporre un veto immotivato, in quanto non ha una facoltà discrezionale di recedere o non recedere.

1.9. INNOVAZIONE SOGGETTIVA "DESIGNATA" E PRESUSPOSTO OGGETTIVO

Nel caso in cui la mandante **designi un nuovo mandatario, l'amministrazione ha l'obbligo di verificare se sussistano i requisiti** in capo all'operatore supplente, sia con riferimento alle originarie previsioni del bando di gara sia in relazione alla combinazione dei requisiti del mandatario rispetto alle mandanti sopravvissute, ed allo stato delle attività già eventualmente svolte.

Solo nel caso di esito negativo di tale verifica, l'amministrazione eserciterà il recesso che "dovrà essere debitamente motivato in relazione alla riscontrata impossibilità di esecuzione delle residue prestazioni". (Presupposto oggettivo è il mantenimento delle condizioni contrattuali originarie).

1.10. PRINCIPIO GENERALE (DIRITTO AI COMPENSI PRO QUOTA)

Le imprese facenti parte del raggruppamento hanno **diritto pro quota al pagamento dei compensi maturati prima del fallimento**, in base agli importi indicati nelle fatture non pagate.

- ⌘⌘⌘ Cass. Civ. sez. I 13 settembre 2007 n. 19165;
- Cass. Civ. sez. I 30 gennaio 2003 n. 1396.

Alla luce dei principi generali, fatte salve le competenze interne eventualmente previste all'interno di ogni singolo Ente, tenendo conto che si tratta della fase esecutiva del rapporto contrattuale, nella quale l'amministrazione deve esprimere valutazioni sostanzialmente tecniche in ordine alla novazione soggettiva, si ritiene sufficiente assumere un provvedimento dirigenziale a contrattare, prima di sottoscrivere il contratto con il nuovo raggruppamento.



E. I CONSORZI

1.1 - I REQUISITI PER PARTECIPARE ALLE GARE-

I requisiti generali di ordine pubblico e di moralità di cui all'art. 38 **Codice dei Contratti Pubblici** devono essere verificati **SIA** in capo al consorzio, **SIA** in capo alle consorziate designate come esecutrici.

Invece, i requisiti speciali, sia di natura tecnico-professionale sia di natura economico finanziaria, devono essere posseduti direttamente dal consorzio

⌘⌘⌘ TAR Liguria sez. II, 9 gennaio 2009 n. 39;

TAR Toscana sez. I 18 giugno 2008 n. 1637

“In caso di consorzi, se tali requisiti andassero accertati solo in capo al consorzio e non anche in capo ai consorziati che eseguono le prestazioni il consorzio potrebbe agevolmente diventare uno schermo di copertura consentendo la partecipazione di consorziati privi dei necessari requisiti. Per gli operatori che non hanno i requisiti dell'art. 38 (si pensi al caso di soggetti con condanne penali per reati gravi incidenti sulla moralità professionale) basterebbe anzichè concorrere direttamente andando in contro a sicura esclusione, aderire ad un consorzio da utilizzare come copertura”.

L'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (parere 9 aprile 2008 n. 107) la norma in esame è applicabile anche agli appalti di servizi e forniture.

- ❖ Per un consorzio di imprese (sia stabile, sia ordinario) è necessario che la **dimostrazione dei requisiti sia fornita da parte di tutti i consorziati e del consorziato designato quale esecutore** dell'appalto; in particolare, nel caso in cui il Consorzio di imprese abbia individuato uno specifico consorziato per l'esecuzione dei lavori, ma si sia anche riservato di affidare l'esecuzione stessa alle altre imprese consorziate, deve essere data dimostrazione del possesso dei requisiti da parte di tutte le imprese facenti parte del consorzio (Cons. di Stato, sez. IV, 21 aprile 2008 n. 1778)
- ❖ Per un consorzio di imprese, il possesso dei requisiti generali di partecipazione alla gara di appalto, relativi alla regolarità della gestione delle singole imprese sotto il profilo dell'ordine pubblico, quello economico, nonché della moralità, va verificato non solo **in capo al consorzio, ma anche alle singole imprese** quali esecutrici del servizio. La possibilità che il consorzio nella forma della società di capitali rappresenti un centro autonomo di responsabilità e di imputazioni delle attività svolte, non implica infatti che la stessa unitarietà debba valere nei casi in cui il consorzio non venga in rilievo quale centro autonomo di imputazione, ma per la qualità dei soggetti che vi partecipino (Cons. di Stato, sez. IV, 27 giugno 2007 n. 3765)
- ❖ Per i consorzi stabili, la dimostrazione del possesso dei requisiti generali di partecipazione di cui all'art. 75 del DPR n. 554/1999 e all'art. 17 del DPR n. 34/2000, non può essere limitata ai consorzi, in quanto soggetti autonomi, ma deve essere estesa alle imprese consorziate per conto delle quali il singolo consorzio ha dichiarato di concorrere, ai sensi dell'art. 13 comma 4, della L. n. 109/1994, sin dalla fase di partecipazione alla gara ed alle quali dovrà essere affidata l'esecuzione dei lavori. Va pertanto escluso da una gara di appalto un consorzio nel caso in cui non sia stato prodotto per



l'impresa designata dal consorzio stesso per l'esecuzione dei lavori la certificazione di regolarità contributiva rilasciata dall'INPS, dall'INAIL e dalla Cassa Edile (TAR Sicilia-Catania, sez. IV, 8 febbraio 2007 n. 223)



I requisiti di idoneità tecnica e finanziaria - cd. requisiti speciali - sono posseduti e dimostrati dai consorzi e non dalle singole imprese.

1.2. PRINCIPIO DEL CUMULO DEI REQUISITI



L'art. 36, comma 7 **Codice dei Contratti Pubblici**,

<<Il consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole consorziate>>

trova applicazione con esclusivo riferimento agli appalti di lavori, invece negli appalti di differente contenuto, deve trovare applicazione l'ordinaria prescrizione di dimostrazione del possesso dei requisiti, secondo la disciplina generale di cui all'art. 35 del codice degli appalti, (*requisiti per la partecipazione alle gare dei consorzi*) alla quale fa eccezione (ma per i soli appalti di lavori).

Così i requisiti relativi alla **disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo**, sono computati cumulativamente in capo al consorzio, ancorchè posseduti dalle singole imprese consorziate.

⌘⌘⌘ TAR Toscana – Firenze, sez. I, 11 settembre 2008 n. 1988

1.3. IL REQUISITO ORGANIZZATIVO - ATTREZZATURE TECNICHE

L'art. 79 comma 13 dpr 207/2010 ribadisce la previsione già contenuta nell'art. 35 del Codice, disponendo che i consorzi di cooperative, i consorzi tra imprese artigiane ed i consorzi stabili possono dimostrare il requisito relativo alle attrezzature tecniche mediante l'attrezzatura in dotazione stabile ai propri consorziati; gli stessi soggetti possono dimostrare il requisito relativo all'organico medio annuo attraverso il costo del personale dipendente proprio e dei soggetti consorziati.

L'art. 94 comma 2 dpr 207/2010 riproduce l'art. 97 comma 2 del regolamento n. 554/1999 prevedendo che i consorzi stabili conseguano la qualificazione a seguito di verifica dell'effettiva sussistenza in capo alle singole consorziate dei corrispondenti requisiti. Gli articoli 101 e 102 precisano quali documenti devono essere presentati, rispettivamente, dal consorzio stabile e dai consorzi di cooperative per la dimostrazione del possesso dei requisiti di qualificazione a contraente generale.



1.4. REQUISITI DI QUALIFICAZIONE SOA

❖ Devono essere verificati direttamente in capo al consorzio anche i requisiti di qualificazione SOA, in caso di appalto di lavori, ovvero i documenti attestanti i requisiti di cui agli articoli 41 e 42 **Codice dei Contratti Pubblici** in caso di appalto di forniture o di servizi.

❖ Nel caso in cui l'efficacia dell'attestazione di uno o più consorziati **scada** prima della prescritta verifica triennale o prima della scadenza quinquennale dell'attestazione del consorzio stabile, **cd. carenza intermedia**, sussiste l'obbligo per il consorzio di chiedere alla SOA l'adeguamento dell'attestazione. Ad intervenuta scadenza triennale, l'impresa non può partecipare alle gare nel periodo decorrente dalla data di scadenza del triennio alla data di effettuazione della verifica con esito positivo

(Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, 17 luglio 2008 n. 195).

=> Solo per i lavori (e non anche per le altre tipologie di contratti: ivi in esame un appalto di servizi) il consorzio stabile acquisisce la qualificazione delle consorziate con riferimento ad una determinata categoria di opere e che solo con riferimento al sistema della qualificazione delle SOA, può trovare applicazione il sistema di qualificazione c.d. "a priori". ❖❖❖ Cons. Stato, sez. VI, del 20 maggio 2011, n. 3010 (conforme TAR Lazio, sede di Roma, sez. III ter, n. 11483/ 2009)

SI RINGRAZIA DELL'ATTENZIONE