

**I CONTRATTI
ASSOCIATIVI
NEGLI APPALTI**

MATERIALE DIDATTICO

**I contratti
per costituire
consorzi**

Bologna, 9 Novembre 2017

I CONTRATTI PER COSTITUIRE CONSORZI

BOLOGNA, 9 Novembre 2017

Avv. Francesco Ferrari

**IL CONTRATTO DI CONSORZIO
NEL CODICE CIVILE
ART. 2602 C.C.**

«Con il contratto di consorzio più imprenditori istituiscono un'organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese»»

CONSORZIO
PUO' ESSERE
CREATO CON
UNA DUPLICE
FINALITA'

FINALITA' ANTICONCORRENZIALE
Disciplina di determinate fasi delle attività
di impresa

FINALITA' DI COOPERAZIONE
INTRAZIENDALE
Svolgimento di determinate fasi delle
attività di impresa

LE TIPOLOGIE DI CONSORZIO PREVISTE NEL CODICE CIVILE

**CONSORZI CON ATTIVITA'
INTERNA
(ART. 2603-2611 C.C.)**

L'attività consortile non ha alcun rapporto diretto con i terzi
ed è diretta esclusivamente a:

- disciplinare i rapporti tra i singoli consorziati;
- controllare l'adempimento da parte dei consorziati delle obbligazioni assunte col patto consortile;
- applicare sanzioni in caso di inadempimento e risolvere controversie tra consorziati.

LE TIPOLOGIE DI CONSORZIO PREVISTE NEL CODICE CIVILE

**CONSORZI CON ATTIVITA'
ESTERNA
(ART. 2612-2615BIS C.C.)**

L'attività consortile è diretta all'assunzione di obbligazioni nei confronti dei terzi.

Per questo viene prevista una SPECIFICA DISCIPLINA in relazione a:

- iscrizione nel registro delle imprese (art. 2612 c.c.);
- rappresentanza in giudizio (art. 2613 c.c.);
- istituzione del fondo consortile (art. 2614 c.c.);
- responsabilità verso i terzi (art. 2615 c.c.);
- redazione di una situazione patrimoniale (art. 2615bis c.c.).

LE TIPOLOGIE DI CONSORZIO PREVISTE NEL CODICE CIVILE

LE SOCIETA' CONSORTILI (ART. 2615TER C.C.)

Le società commerciali di persone e di capitali possono essere costituite assumendo come oggetto sociale lo scopo tipico dei consorzi di cui all'art. 2602 C.C. e, in tal caso, assumono la denominazione di SOCIETA' CONSORTILE.

La disciplina applicabile risulta quella della specifica forma sociale prescelta.

LA COSTITUZIONE DI UN CONSORZIO ORDINARIO

ART 2603 C.C.

LA FORMA DEL CONTRATTO

Il contratto deve essere fatto per iscritto sotto pena di nullità

IL CONTENUTO NECESSARIO DEL CONTRATTO

Il contratto deve indicare:

- 1) l'oggetto e la durata del consorzio;
- 2) la sede dell'ufficio eventualmente costituito;
- 3) gli obblighi assunti e i contributi dovuti dai consorziati;
- 4) le attribuzioni e i poteri degli organi consortili anche in ordine alla rappresentanza in giudizio;
- 5) le condizioni di ammissione di nuovi consorziati;
- 6) i casi di recesso e di esclusione;
- 7) le sanzioni per l'inadempimento degli obblighi dei consorziati.

LA COSTITUZIONE DI UN CONSORZIO ORDINARIO

CONTENUTO EVENTUALE DEL CONTRATTO

TERMINE DI DURATA DEL CONTRATTO

In mancanza di diversa determinazione contrattuale è stabilito ex lege in dieci anni (ART. 2604 C.C.)

MAGGIORANZE PER LE DELIBERAZIONI CONSORTILI RELATIVE ALL'ATTUAZIONE DELL'OGGETTO DEL CONSORZIO

In mancanza di diversa indicazione contrattuale sono prese ex lege col voto favorevole della maggioranza dei consorziati (ART. 2606 C.C.).

MAGGIORANZE PER DISPORRE MODIFICHE DEL CONTRATTO

Se non è diversamente convenuto nel contratto, non possono ex lege essere effettuate senza il consenso di tutti (ART. 2607 C.C.)

LE TIPOLOGIE DI CONSORZIO PREVISTE NEL CODICE DEGLI APPALTI

Nella definizione di OPERATORI ECONOMICI AMMESSI A PARTECIPARE ALLE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO di cui all'**art. 45** del Nuovo Codice degli Appalti (D.Lgs. n. 50/2016) rientrano:

- lett. a)** gli imprenditori individuali, anche artigiani, e le società, anche cooperative;
- lett. b)** i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro e i consorzi tra imprese artigiane;
- lett. c)** i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro;
- lett. e)** i consorzi ordinari di concorrenti di cui all'articolo 2602 del codice civile, costituiti tra i soggetti di cui alle lettere a), b) e c), anche in forma di società consortili.

I CONSORZI STABILI

ART. 45 lett. c)

«I consorzi stabili sono formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa»

I REQUISITI PER LA PARTECIPAZIONE DEI CONSORZI ALLE GARE

ART. 47 comma 1 CODICE DEGLI APPALTI

I requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) (CONSORZI DI COOPERATIVE E CONSORZI ARTIGIANI) e c) (CONSORZI STABILI), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi con le modalità previste dal presente codice.

In part: I requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate.

ART. 48 comma 4 CODICE DEGLI APPALTI

Nel caso di lavori, I CONSORZI ORDINARI di operatori economici sono ammessi se gli imprenditori consorziati abbiano i requisiti di cui all'articolo 84.

**IL CUMULO DEI REQUISITI PER LA PARTECIPAZIONE
DEI CONSORZI STABILI ALLE GARE
ART. 47 comma 2 CODICE DEGLI APPALTI**

Prima del decreto correttivo (D. Lgs. n. 56/2017)

I requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi posseduti dalle singole imprese consorziate esecutrici vengono sommati in capo al CONSORZIO STABILE per i primi cinque anni dalla costituzione.

**IL CUMULO DEI REQUISITI PER LA PARTECIPAZIONE
DEI CONSORZI STABILI ALLE GARE
ART. 47 comma 2 CODICE DEGLI APPALTI**

Dopo il decreto correttivo (D. Lgs. n. 56/2017)

I CONSORZI STABILI, I CONSORZI DI COOPERATIVE E I CONSORZI ARTIGIANI al fine della qualificazione, possono utilizzare (senza nessuna limitazione di tipo temporale) i requisiti di qualificazione:

- maturati in proprio,
- posseduti dalle singole imprese consorziate designate per l'esecuzione delle prestazioni,
- mediante avalimento, quelli delle singole imprese consorziate non designate per l'esecuzione del contratto.

Con le linee guida dell'ANAC di cui all'articolo 84, comma 2, sono stabiliti, ai fini della qualificazione, i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni.

I REQUISITI PER LA PARTECIPAZIONE: LE LINEE GUIDA ANAC ART. 83 comma 2 CODICE DEGLI APPALTI

Per i lavori, con **decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti da adottare, su proposta dell'ANAC entro un anno** dalla data di entrata in vigore del codice, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari, sono disciplinati, nel rispetto dei principi di cui al presente articolo e anche al fine di favorire l'accesso da parte delle microimprese e delle piccole e medie imprese, il sistema di qualificazione, i casi e le modalità di avvalimento, i requisiti e le capacità che devono essere posseduti dal concorrente, anche in riferimento ai consorzi di cui all'articolo 45, lettere b) e c) e la documentazione richiesta ai fini della dimostrazione del loro possesso di cui all'allegato XVII.

Fino all'adozione di dette linee guida, si applica l'articolo 216, comma 14 che prevede l'applicabilità delle disposizioni di cui alla Parte II Titolo III (SISTEMA DI QUALIFICAZIONE E REQUISITI PER GLI ESECUTORI DI LAVORI) del D.P.R. 207/2010.

IL CUMULO DEI REQUISITI PER LA PARTECIPAZIONE: LE INDICAZIONI GIURISPRUDENZIALI NELLE MORE DELL'ADOZIONE DELLE LINEE GUIDA

T.A.R. Lazio Roma Sez. I quater, Sent., (ud. 17-01-2017) 25-01-2017, n. 1324

«La scelta operata dal nuovo codice dei contratti è quella di fare salve, temporaneamente, le regole antecedenti, e tale scelta, ancorché espressa immediatamente dopo la rimessione all'ANAC del compito di predisporre le linee guida "per i lavori", è, però, di carattere assoluto»

Tale assunto discenderebbe sia dal dato letterale che da un dato di sistema. Nelle FAQ predisposte dall'ANAC l'Autorità rileva che "l'art. 261, comma 14, prevede che fino all'adozione delle linee-guida previste dall'art. 83, comma 2, del codice (che attengono anche ai requisiti e alle capacità che devono essere posseduti dai consorzi) si applica la parte II, titolo III, del D.P.R. n. 207 del 2010. Tra queste disposizioni sono ricomprese anche quelle che disciplinano la qualificazione dei consorzi e, in particolare, l'art. 81, che, attraverso un rinvio recettizio, dispone che la qualificazione dei consorzi stabili avviene secondo le disposizioni dell'art. 36, comma 7, del codice".

Di conseguenza, per il T.A.R. del Lazio, **«L'ANAC non risulta, quindi, aver in alcun modo limitato il periodo transitorio di ultravigenza delle previgenti disposizioni agli appalti di lavori»**

IL CUMULO DEI REQUISITI PER LA PARTECIPAZIONE: LE INDICAZIONI GIURISPRUDENZIALI NELLE MORE DELL'ADOZIONE DELLE LINEE GUIDA

T.A.R. Campania Napoli Sez. I, Sent., (ud. 21-06-2017) 28-06-2017, n. 3507

«L'operatività del "cumulo alla rinfusa" per i consorzi stabili non può ritenersi, allo stato, venuto meno nel nuovo quadro ordinamentale conseguente alla entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. n. 50 del 2016. Sotto tale profilo, va condiviso il ragionamento di parte ricorrente che, a sostegno di tale ermeneutica, trae argomenti dall'art. 83, comma 2, e dall'art. 216, comma 14, del citato decreto che sanciscono la vigenza del descritto principio - nelle more dell'adozione di specifiche disposizioni ministeriali su proposta dell'Anac - scolpito dall'art. 36, comma 7, del D.Lgs. n. 163 del 2006, richiamato a sua volta dall'art. 81 del D.P.R. n. 207 del 2017»

Inoltre, «**non** ha pregio la tesi difensiva dell'amministrazione appaltante che limita l'applicazione del beneficio **esclusivamente ai Consorzi stabili costituiti da non più di 5 anni**» ciò ove si consideri che: «la limitazione temporale di cui al citato art. 47 comma 2 è stata poi eliminata dal legislatore con il decreto correttivo di cui al D.Lgs. n. 56 del 2017 mostrando così di **recepire il principio favorevole all'applicazione generalizzata del cumulo dei requisiti in capo ai consorzi stabili**»

**LA SPECIFICAZIONE DELLE ATTIVITA' AFFIDATE ALLE SINGOLE
IMPRESE (CONSORZIATE) ESECUTRICI DELL'APPALTO
ART. 48 comma 4 CODICE DEGLI APPALTI**

Prima del decreto correttivo (D. Lgs. n. 56/2017)

Nel caso di forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici consorziati.

Dopo il decreto correttivo (D. Lgs. n. 56/2017)

Nel caso di **lavori**, forniture o servizi nell'offerta devono essere **specificate le categorie di lavori o le parti del servizio o della fornitura** che saranno eseguite dai singoli operatori economici consorziati.

LA PARTECIPAZIONE DEL CONSORZIO E DI UNA CONSORZIATA ALLA MEDESIMA GARA

ART. 48 comma 7 CODICE DEGLI APPALTI

CONSORZIO ORDINARIO

È fatto **divieto** ai concorrenti di partecipare alla gara in più di un consorzio ordinario di concorrenti, ovvero di partecipare alla gara anche in forma individuale qualora abbia partecipato alla gara medesima in consorzio ordinario di concorrenti.

CONSORZI STABILI, I CONSORZI DI COOPERATIVE E I CONSORZI ARTIGIANI

I consorzi di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre; a questi ultimi è fatto **divieto** di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara.

In caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio sia il consorziato e si applica l'articolo 353 del codice penale.

LA PARTECIPAZIONE DEL CONSORZIO STABILE E DI UNA CONSORZIATA ALLA MEDESIMA GARA: LE INDICAZIONI GIURISPRUDENZIALI

T.A.R. Lazio Roma Sez. II, Sent., 16-01-2017, n. 725

*«**L'automatico divieto di partecipazione** ad una gara tanto a carico del consorzio stabile quanto della consorziata non indicataria **potrebbe giustificarsi, infatti, solo laddove un'indagine in concreto dimostri che il rapporto fra i relativi organi decisionali conduca ad individuare un unico centro decisionale e la mera partecipazione dell'impresa ad un determinato consorzio stabile non può fornire elementi univoci in tal senso**, tali da fondare una vera e propria praesumptio juris et de jure (diversamente sarebbe, qualora risultasse dimostrata la sussistenza di un rapporto di controllo, o nel consiglio direttivo del consorzio fossero presenti amministratori o rappresentanti legali dell'impresa consorziata non indicataria)»*

LE GARANZIE PER LA PARTECIPAZIONE DI UN CONSORZIO: GARANZIA PROVVISORIA

ART. 93 CODICE DEGLI APPALTI

IMPORTO GARANTITO comma 1

E' prevista la costituzione di una garanzia pari al 2% del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o fideiussione, con facoltà per la stazione appaltante di ridurla all'1% o di aumentarla sino al 4% in funzione della tipologia di appalto.

Nel caso di procedure di gara realizzate in forma aggregata da centrali di committenza, l'importo della garanzia pari ad un massimo del 2% del prezzo base.

In caso di partecipazione alla gara di un RTI, la garanzia fideiussoria deve riguardare tutte le imprese del raggruppamento medesimo.

In caso di affidamenti di importo inferiore ad Euro 40.000,00 è facoltà della stazione appaltante non richiedere le garanzie sopra indicate.

LE GARANZIE PER LA PARTECIPAZIONE DI UN CONSORZIO:

GARANZIA PROVVISORIA

ART. 93 CODICE DEGLI APPALTI

OBBLIGAZIONE GARANTITA

Comma 6: Prima del decreto correttivo (D. Lgs. n. 56/2017)

L'obbligazione garantita è la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione per fatto dell'affidatario riconducibile ad una condotta connotata da dolo o colpa grave.

Comma 6: Dopo il decreto correttivo (D. Lgs. n. 56/2017)

L'obbligazione garantita è la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario o all'adozione di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n.159.

LE GARANZIE PER LA PARTECIPAZIONE DI UN CONSORZIO:

GARANZIA PROVVISORIA

ART. 93 CODICE DEGLI APPALTI

RIDUZIONE PER LE CERTIFICAZIONI

Comma 7: Prima del decreto correttivo (D. Lgs. n. 56/2017)

La riduzione del 50% solo per gli operatori economici ai quali venga rilasciata la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO9000 (in recepimento di quanto previsto dal Collegato ambientale -Legge n.221 del 28 dicembre 2015 in vigore dal 2 febbraio 2016).

Comma 7: Dopo il decreto correttivo (D. Lgs. n. 56/2017)

La riduzione del 50% (non cumulabile con quella di cui al primo periodo) si applica anche nei confronti dei CONSORZI ORDINARI COSTITUITI ESCLUSIVAMENTE DA MICROIMPRESE, PICCOLE E MEDIE IMPRESE.

LE GARANZIE PER LA PARTECIPAZIONE DI UN CONSORZIO: GARANZIA PROVVISORIA

ART. 93 CODICE DEGLI APPALTI

IMPEGNO A RILASCIARE LA GARANZIA DEFINITIVA

Comma 8: Prima del decreto correttivo (D. Lgs. n. 56/2017)

L'offerta è altresì corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore, anche diverso da quello che ha rilasciato la garanzia provvisoria, a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui agli articoli 103 e 104, qualora l'offerente risultasse affidatario.

Comma 8: Dopo il decreto correttivo (D. Lgs. n. 56/2017)

La previsione di cui sopra, non si applica nei confronti dei CONSORZI ORDINARI COSTITUITI ESCLUSIVAMENTE DA MICROIMPRESE, PICCOLE E MEDIE IMPRESE.

**LE GARANZIE PER LA PARTECIPAZIONE DI UN CONSORZIO:
GARANZIA DEFINITIVA
ART. 103 CODICE DEGLI APPALTI**

IMPORTO GARANTITO comma 1

E' prevista la costituzione di una garanzia definitiva pari al 10% dell'importo contrattuale con:

- 1)AUMENTI PER RIBASSO D'ASTA: in caso di aggiudicazione con ribassi superiori al dieci per cento la garanzia da costituire è aumentata di tanti punti percentuali quanti sono quelli eccedenti il 10 per cento, mentre, ove il ribasso sia superiore al venti per cento, l'aumento è di due punti percentuali per ogni punto di ribasso superiore al venti per cento;
- 2)RIDUZIONI PER LE CERTIFICAZIONI: si applicano le riduzioni previste dall'articolo 93, comma 7, per la garanzia provvisoria.

**LE GARANZIE PER LA PARTECIPAZIONE DI UN CONSORZIO:
GARANZIA DEFINITIVA
ART. 103 CODICE DEGLI APPALTI**

RIDUZIONI PER L'AVANZAMENTO LAVORI comma 5

La garanzia definitiva è progressivamente svincolata a misura dell'avanzamento dell'esecuzione, nel limite massimo dell'80 % dell'iniziale importo garantito.

L'ammontare residuo della cauzione definitiva deve permanere fino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione, o comunque fino a dodici mesi dalla data di ultimazione dei lavori risultante dal relativo certificato.

LE GARANZIE PER LA PARTECIPAZIONE DI UN CONSORZIO: GARANZIA DEFINITIVA

ART. 103 CODICE DEGLI APPALTI

ESCLUSIONE DELLA GARANZIA comma 11

E' facoltà della Stazione appaltante non richiedere la garanzia definitiva:

- per appalti di importo inferiore ad Euro 40.000,00;
- per appalti da eseguirsi da parte di soggetti di comprovata solidità;
- per forniture di beni che per la loro natura, o per l'uso speciale cui sono destinati, debbano essere acquistati nel luogo di produzione o forniti direttamente dai produttori o di prodotti d'arte, macchinari, strumenti e lavori di precisione l'esecuzione dei quali deve essere affidata a operatori specializzati.

L'esonero dalla prestazione della garanzia deve essere adeguatamente motivato ed è subordinato ad un miglioramento del prezzo di aggiudicazione.