

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI PARTHENOPE

Dipartimento di Giurisprudenza

CORSO DI STUDI in *MANAGEMENT PUBBLICO*

Diritto dei contratti e delle obbligazioni

mod. I

Prof.ssa Bianca Nicla Romano

A.A. 2023-2024

**PROFILI SOGGETTIVI: I SOGGETTI
AGGIUDICATARI**

I soggetti aggiudicatari

Rispetto al profilo soggettivo, la disciplina dei contratti pubblici fa riferimento ai soggetti aggiudicatari, che sono coloro i quali possono partecipare ad una gara e, a seguito dell'aggiudicazione, possono stipulare il contratto con la P.A.

Tra tali soggetti rientrano innanzitutto gli **operatori economici** che sono rappresentati da *«qualsiasi persona o ente, anche senza scopo di lucro, che, a prescindere dalla forma giuridica e dalla natura pubblica o privata, può offrire sul mercato, in forza del diritto nazionale, prestazioni di lavori, servizi o forniture corrispondenti a quelli oggetto della procedura di evidenza pubblica»*.

I soggetti aggiudicatari

Nella precedente disciplina, invece, la definizione comprendeva le persone fisiche o giuridiche, gli enti pubblici, i raggruppamenti di tali persone o enti, comprese le ATI (associazioni temporanee di impresa), gli enti senza personalità giuridica compreso il GEIE (gruppo europeo di interesse economico) che offrono al mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi (art. 3).

Inoltre, non c'era il riferimento al diritto nazionale in forza del quale tale soggetto può offrire prestazioni di lavori, servizi e forniture sul mercato.

I soggetti aggiudicatari

È rinvenibile, poi, la definizione di **candidato**, ma non quella di **offerente** che, nel vecchio codice era l'operatore economico che presenta l'offerta.

Quanto al candidato, invece, esso è l'operatore che ha sollecitato un invito o è stato invitato a partecipare a una procedura ristretta, a una procedura competitiva con negoziazione, a una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, a un dialogo competitivo o a un partenariato per l'innovazione o ad una procedura per l'aggiudicazione di una concessione.

Nella precedente disciplina si faceva riferimento, invece, oltre che alla procedura ristretta, ad una procedura competitiva con negoziazione o ad una procedura per l'aggiudicazione della concessione.

Mancano le definizioni di:

- **concessionario**, che è l'operatore economico cui è stata affidata o aggiudicata una concessione;
- **promotore**, che è colui che partecipa ad un partenariato pubblico-privato.

I soggetti aggiudicatari: gli operatori economici

Alla categoria di operatori economici come disciplinati dall'art. 1 lett. 1) dell'Allegato 1 è dedicato il Titolo II. In particolare, l'art. 65 prevede che costoro sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici e che rientrano nella definizione di operatori economici:

- a) gli imprenditori individuali, anche artigiani, e le società, anche cooperative;
- b) 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;
- c) i consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443;
- d) 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;

e) i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti o costituendi dai soggetti di cui alle lettere a), b), c) e d), i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti;

f) i consorzi ordinari di concorrenti di cui all'articolo 2602 del codice civile, costituiti o costituendi tra i soggetti di cui alle lettere a), b), c) e d) del presente comma, anche in forma di società ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile;

g) le aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete ai sensi dell'articolo 3, comma 4-ter, del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, n. 33;

h) i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE) ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240.

La suddetta norma, al comma 3, prevede, inoltre, che le stazioni appaltanti possono imporre alle persone giuridiche di indicare il nome e le qualifiche professionali delle persone fisiche incaricate di fornire la prestazione all'interno dell'offerta o nella domanda di partecipazione a procedure per l'affidamento di appalti che comportino esecuzione di servizi o lavori nonché di forniture che comportano anche servizi o lavori di posa in opera e di installazione.

Inoltre, esse possono esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente.

La partecipazione per l'affidamento dei servizi di architettura e di ingegneria.

È disciplinata all'art. 66 che prevede che a tale tipo di servizi sono ammessi a partecipare:

a) i prestatori di servizi di ingegneria e architettura, singoli, associati, le società tra professionisti, di ingegneria, i consorzi, i GEIE, i raggruppamenti temporanei fra i predetti soggetti che rendono a committenti pubblici e privati, operando sul mercato, servizi di ingegneria e di architettura, nonché attività tecnico-amministrative e studi di fattibilità economico-finanziaria ad esse connesse, ivi compresi, con riferimento agli interventi inerenti al restauro e alla manutenzione di beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici, i soggetti con qualifica di restauratore di beni culturali ai sensi della vigente normativa, gli archeologi professionisti, singoli e associati, e le società da essi costituite;

La partecipazione per l'affidamento dei servizi di architettura e di ingegneria.

b) le società di professionisti, costituite esclusivamente tra professionisti iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali, in forma di società, che svolgono per committenti privati e pubblici servizi di ingegneria e architettura quali studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico economica o studi di impatto ambientale;

c) Le società di ingegneria, di capitali o società cooperative che non abbiano i requisiti delle società tra professionisti, che eseguono studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico-economica o studi di impatto, nonché eventuali attività di produzione di beni connesse allo svolgimento di detti servizi.

La partecipazione per l'affidamento dei servizi di architettura e di ingegneria.

Ma possono partecipare anche altri soggetti abilitati in forza del diritto nazionale a offrire sul mercato servizi di ingegneria e di architettura, nel rispetto dei principi di non discriminazione e *par condicio* fra i diversi soggetti abilitati; i raggruppamenti temporanei; 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.

Le società, per un periodo di cinque anni dalla loro costituzione, possono documentare il possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti dal bando di gara anche con riferimento ai requisiti dei soci delle società, qualora costituite nella forma di società di persone o di società cooperativa, e dei direttori tecnici o dei professionisti dipendenti della società con rapporto a tempo indeterminato, qualora costituite nella forma di società di capitali.

I consorzi «non necessari»

L'art. 67 che, invece, disciplina i **consorzi «non necessari»**, prevede che, per essere ammessi alle procedure di affidamento degli operatori economici si debbano possedere i requisiti di capacità tecnica e finanziaria disciplinati dal regolamento di cui all'articolo 100, comma 4.

Secondo tale norma, le stazioni appaltanti devono richiedere che gli operatori economici, per le procedure di aggiudicazione di appalti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro, possiedano un'attestazione di qualificazione rilasciata da organismi di diritto privato autorizzati dall'ANAC.

A seconda della categoria di opere e dell'importo delle stesse si ha una distinzione e suddivisione di qualificazione, tenuto conto che le categorie di opere si distinguono in **generali** e **specializzate**.

I consorzi «non necessari»

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.

L'art. 67 precisa, altresì, che l'allegato II.12, relativo al Sistema di qualificazione e ai requisiti per gli esecutori di lavori, sarà la disciplina in materia fino alla sua abrogazione che decorrerà dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento che, come previsto dal nuovo Codice, sarà 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 sostituirà integralmente anche in qualità di allegato al codice.

I consorzi «non necessari»

Nelle more, l'allegato II.12 disciplina 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.

Al riguardo, è interessante notare che, ponendo fine al contrasto giurisprudenziale che era originato dalla formulazione dell'art. 47 del Codice del 2016, ora il "cumulo alla rinfusa" non è più limitato ai soli mezzi e organico medio annuo (dei quali la norma non fa più neppure menzione), bensì viene esteso a tutti i requisiti di ordine speciale.

I consorzi «non necessari»

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.

Confermandosi quanto previsto nelle precedenti legislazioni, il consorzio può partecipare alla gara o con le attribuzioni proprie e dirette del consorzio o con quelle dei consorziati.

Tale approccio si basa sulla considerazione che i consorzi svolgono un'attività di impresa che fa leva sulla causa mutualistica che realizza una particolare forma di avvalimento poggiato sul patto consortile e sulla causa mutualistica.

I consorzi «non necessari»

L'art. 67 prevede, altresì, che 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 e che la partecipazione alla gara in qualsiasi altra forma da parte del consorziato designato dal consorzio offerente determina l'esclusione del medesimo se sono integrati i presupposti previsti in merito alle cause di esclusione non automatica 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.

I consorzi «non necessari»

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.

I consorzi «non necessari»

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

Se il consorzio funge da ausiliaria nell'ambito di un avvalimento, potrà prestare unicamente i propri requisiti e non anche quelli delle imprese consorziate. In fase di esecuzione: possono eseguire le prestazioni oggetto di affidamento in proprio con la propria struttura ovvero tramite le consorziate designate quali esecutrici (senza che ciò costituisca subappalto).

In tale ultimo caso, consorzio ed esecutrice sono responsabili solidalmente verso la stazione appaltante.

I consorzi «non necessari»

I consorzi di cooperative e consorzi di imprese artigiane:

- possono partecipare utilizzando i propri requisiti e, nel novero di questi, facendo valere i mezzi nella disponibilità delle consorziate;
- in fase di esecuzione: possono affidare prestazioni ai propri consorziati, senza che ciò costituisca subappalto.

I consorzi di cooperative fra società cooperative di produzione e lavoro e i consorzi stabili sono figure tra loro assimilabili: infatti, essi assumono entrambi i caratteri di una struttura permanente in quanto presentano un oggetto consortile generale, dunque non limitato ad un determinato appalto, una propria fisionomia giuridica ed una propria autonomia anche patrimoniale.

In particolare costituiscono un soggetto giuridico a sé stante, distinto organizzativamente e giuridicamente dalle consorziate che, mediante il contratto di consorzio, possono così realizzare anche appalti non assumibili singolarmente per mancanza dei requisiti richiesti dalla stazione appaltante.

I consorzi «non necessari»

Pertanto, sia i consorzi stabili che i consorzi di cooperative costituiscono **aggregazioni munite di una stabile organizzazione d'impresa**, dotate di una propria soggettività ed autonoma qualificazione, al fine della partecipazione alle gare per l'aggiudicazione di appalti pubblici.

Infatti è il consorzio come tale - inteso cioè come soggetto giuridico distinto dalle imprese consorziate di cui coordina l'attività imprenditoriale - il titolare formale e sostanziale del rapporto con la stazione appaltante.

La giurisprudenza ha chiarito la piena assimilazione dei consorzi di cooperative ai consorzi stabili (*ex pluribus* T.A.R. Campania, Napoli, 10 novembre 2017, n. 5300 e T.A.R. Sardegna, Cagliari, 10 aprile 2015, n. 693), tenuto conto

- dell'analogia tra tali due tipologie di consorzi
- del carattere permanente delle cooperative che realizzano una nuova struttura soggettiva e costituiscono l'unica controparte del rapporto di appalto, in quanto il rapporto che viene a realizzarsi tra struttura consortile e cooperative consorziate ha carattere organico, con la conseguenza che è il consorzio ad interloquire con l'amministrazione appaltante.

I consorzi «non necessari»

Da tale assimilazione consegue l'applicazione della disciplina dettata per i consorzi stabili anche ai consorzi di cooperative, pure in materia di requisiti di partecipazione.

Pertanto, sia i consorzi di cooperative fra società cooperative di produzione e lavoro che i consorzi stabili possono far valere, ai fini della qualificazione ad una procedura di gara, la somma dei requisiti maturati in proprio a cui si aggiungono quelli delle imprese consorziate indicate come esecutrici. Mentre, per poter usufruire dei requisiti maturati dalle imprese consorziate non indicate come esecutrici dovranno entrambi ricorrere all'istituto dell'avvalimento.

I raggruppamenti temporanei di imprese e ai consorzi ordinari

L'art. 68 è dedicato ai **raggruppamenti temporanei di imprese e ai consorzi ordinari**.

Essa consente agli operatori economici ad identità plurisoggettiva (come previsti dall'art 65 lett. e) e f)) di presentare un'offerta ai fini dell'affidamento di un contratto di appalto nella forma di raggruppamento temporaneo di concorrenti o di consorzio ordinario di concorrenti.

La finalità di tali raggruppamenti è quella di costituire un soggetto grazie al quale realizzare un'opera, un servizio o una fornitura; pertanto, le loro caratteristiche sono l'*occasionalità* e la *limitatezza* dell'esecuzione di un contratto di appalto.

Dunque, non si crea un nuovo soggetto giuridico, né un centro autonomo di imputazione dei rapporti distinto dalle singole imprese componenti l'associazione ed i vari imprenditori del raggruppamento mantengono la propria autonomia e indipendenza finalizzata alla sola esecuzione dell'appalto per il quale si sono raggruppate e, dunque, eseguito l'oggetto del singolo contratto di appalto cui sono legate, esse si sciolgono.

I raggruppamenti temporanei di imprese e ai consorzi ordinari

Il consorzio ordinario, diversamente dal R.T.I., ha un'autonoma soggettività giuridica distinta da quella dei consociati in quanto è un centro con autonomia patrimoniale per l'imputazione di rapporti giuridici che gli consente di stipulare i contratti in nome proprio sebbene per conto delle consorziate. Inoltre, il consorzio ordinario di concorrenti (a differenza dei consorzi non necessari) non avendo una propria qualificazione, partecipa alle gare utilizzando le qualificazioni delle consorziate la cui offerta fa sorgere la responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante.

Sia il raggruppamento che il consorzio ordinario concorrono con tutte le imprese ai fini della partecipazione alla procedura di affidamento e si vincolano giuridicamente con il mandato collettivo speciale con rappresentanza affidato ad una di esse che, per lo svolgimento del contratto, viene identificato nel mandatario.

I raggruppamenti temporanei di imprese e ai consorzi ordinari

La norma in questione (art. 68) consta di ben 20 commi dai quali sono evincibili tre novità principali:

- 1) scompare la distinzione tra raggruppamenti verticali e orizzontali;
- 2) la ripartizione delle quote di partecipazione al RTI e la suddivisione delle prestazioni da eseguire sono lasciate alla libera decisione del RTI;
- 3) viene stabilita la responsabilità solidale verso la stazione appaltante di tutti i componenti del RTI e dei consorziati.

La norma, pertanto, non pone dei limiti precostituiti alla struttura del RTI, come invece era imposto per raggruppamenti orizzontali e verticali dall'art. 48 del D.Lgs. 50/2016.

I raggruppamenti temporanei di imprese e ai consorzi ordinari

La disciplina del precedente codice prevedeva, infatti, i raggruppamenti:

orizzontali, se le imprese svolgevano attività per realizzare lavori della stessa categoria o per eseguire il medesimo tipo di prestazione in caso di forniture o servizi;

verticali, se la ripartizione interna era di tipo *qualitativo*, nel senso che uno degli operatori economici riuniti (e cioè l'*impresa capogruppo*) realizzava i lavori della categoria prevalente ovvero le prestazioni di servizi o di forniture intese come principali, mentre gli altri operatori partecipanti (le cd. *imprese mandanti*) eseguivano gli altri lavori (detti *scorporabili*), ovvero le prestazioni indicate come *secondarie* (art. 48, co. 1 e 2).

I raggruppamenti temporanei di imprese e ai consorzi ordinari

I **lavori di categoria prevalente**, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. oo-bis, si intendeva *«la categoria di lavori, generale o specializzata, di importo più elevato fra le categorie costituenti l'intervento»*.

Mentre, per **lavori scorporabili**, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. oo-ter, le categorie di lavori *«non appartenenti alla prevalente e comunque di importo superiore al 10 per cento dell'importo complessivo dell'opera o lavoro, ovvero di importo superiore a 150.000 euro»*.

A tale categoria appartengono le opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, come le strutture o gli impianti, ma anche opere speciali.

I raggruppamenti temporanei di imprese e ai consorzi ordinari

La norma dell'art. 48 del vecchio Codice, ai commi 4 e 5 prevedeva che, in caso di partecipazione ad una gara di un raggruppamento o di un consorzio, nella relativa offerta dovevano essere specificate le categorie di lavori o le parti del servizio o della fornitura da eseguirsi dai singoli operatori economici riuniti o consorziati.

I raggruppamenti temporanei di imprese e ai consorzi ordinari

L'offerta degli operatori economici raggruppati o dei consorziati determinava la loro responsabilità solidale sia nei confronti della stazione appaltante, che nei confronti del subappaltatore e dei fornitori.

Invece, per gli assuntori di lavori scorporabili e, nel caso di servizi e forniture, per gli assuntori di prestazioni secondarie, la responsabilità era limitata all'esecuzione delle prestazioni di rispettiva competenza, ferma restando la responsabilità solidale del mandatario.

I raggruppamenti temporanei di imprese e ai consorzi ordinari

Nel nuovo Codice, i raggruppamenti temporanei non possono essere obbligati ad avere una forma giuridica specifica ai fini della presentazione di un'offerta o di una domanda di partecipazione (comma 3).

Inoltre, le stazioni appaltanti possono:

- a) imporre ai raggruppamenti di operatori economici di assumere una forma giuridica specifica dopo l'aggiudicazione del contratto, nel caso in cui tale trasformazione sia necessaria per la buona esecuzione del contratto;
- b) specificare nei documenti di gara le modalità con cui i raggruppamenti di operatori economici ottemperano ai requisiti in materia di capacità economica e finanziaria o di capacità tecniche e professionali, purché ciò sia proporzionato e giustificato da motivazioni obiettive.

I raggruppamenti temporanei di imprese e ai consorzi ordinari

Nella nuova come nella precedente disciplina, lo strumento giuridico tramite il quale si costituisce un raggruppamento temporaneo è il mandato: in pratica, gli operatori economici partecipanti devono conferire, **con un unico atto**, mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, detto **mandatario**, il quale, in ragione di ciò, ha la rappresentanza esclusiva, anche processuale, delle mandanti nei confronti della stazione appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto e fino all'estinzione di ogni rapporto (art. 48, comma 15).

Ovviamente il mandato deve risultare da scrittura privata autenticata ed è *gratuito* ed *irrevocabile* (la sua revoca, anche se per giusta causa, non produce effetti nei confronti della stazione appaltante).

È prevista la **revoca del mandato collettivo speciale**, con il consenso delle parti, nei casi di inadempimento dell'impresa mandataria al fine di consentire alla stazione appaltante il pagamento diretto nei confronti delle altre imprese del raggruppamento (comma 6).

I raggruppamenti temporanei di imprese e ai consorzi ordinari

Al mandatario spetta la rappresentanza esclusiva, anche processuale, dei mandanti nei confronti della stazione appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto, anche dopo il collaudo, o atto equivalente, fino all'estinzione di ogni rapporto. La stazione appaltante, tuttavia, può far valere direttamente le responsabilità facenti capo ai mandanti.

È specificamente previsto, inoltre, che il rapporto di mandato non determina di per sé organizzazione o associazione degli operatori economici riuniti, ognuno dei quali conserva la propria autonomia ai fini della gestione, degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali.

I raggruppamenti temporanei di imprese e ai consorzi ordinari

Nella nuova disciplina restano fermi i già noti principi in materia di qualificazione, in virtù dei quali RTI e consorzi ordinari devono possedere nel complesso i requisiti di partecipazione e ciascun componente o consorziato deve possedere tali requisiti relativamente alla parte di prestazioni che si è impegnato a svolgere, come espressamente dichiarato in sede di offerta.

Inoltre, tutti i componenti del RTI e tutti i consorziati devono possedere i requisiti generali.

Sono, altresì, da evidenziare i seguenti aspetti:

- scompare per i componenti del RTI l'obbligo di possesso dei requisiti secondo percentuali minime ovvero "in misura maggioritaria", con ciò recependo quanto già rilevato dalla giurisprudenza comunitaria che si era pronunciata sull'art. 83 del Codice del 2016 (Corte di giustizia UE, sez. IV, sentenza 28 aprile 2022, C-642/20);

I raggruppamenti temporanei di imprese e ai consorzi ordinari

- in sede di offerta, ogni impresa riunita o consorziata deve espressamente impegnarsi ad eseguire le parti di lavori, servizi o forniture che assume in seno al RTI;
- la stazione appaltante può richiedere ai RTI condizioni per l'esecuzione dell'appalto diverse da quelle imposte ai concorrenti singoli, purché queste siano proporzionate e giustificate da ragioni oggettive (comma 10);
- esiste ancora l'istituto del RTI con impresa cooptata, sempre nei limiti del 20% del complesso delle prestazioni oggetto di contratto;
- la partecipazione alla medesima gara di chi fa parte di un RTI o di un consorzio anche in forma singola ovvero come componente di un altro RTI o di un altro consorzio viene sanzionata con l'esclusione qualora sussistano rilevanti indizi tali da ritenere che le offerte siano imputabili ad un unico centro decisionale.

I raggruppamenti temporanei di imprese e ai consorzi ordinari

L'esclusione non opera nel caso in cui l'impresa riesca a dimostrare che tale circostanza non ha influito sulla procedura né sulla sua capacità di rispettare gli obblighi contrattuali.

Merita una menzione a parte l'art. 97, norma che, segnatamente, disciplina le cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti; tale norma prevede che, fermo restando quanto previsto dall'art. 96, commi da 2 a 6, in una procedura di affidamento non si procede all'esclusione dell'intero RTI a causa di un suo componente che incorre in un motivo di esclusione (automatico o non automatico) o che perde un requisito di qualificazione quando il RTI dimostra di avere estromesso tale componente o di averlo sostituito con altro in possesso dei necessari requisiti e, contestualmente, sussiste una delle due condizioni:

1) la causa escludente o la perdita del requisito si è verificata prima della presentazione dell'offerta, il RTI dichiara in offerta tale circostanza e comprova l'adozione della misura di estromissione o le ragioni che hanno impedito di adottarla prima della presentazione dell'offerta;

2) la causa escludente o la perdita del requisito si è verificata tra la presentazione dell'offerta e l'aggiudicazione, il RTI comprova di avere estromesso il componente prima dell'aggiudicazione.

I raggruppamenti temporanei di imprese e ai consorzi ordinari

Il comma 2 della stessa norma prevede che, fermo restando l'articolo 96, se un partecipante al raggruppamento si trova in una delle situazioni di cui agli articoli 94 e 95 (ovvero di cause di esclusione automatica e non automatica) o non è in possesso di uno dei requisiti di ordine speciale 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, allora l'operatore economico è escluso con decisione motivata.

I raggruppamenti temporanei di imprese e ai consorzi ordinari

I commi 15 e 16 dell'art. 68 prevedono, poi, rispettivamente, che:

- è vietata l'associazione in partecipazione sia durante la procedura di gara sia successivamente all'aggiudicazione. La modifica dei consorzi e dei raggruppamenti è ammissibile nei termini indicati dall'articolo 97 e dal comma 17 del presente articolo;
- l'inosservanza di quanto prescritto al comma 15 comporta l'esclusione dei concorrenti riuniti in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti, nonché l'annullamento dell'aggiudicazione o la risoluzione del contratto.

I raggruppamenti temporanei di imprese e ai consorzi ordinari

Mentre il comma 19 prevede che, in caso di procedure ristrette o negoziate oppure di dialogo competitivo, l'operatore economico invitato individualmente o il candidato ammesso individualmente nella procedura di dialogo competitivo può presentare offerta o trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti.

Infine, il comma 20, l'ultimo, estende l'applicazione della norma dell'art. 68 anche ai consorzi ordinari e ai consorzi tra imprese artigiane, oltre che ai consorzi stabili limitatamente alle consorziate esecutrici e alle consorziate tramite cui il consorzio si è qualificato in gara.

I raggruppamenti temporanei di imprese e ai consorzi ordinari

L'art. 68, nel consentire agli operatori economici di partecipare nelle forme di raggruppamenti di imprese e di consorzi ordinari, stabilisce che l'offerta deve essere sottoscritta da tutti gli imprenditori e che, laddove non siano ancora costituiti, deve contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, gli stessi operatori conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, da indicare in sede di offerta e qualificato come mandatario il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio dei mandanti.

Tale norma, nell'ambito della regola generale della immodificabilità della composizione del raggruppamento, rivisita la forma partecipativa che privilegia l'interesse alla conservazione della partecipazione (fase di gara) e alla conservazione del rapporto contrattuale (in fase di aggiudicazione) contemperando la più ampia partecipazione nel rispetto del principio di uguaglianza dei concorrenti e della libertà economica nei confronti della stazione appaltante che persegue il fine di conseguire la migliore offerta previa verifica dei requisiti.

Raggruppamenti di imprese

GIURISPRUDENZA

CONS. STATO, AD. PLEN. Sent. n. 9 del 27.5.2021

In merito alla sostituibilità, all'interno di un raggruppamento di imprese, dell'impresa fallita o comunque assoggettata ad altra procedura concorsuale con un'altra impresa, esterna all'originario raggruppamento di imprese (c.d. sostituzione per addizione), l'Ad. Plen. ha chiarito che la tendenziale immutabilità soggettiva dell'operatore economico partecipante alla gara in forma di raggruppamento temporaneo di imprese – prevista per la mandataria dall'art. 48, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016, pena l'annullamento dell'aggiudicazione e la nullità del conseguente contratto stipulato con il soggetto illegittimamente modificato – ha lo scopo evidente di evitare, da un lato, che la stazione appaltante si trovi ad aggiudicare la gara e a stipulare il contratto con un soggetto del quale non abbia potuto verificare i requisiti, generali o speciali, di partecipazione, in conseguenza di modifiche della composizione del raggruppamento avvenute nel corso della procedura ad evidenza pubblica o nella fase esecutiva del contratto; e, dall'altro, di tutelare la *par condicio* dei partecipanti alla gara «*con modifiche della composizione soggettiva del raggruppamento "calibrate" sull'evoluzione della gara o sull'andamento del rapporto contrattuale*».

Raggruppamenti di imprese

GIURISPRUDENZA (segue)

CONS. STATO, AD. PLEN. Sent. n. 9 del 27.5.2021

In pratica, l'addizione di soggetti esterni all'originaria composizione del raggruppamento, che ha presentato la propria offerta con una determinata composizione soggettiva, costituisce un *vulnus* non solo al fondamentale interesse pubblico alla **trasparenza** e, dunque, al buon andamento della pubblica amministrazione, ma anche al principio di **parità di trattamento** tra le imprese interessate all'aggiudicazione e, dunque, al valore primario della concorrenza nel suo corretto esplicarsi: essa costituisce *ex se* una deroga non consentita al principio della concorrenza perché ammette ad eseguire la prestazione un soggetto che non ha preso parte alla gara secondo regole di correttezza e trasparenza.

Le uniche modifiche consentite dal legislatore sono quelle interne allo stesso raggruppamento, con una diversa distribuzione di ruoli e compiti tra mandanti e mandataria.

Il contratto di rete

Si tratta di un nuovo strumento giuridico, introdotto nell'ordinamento italiano tramite l' art. 3, co. 4 *ter*, D.L. 10 febbraio 2009, n. 5, convertito con L. 9 aprile 2009, n. 33; tale norma definisce il **contratto di rete** come il «*contratto con il quale due o più imprese si obbligano ad esercitare in comune una o più attività economiche, rientranti nei rispettivi oggetti sociali, allo scopo di accrescere la reciproca capacità innovativa e la competitività sul mercato*».

In pratica, esso consente alle aggregazioni di imprese di instaurare tra loro una collaborazione organizzata e duratura, mantenendo la propria autonomia e la propria individualità (senza costituire un'organizzazione come la società o il consorzio), nonché di fruire di rilevanti incentivi e di agevolazioni fiscali.

Il contratto di rete

A loro volta le **aggregazioni di imprese** rappresentano una realtà produttiva costituita da una molteplicità di imprese, tipicamente di piccole e medie dimensioni, tra le quali intercorrono particolari rapporti di collaborazione ed interdipendenza, diversi ed ulteriori rispetto al mero scambio di beni o prestazioni e rispetto alle comuni relazioni di concorrenza di mercato.

Il contratto di rete

Nella completa assenza di specificazioni o limitazioni legislative, pacificamente si ritiene che qualunque tipo di impresa (individuale o societaria - grande, media o piccola - artigiana - agricola) possa essere parte del contratto di rete, purché sostanzialmente corrisponda alla figura descritta dall'art. 2082 c.c. e formalmente sia iscritta nel registro delle imprese.

Limite della norma è, però, quello di escludere dal contratto di rete i soggetti che non siano imprenditori, quali ad esempio i professionisti, gli enti di ricerca, le università e le associazioni di categoria.

Il contratto di rete

Esso deve indicare:

- la denominazione sociale delle imprese aderenti alla rete;
- l'indicazione delle attività comuni poste a base della rete;
- l'individuazione di un programma di rete che indichi le modalità di realizzazione dello scopo comune da perseguire attraverso l'istituzione di un fondo patrimoniale comune;
- la durata del contratto;
- l'organo comune incaricato di eseguire il contratto di rete, i suoi poteri, anche di rappresentanza;
- le modalità di partecipazione di ogni impresa all'attività dell'organo.

Il contratto di rete

È dotato di un **fondo patrimoniale** e di un **organo decisionale**, ma non ha **soggettività giuridica**, la quale può essere acquisita solo su base volontaria, a seguito dell'iscrizione del contratto nel registro delle imprese.

Se viene acquisita, l'organo comune agisce in rappresentanza della rete.

Se non viene acquisita l'organo comune agisce solo in rappresentanza degli imprenditori anche individuali partecipanti al contratto.

GEIE (Gruppo Europeo di Interesse Economico)

Il GEIE, invece, è un raggruppamento temporaneo di imprese avente lo scopo di agevolare e sviluppare l'attività economica delle imprese che ne fanno parte e di migliorare ed accrescere i risultati di questa attività.

Non realizza profitti per se stesso e la sua attività è ausiliaria all'attività economica di chi ne fa parte.

Per potere essere istituito è necessario che almeno due dei suoi componenti abbiano l'amministrazione centrale in uno degli Stati membri dell'UE.

Le microimprese e le PMI

Un discorso particolare va fatto, infine, per le microimprese e le PMI, ovvero le imprese come definite nella raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione europea, del 6 maggio 2003 (all. I.1 lett. o)).

Rispetto ad esse il nuovo Codice contiene, in particolare, due novità: la prima è un maggiore margine di suddivisione in lotti e la seconda sono le gare telematiche.

Le microimprese e le PMI

Infatti, mentre il vecchio codice tendeva a vietare la suddivisione dei lavori in lotti per massimizzare le economie di scala e il risparmio per gli enti pubblici, quello nuovo capovolge questo paradigma grazie all'articolo 58 che favorisce la divisione in lotti, agevolando la partecipazione delle Piccole e Medie Imprese alle gare d'appalto.

Quanto, invece, all'introduzione delle gare telematiche, attraverso i portali del Ministero e delle Regioni si semplificano le procedure di gara e si riducono i costi di partecipazione.

La divisione in lotti

Preliminarmente, va detto che l'All. I.1 definisce, all'art. 3, lett. s), t), u), tre tipologie di lotto che rappresentano uno specifico oggetto di appalto o concessione che:

nel caso del «**lotto funzionale**», è da aggiudicare anche con separata e autonoma procedura, ovvero parti di un lavoro o servizio generale la cui progettazione e realizzazione sia tale da assicurarne funzionalità, fruibilità e fattibilità indipendentemente dalla realizzazione delle altre parti;

nel caso del «**lotto prestazionale**» è da aggiudicare anche con separata e autonoma procedura, definito su base qualitativa, in conformità alle varie categorie e specializzazioni presenti o in conformità alle diverse fasi successive del progetto;

nel caso del «**lotto quantitativo**», è uno specifico oggetto di appalto o concessione funzionalmente autonomo da aggiudicare anche con separata e autonoma procedura, definito su base meramente quantitativa, in conformità alle varie categorie e specializzazioni presenti o in conformità alle diverse fasi successive del progetto adeguato alla capacità economico-finanziaria delle medie e piccole imprese.

La divisione in lotti

La suddivisione nei suddetti lotti, in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture, consente la effettiva partecipazione agli appalti delle micro, delle piccole e delle medie imprese, anche di prossimità, come previsto dall'art. 58, comma 1.

È importante che nel bando o nell'avviso di indizione della gara le stazioni appaltanti motivino la mancata suddivisione dell'appalto in lotti tenendo conto dei principi europei sulla promozione di condizioni di concorrenza paritarie per le piccole e medie imprese.

Se si attua tale suddivisione, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese.

La divisione in lotti

Inoltre le stazioni appaltanti devono indicare, nello stesso atto, anche i criteri di natura qualitativa o quantitativa concretamente seguiti nella suddivisione in lotti, avuto riguardo ai parametri indicati al comma 2, essendo in ogni caso vietato l'artificioso accorpamento dei lotti.

Il bando o l'avviso di indizione della gara devono contenere l'indicazione della ragione specifica della scelta e prevedere il criterio non discriminatorio di selezione del lotto o dei lotti da aggiudicare al concorrente utilmente collocato per un numero eccedente tale limite, tenuto conto che gli stessi atti possono anche riservare alla stazione appaltante la possibilità di aggiudicare alcuni o tutti i lotti associati al medesimo offerente, indicando le modalità mediante le quali effettuare la valutazione comparativa tra le offerte sui singoli lotti e le offerte sulle associazioni di lotti.