

COMPITO A CASA N. 3

QUESITO DIRITTO AMMINISTRATIVO

Il Comune di Omega ha indetto una gara per la realizzazione di un impianto sportivo per gare di atletica. Alla gara partecipavano soltanto due concorrenti, il Consorzio Stabile Alfa e la società Delta.

Nel corso della procedura il Consorzio Stabile Alfa è stato escluso in quanto dagli accertamenti finalizzati alla verifica dei requisiti è risultato che vi è stata una parentesi temporale in cui il Consorzio ha perso l'attestazione di qualificazione SOA, relativamente alla categoria prevalente, per effetto del venir meno della partecipazione al consorzio della società Beta (non designata per l'esecuzione dei lavori), di cui si era avvalso per la dimostrazione del requisito citato per la disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nelle more dell'ammissione alla società consortile della società Gamma in possesso della qualificazione richiesta. Inoltre, nel provvedimento di esclusione si evidenziava anche la nullità del contratto di avvalimento, attesa la mancata previsione di un corrispettivo economico.

Successivamente la gara è stata aggiudicata all'unico concorrente in gara, Delta.

Il candidato, assunte le vesti del legale del Consorzio, esamini la vicenda sopra descritta, illustrando gli istituti giuridici in gioco, sia sostanziali che processuali, ed esprima il proprio parere sulle scelte adottabili dalla società, anche difensive, rappresentando gli scenari e conseguenze, anche processuali, che ne possono derivare.

SOLUZIONE COMPITO A CASA N. 3

QUESITO DIRITTO AMMINISTRATIVO

Tipologia di atto da predisporre

La traccia richiedeva la redazione di un ricorso giurisdizionale avverso il provvedimento di esclusione del Consorzio Stabile Alfa.

Il ricorso è da proporre contro il Comune di Omega e nei confronti di Delta

Azioni da proporre: l'annullamento, previa concessione delle misure cautelari ritenute più idonee, prima fra tutte la sospensione dell'efficacia, del provvedimento di esclusione; l'accertamento dell'aggiudicazione della gara da parte della ricorrente, con conseguente condanna alla stipula del contratto con la stessa; la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto eventualmente medio tempore stipulato e conseguente subentro della ricorrente nel contratto medesimo; nonché, infine, il risarcimento del danno, da disporsi in forma specifica, mediante subentro nell'esecuzione del contratto di appalto eventualmente stipulato nelle more del giudizio per equivalente, nell'ipotesi di sopravvenuta impossibilità di esecuzione, anche solo parziale, dell'appalto.

Istanza cautelare = focalizzare l'attenzione sul danno derivante dalla stipula del contratto con l'aggiudicataria Delta (Anche il danno che deriverebbe alla stessa dall'esecuzione dei provvedimenti impugnati, e dunque la ricorrenza del periculum in mora, è di tutta evidenza. La sussistenza del presupposto dell'estrema gravità e urgenza discende dalla necessità di inibire prontamente l'attività dell'amministrazione resistente, che, come si è detto, ha già proceduto all'aggiudicazione definitiva della gara. In difetto di un intervento inibitorio – ovvero dei provvedimenti cautelari che codesto Ecc.mo TAR dovesse ritenere più opportuni – la stazione appaltante potrebbe difatti procedere alla stipula del contratto di appalto, così determinando non solo un gravissimo vulnus degli interessi pubblicistici sottesi al regolare andamento della gara, privandosi l'amministrazione della possibilità di affidare la commessa all'offerta migliore, ma anche la lesione degli interessi della ricorrente, che si vedrebbe ingiustamente privata della possibilità di conseguire il bene della vita cui legittimamente aspira).

Istanza risarcitoria = La prima richiesta riguarda la tutela in forma specifica (In relazione all'azionata domanda risarcitoria si precisa che, nella prospettiva della c.d. tutela risarcitoria in forma specifica, con l'accoglimento del presente ricorso, la ricorrente aspira prioritariamente al conseguimento dell'aggiudicazione della gara e alla stipula del contratto di appalto, cui si dichiara pronta sin d'ora. Pur confidando nel fatto che l'amministrazione si asterrà dalla stipula del contratto, si precisa che, qualora così non fosse, la ricorrente domanda formalmente che il TAR pronunzi e dichiari l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato, accogliendo l'esperita domanda di subentro nell'esecuzione dello stesso). In subordine si chiede la tutela per equivalente (Nella subordinata prospettiva del risarcimento per equivalente monetario, per la denegata ipotesi in cui la società ricorrente non fosse ammessa ad eseguire, anche solo parzialmente, le prestazioni contrattuali, si richiede sin d'ora che l'amministrazione sia condannata al risarcimento dei relativi danni, da quantificarsi, per quel che concerne il lucro cessante, nella misura del 10% delle prestazioni contrattuali non eseguite e, quanto al danno curriculare, nella misura del 5% di quelle stesse prestazioni, ovvero nella maggiore o minore somma che risulterà in corso di giudizio, con espressa riserva di ulteriormente dedurre e precisare, ed in ogni caso oltre interessi e rivalutazione come per legge). Occorre argomentare in ordine alla sussistenza dell'elemento soggettivo (Con riferimento alla sussistenza dell'elemento soggettivo, preme osservare che, in base all'insegnamento della nota sentenza della Corte di Giustizia nel caso Stadt Graz (sentenza del 30 settembre 2010, causa C-314/09), la responsabilità della pubblica amministrazione in caso di violazione delle norme di diritto degli appalti deve essere qualificata come

oggettiva, soprattutto al fine di tutelare la concorrenza, fatta salva la possibilità per la pubblica amministrazione di provare la scusabilità dell'errore per esimersi dalla responsabilità).

Ricorda che nell'atto occorre redigere la procura e la relata di notifica.

N.B. Ricorda che nel caso di specie è un ricorso in materia di appalti (termini /contributo unificato).

Argomenti da approfondire:

- consorzi ordinari e consorzi stabili;
- requisiti per la partecipazione dei consorzi alle gare (art. 47 del D.Lgs 50/2016);
- avvalimento (art. 89 del D.Lgs 50/2016);
- Con. Stato, Ad. Plen., sentenza n. 5 del 18.3.2021

Possibili argomentazioni in forma riassuntiva:

I) Come è noto il consorzio stabile, di cui all'art. 45, comma 2, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016, presenta significative differenze con il consorzio ordinario di cui agli artt. 2602 e ss. del codice civile.

Il **consorzio ordinario** pur essendo un autonomo centro di rapporti giuridici, non comporta l'assorbimento delle aziende consorziate in un organismo unitariocostituente 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 (cfr ex multis, Cass.civ., sez. trib., 9 marzo 2020, n. 6569; Cass. civ., sez. I, 27 gennaio 2014, n. 1636).

Nel consorzio con attività esterna la struttura organizzativa provvede all'espletamento in comune di una o alcune funzioni (ad esempio, l'acquisto di benistrumentali o di materie prime, la distribuzione, la pubblicità, etc.), ma nemmeno in tale ipotesi il consorzio, 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 (cfr., ex multis, Cons. St., sez. V, 6 ottobre 2015, n. 4652, il quale ha statuito l'illegittimità della partecipazione di un consorzio ordinario che, pur riunendo due società, aveva dichiarato di gareggiare per conto di una sola di esse).

Non è così per i **consorzi stabili**. Questi, a mente dell'art. 45, comma 2, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016, 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”*.

È in particolare il riferimento aggiuntivo e qualificante alla *“comune struttura di impresa”* che induce ad approdare verso lidi ermeneutici diversi ed opposti rispetto a quanto visto per i consorzi ordinari. I partecipanti in questo caso danno infatti vita ad una stabile struttura di impresa collettiva, la quale, oltre a presentare una propria soggettività giuridica con autonomia anche patrimoniale, rimane distinta e autonoma rispetto alle aziende dei singoli imprenditori ed è strutturata, quale azienda consortile, per eseguire, anche in proprio (ossia senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate), le prestazioni affidate a mezzo del contratto (da ultimo, Cons. St., sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165).

Proprio sulla base di questa impostazione, la Corte di Giustizia UE (C-376/08, 23 dicembre 2009) è giunta ad ammettere la contemporanea partecipazione alla medesima gara del consorzio stabile e della

consorziata, ove quest'ultima non sia stata designata per l'esecuzione del contratto e non abbia pertanto concordato la presentazione dell'offerta (ex multis, Cons. St., sez. III, 4 febbraio 2019, n. 865).

Chiarita la differenza tra consorzio ordinario e consorzio stabile, nel caso di specie il Comune di Omega ha disposto l'esclusione del Consorzio Stabile Alfa in quanto dagli accertamenti finalizzati alla verifica dei requisiti è risultato che vi è stata una parentesi temporale in cui il Consorzio ha perso l'attestazione di qualificazione SOA, relativamente alla categoria prevalente, per effetto del venir meno della partecipazione al consorzio della società Beta (non designata per l'esecuzione dei lavori), di cui si era avvalso per la dimostrazione del requisito citato per la disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nelle more dell'ammissione alla società consortile della società Gamma in possesso della qualificazione richiesta.

Ebbene nel caso di specie tale esclusione risulta illegittima in quanto il Comune di Omega, in applicazione di quanto previsto dall'art. 89 co. 3 del D.Lgs 50/2016, avrebbe dovuto concedere al Consorzio Stabile Alfa la possibilità di procedere alla sostituzione della consorziata che aveva perso il requisito e dunque non avrebbe potuto procedere all'automatica esclusione del Consorzio.

Sul tema si è di recente espressa anche la giurisprudenza amministrativa (Cons. St., Ad. Plen., sentenza n. 10 del 27.5.2021) stabilendo che *“La consorziata di un consorzio stabile, non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori, è equiparabile, ai fini dell'applicazione dell'art. 63 della direttiva 24/2014/UE edell'art. 89 co. 3 del d.lgs. n. 50/2016, all'impresa ausiliaria nell'avvalimento, sicché la perdita da parte della stessa del requisito impone alla stazione appaltante di ordinarne la sostituzione” (...)*

“Solo le consorziate designate per l'esecuzione dei lavori partecipano alla gara e concordano l'offerta, assumendo una responsabilità in solido con il consorzio stabile nei confronti della stazione appaltante (art. 47 comma 2 del codice dei contratti). Per le altre il consorzio si limita a mutuare, ex lege, i requisiti oggettivi, senza che da ciò discenda alcun vincolo di responsabilità solidale per l'eventuale mancata o erronea esecuzione dell'appalto.

9.2. Si è dinanzi, in quest'ultimo caso, ad un rapporto molto simile a quello dell'avvalimento (non a caso espressamente denominato tale dalla vecchia versione dell'art. 47 comma 2, ratione temporis applicabile), anche se, per certi versi, meno intenso: da una parte, infatti, il consorzio presta i requisiti senza partecipare all'offerta, similmente all'impresa avvalsa (senza bisogno di dichiarazioni, soccorrendo la “comune struttura di impresa” e il disposto di legge), dall'altra, pur facendo ciò, rimane esente da responsabilità (diversamente dall'impresa avvalsa).

10. Una forma di avvalimento attenuata dall'assenza di responsabilità dunque.

10.1. Questa constatazione, se intermediata attraverso l'elaborazione logica, è di per sé sufficiente a giustificare l'applicazione alla fattispecie in esame dell'art. 89 comma 3 del codice dei contratti.

A mente della disposizione citata, infatti la stazione appaltante (in luogo di disporre l'esclusione in cui inesorabilmente incorrerebbe un concorrente nell'ambito di un raggruppamento o di un consorzio ordinario o stabile) impone all'operatore economico di “sostituire” i soggetti di cui si avvale “che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione”. Ergo, se è possibile, in via eccezionale, sostituire il soggetto legato da un rapporto di avvalimento, a fortiori dev'essere possibile sostituire il consorzio nei confronti del quale sussiste un vincolo che rispetto all'avvalimento è meno intenso.

10.2. Del resto, che questa sia la soluzione per colmare la lacuna normativa esistente, ed evidenziata dall'ordinanza di rimessione, per il caso del consorzio non designato per l'esecuzione, trova piena conferma nell'ampia formulazione dell'art. 63 della direttiva 2014/24/UE, il quale, nel disciplinare l'avvalimento, vi ricomprende tutti i casi in cui un operatore economico, per un determinato appalto,

fa “affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi”, senza dare rilevanza qualificante alla responsabilità solidale dei soggetti avvalsi. Circostanza, quest’ultima, rimessa piuttosto dalla direttiva all’eventuale decisione discrezionale dell’amministrazione aggiudicatrice (l’amministrazione aggiudicatrice “può esigere” che l’operatore economico e i soggetti di cui sopra siano solidalmente responsabili dell’esecuzione del contratto, recita l’art. 63 cit.), anche se poi tradottasi in un precetto di legge in sede di recepimento nell’ordinamento italiano (89, comma 5 codice dei contratti).

10.3. Non v’è ragione, dunque, per riservare al consorzio che si avvale dei requisiti di un consorzio “non designato”, un trattamento diverso da quello riservato ad un qualunque partecipante, singolo o associato, che ricorre all’avvalimento. Nell’uno, come nell’altro caso, in virtù dell’art. 89 comma 3 del codice dei contratti, ove il requisito “prestato” venga meno, l’impresa avvalsa potrà, rectius, dovrà essere sostituita” (...)

“11.5. La sostituzione è appunto lo strumento nuovo e alternativo che, alla luce del principio di proporzionalità, consente quella continuità predicata dall’Adunanza Plenaria nel 2015, in tutti i casi in cui il concorrente si avvalga dell’ausilio di operatore terzi. Trattasi di un “istituto del tutto innovativo”, secondo la definizione data dal Consiglio Stato (sez. III, n. 5359/2015) e dalla Corte di Giustizia dell’Unione europea (C-223/16 del 14 settembre 2017, Casertana costruzioni s.r.l.).

Esso restituisce al soggetto avvalso la sua vera natura di soggetto che presta i requisiti al concorrente, senza partecipare alla compagine e all’offerta da questa formulata e risponde all’esigenza, stimata superiore, di evitare l’esclusione del concorrente, singolo o associato, per ragioni a lui non direttamente riconducibili o imputabili. Esigenza quest’ultima evidentemente strumentale a stimolare il ricorso all’avvalimento: il concorrente, infatti, può contare sul fatto che, nel caso in cui l’ausiliaria non presenti o perda i requisiti prescritti, potrà procedere alla sua sostituzione senza il rischio di essere, solo per questa circostanza, estromesso automaticamente dalla procedura selettiva (Cons. Stato, sez. V, nn. 69/2019; 2527/2018; 1101/2018).

11.6. Di tale mutato quadro ha dato di recente atto l’ordinanza 20 marzo 2020, n. 2005, con la quale la terza sezione del Consiglio di Stato ha adito in via pregiudiziale la Corte di Giustizia dell’Unione europea proprio in relazione al meccanismo sostitutivo contemplato dall’art. 89, co. 3, del d.lgs. n. 50/2016, sostenendone la necessaria estensione, a termini del diritto dell’unione, a tutte le fattispecie di esclusione, a prescindere dai motivi (attualmente l’art. 89 comma 3 e la giurisprudenza escludono pacificamente che la sostituzione possa avvenire nel caso di dichiarazioni mendaci dell’ausiliario)”.

II) Nel provvedimento di esclusione si evidenziava inoltre anche la nullità del contratto di avvalimento, attesa la mancata previsione di un corrispettivo economico.

Sul punto si ricorda che il contratto di avvalimento presenta tipicamente un carattere di onerosità. Tale contratto può tuttavia non stabilire il pagamento di un corrispettivo in favore dell’ausiliario qualora dal testo contrattuale emerga l’interesse – di carattere direttamente o indirettamente patrimoniale – che ha indotto l’ausiliario ad assumere gratuitamente gli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento e le connesse responsabilità (sul punto v. Consiglio di Stato, Ad.za Plenaria, 4.11.2016, n. 23 e ancora Cons. Stato, sez. V, 27 maggio 2018, n. 2953, T.A.R. Toscana Firenze, sez. I, 14/08/2018, n. 1144, TAR Lazio, Roma, Sez. II quater, 5.1.2021, n. 155).

“Il contratto di avvalimento presenta tipicamente un carattere di onerosità, per cui ove in sede negoziale non sia stato espressamente stabilito un corrispettivo in favore dell’impresa ausiliaria, il contratto potrà dirsi valido a condizione che dal relativo tenore sia comunque possibile individuare un interesse meritevole di tutela secondo l’ordinamento giuridico, di carattere direttamente o indirettamente patrimoniale ovvero anche non patrimoniale, che ha indotto l’ausiliaria medesima ad assumere, senza corrispettivo, le proprie obbligazioni” (Tar Roma 155/2021).

