

Sulla necessità del possesso della capacità tecnico – economica in capo ai singoli consorziati ai fini della designazione effettuata dal consorzio stabile per l'esecuzione dei lavori.

di Mirko NESI, Agnese CECI e Roberta CIARDI

Fattispecie:

Un Consorzio Stabile partecipa ad una gara, non dichiarando per quale consorziato concorre. Successivamente all'aggiudicazione ed alla sottoscrizione del contratto, trasmette alla Stazione Appaltante la delibera con cui è stato incaricato di eseguire le lavorazioni dell'appalto un consorziato che è in possesso delle attestazioni SOA ma per categorie diverse da quelle richieste per l'appalto. Pertanto la consorziata non sarebbe in possesso delle necessarie qualificazioni né nella categoria prevalente né nelle categorie scorporabili.

La figura del consorzio stabile fu introdotta nell'ordinamento nazionale dall'art. 12 della legge 109/1994, la legge Merloni¹ (attualmente art. 36 del D.Lgs. 163/2006) determinando un'evoluzione rispetto alla tradizionale figura del consorzio previsto dall'art. 2602 e segg. del codice civile. Tale figura giuridica è tipica del comparto dei lavori pubblici. Le caratteristiche essenziali del consorzio stabile possono essere così individuate²:

- 1) la presenza di almeno tre consorziati che abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei lavori pubblici per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni (oggi articolo 34, 1° comma, del D.Lgs 163/2006 e smi);
- 2) il possesso da parte di tutti i consorziati di attestazione di qualificazione (articolo 12, comma 8-ter, della legge n. 109/94 e s.m. oggi art. 36 del D.Lgs. 163/2006)³;
- 3) l'esistenza di una comune struttura di impresa;
- 4) la forma di società consortile ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, tra imprese individuali anche artigiane, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro (oggi articolo 34, 1° comma, lett. c) del D.Lgs 163/2006 e smi);
- 5) la dotazione di alcuni specifici requisiti (oggi articolo 34, 1° comma, del D.Lgs 163/2006 e smi).

A differenza degli indicati consorzi ordinari per il coordinamento della produzione e gli

¹ La qualificazione dei Consorzi Stabili dopo la legge 166/2002 di Gianni Fischione in www.giustamm.it

² Codice degli Appalti Pubblici di Giulia FERRARI e Roberto GAROFOLI, ed. 2007

³ I Consorzi stabili di Alfredo BIAGINI in www.giustamm.it

scambi di diritto civile - che possono dotarsi anch'essi di un'organizzazione più o meno complessa a seconda della finalità per cui sono stati costituiti, ma che possono operare con la sola struttura aziendale delle imprese consorziate - i consorzi stabili devono, invece, dotarsi di un'autonoma struttura d'impresa attraverso cui essere in grado d'eseguire direttamente i lavori affidati senza necessariamente doversi avvalere delle strutture aziendali delle imprese associate. La comune e stabile struttura d'impresa costituisce, pertanto, elemento indispensabile per l'esistenza del consorzio stabile; essa identifica l'azienda consortile attraverso la quale il consorzio, in quanto impresa di imprese, può eseguire direttamente i lavori. E spetterà ai consorziati scegliere se, al fine di dotare il consorzio delle risorse necessarie al suo funzionamento, convenga loro procurarsi all'esterno forza lavoro, attrezzature e *knowhow*, oppure conferire allo stesso, in tutto o in parte, ciò di cui già dispongono le imprese di essi consorziati. La scelta sarà dettata dalla dimensione imprenditoriale che i consorziati intendono attribuire al consorzio ma, affinché questo risponda alle caratteristiche prescritte dalla legge, dovrà essere dotato della necessaria strumentazione.

L'aspetto dell'esistenza di una comune struttura di impresa è un elemento di rilievo, tant'è che - in quanto correlato alla concreta capacità dei consorzi di assumere direttamente ed in proprio l'esecuzione degli appalti - realizza in tal modo una cooperazione tra le imprese tale da determinare la creazione di una struttura associativa caratterizzata da un legame particolarmente stretto rispetto ad ogni forma di collegamento previsto dalla legge, pur non creando un soggetto unitario e mantenendo comunque ciascuna consorziata la propria autonoma soggettività giuridica.

Nel caso in cui il consorzio abbia dichiarato in sede di offerta che concorre in proprio e non per conto di alcun consorziato, lo stesso potrà⁴:

-eseguire direttamente tutte le opere o parte di esse, utilizzando la comune struttura d'impresa;

- eseguire tutte le opere o parte di esse mediante una o più delle imprese consorziate, assegnandone ad esse l'esecuzione, totale o parziale, avvalendosi della facoltà prevista dalla legge.

⁴ Determinazione dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici n. 11/2004 del 9 giugno 2004

Tale facoltà è prevista dall'art. 97, comma 1, del D.P.R. n. 554/1999, il quale stabilisce che: “*I consorzi stabili di imprese di cui all'articolo 10, comma 1, lettera c), e articolo 12 della Legge hanno la facoltà di far eseguire i lavori dai consorziati senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità sussidiaria e solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante.*”

A tal punto una domanda sorge spontanea e non potrebbe essere altrimenti: come si deve comportare la Stazione Appaltante qualora il Consorzio indichi, soltanto successivamente all'aggiudicazione, che sia stato incaricato dell'esecuzione delle lavorazioni dell'appalto un consorziato non in possesso delle necessarie attestazioni SOA né nella categoria prevalente né nelle categorie scorporabili.

In primo luogo si potrebbe dedurre, o meglio si dovrebbe dedurre, che tale consorziato è sprovvisto della qualificazione prescritta per le lavorazioni dell'appalto, per cui non potrebbe eseguire i lavori altrimenti violerebbe⁵:

- a) l'art. 3 del DPR 34/2000 e smi;
- b) i limiti del subappalto previsti dall' art. 118 del D.Lgs. 163/2006 e smi (il vecchio art. 18 della legge 55/1990).

Tali limiti di cui alla precedente lettera b) per l'appalto *de quo*, sono: il 30% per la categoria prevalente ed il 100% per le categorie scorporabili, in quanto sono categorie a qualificazione obbligatoria come previsto all'Allegato A del DPR 34/2000; invece, per la categoria scorporabile super specialistica, vi è il divieto di subappalto ai sensi dell'art. 37, 11° comma del D.Lgs. 163/2006 e smi (ex art. 13, 7° comma, legge 109/1994), con la conseguenza che la stessa dovrebbe essere eseguita direttamente dall'impresa aggiudicataria qualora in possesso della relativa ed idonea attestazione,altrimenti dovrebbe costituire un ATI di tipo verticale. Sempre che tale disposizione non sia eliminata a seguito della recente costituzione in mora dello Stato italiano da parte Commissione delle Comunità Europee⁶.

In caso contrario, verrebbero violate le norme in materia di qualificazione degli esecutori degli appalti pubblici. Si potrebbe pensare, infatti, che si verrebbe a realizzare un negozio in *fraudem legis*, in quanto posto in essere dal consorzio insieme ad una impresa consorziata che non avrebbe mai potuto partecipare singolarmente alla gara.

⁵ TAR Lazio – sez. III, sentenza n° 2215/2006

⁶ Nota del 30 gennaio 2008, n° 2007/2309, C(2008)0108

Ad una prima lettura, nelle disposizioni riportate sembrerebbe che nulla sia detto a proposito della qualificazione delle imprese consorziate, per conto delle quali il consorzio ha dichiarato di concorrere (ai sensi dell'art. 13, 4° comma, della L. n. 109/1994), nonché delle imprese consorziate alle quali viene assegnata l'esecuzione dei lavori (ai sensi dell'art. 97, comma 1, del D.P.R. n. 554/1999). Se così fosse, ai fini della partecipazione alle gare, dovrebbe tenersi conto unicamente della qualificazione del consorzio. Ma in realtà non è così.

Difatti il regolamento di esecuzione della legge quadro, il D.P.R. n. 554/1999 e smi, all'art. 97, 4° comma, seconda parte, prevede espressamente che "alle singole imprese consorziate si applicano le disposizioni previste per le imprese mandanti dei raggruppamenti temporanei di imprese". Lo stesso regolamento, per le imprese mandanti dei raggruppamenti temporanei di imprese, all'art. 95, 2° comma, dispone che tali imprese mandanti devono possedere i requisiti tecnico organizzativi ed economico finanziari "ciascuna nella misura minima del 10% di quanto richiesto all'intero raggruppamento".

Pertanto, in ragione del combinato disposto delle disposizioni da ultimo citate, le imprese per le quali il consorzio ha dichiarato di concorrere, ai sensi dell'art. 13, 4° comma, della L. n. 109/1994, o alle quali viene assegnata l'esecuzione dei lavori, ai sensi dell'art. 97, 1° comma, del D.P.R. n. 554/1999 e smi, devono possedere una qualificazione minima, pari, quanto meno, al 10% di quella globalmente richiesta per partecipare alla gara.

In siffatto quadro normativo, risulta diversa la posizione dei consorziati per conto dei quali il consorzio ha dichiarato di concorrere, ai sensi dell'art. 13, comma 4, della L. n. 109/1994, rispetto a quella dei consorziati ai quali viene assegnata l'esecuzione dei lavori, ai sensi dell'art. 97, comma 1, del D.P.R. n. 554/1999, dal momento che: - *la dichiarazione di cui all'art. 13, comma 4, della L. n. 109/1994 ha rilevanza esterna, sia ai fini dello svolgimento della gara che dell'esecuzione dei lavori, e rimane cristallizzata nel tempo;* - *la designazione di cui all'art. 97, comma 1, del D. P. R. n. 554/1999, in genere successiva all'aggiudicazione, costituisce un semplice atto interno del consorzio, privo di rilevanza esterna, ancorché esso debba essere comunicato alla stazione appaltante e sia sempre modificabile*⁷.

Tale posizione non sembra condivisibile.

È vero che il consorzio stabile può eseguire i lavori anche in proprio (a differenza del consorzio cooperativo ovvero artigiano). Ma, se si condivide l'opzione giurisprudenziale (inerente al principio di immodificabilità dell'assetto soggettivo del concorrente) secondo cui il consorzio cooperativo ovvero artigiano non può più mutare la designazione operata in

⁷ Determinazione dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici n. 11/2004 del 9 giugno 2004.

sede di gara, ciò, per *par condicio*, deve valere anche per il consorzio stabile. Sarebbe altrimenti vanificata la *ratio* del principio normativo di designazione in sede di gara: "se posso sempre designare, non mi vincolo mai in sede di gara". Il raccordo logico fra le due norme dovrebbe allora comportare che: se il consorzio stabile vuole eseguire l'appalto in proprio, può farlo, ma poi non può più procedere a designazione; se il consorzio stabile non intende eseguire l'appalto in proprio, ha l'onere di procedere a designazione (poi non più modificabile) in sede di gara.

Sul punto, sebbene minoritaria, giova richiamare la sentenza n° 2429 del T.A.R. Sicilia, Catania, IV, del 7 dicembre 2006.

Con tale pronuncia il giudice amministrativo siciliano ha stabilito che, nonostante trattasi di Consorzio Stabile, il consorziato deve essere in possesso delle relative attestazioni SOA idonee per categoria e classe ai lavori da eseguirsi, altrimenti i principi di cui al decreto Bargone, *alias* il regolamento di qualificazione approvato con il D.P.R. n° 34 del 2000, sarebbero violate nella sostanza sebbene rispettate nella forma. Difatti il collegio siciliano coglie pienamente nel segno quando afferma il principio - valido anche per le designate da parte di un consorzio cooperativo od artigiano - che le imprese per le quali il consorzio ha dichiarato di concorrere, (...) ovvero alle quali viene assegnata l'esecuzione dei lavori, (...) devono possedere una qualificazione minima (...).

Tale soluzione interpretativa consente di salvaguardare la fondamentale esigenza di far eseguire i lavori ad imprese consorziate adeguatamente qualificate, e quindi in grado di operare con la necessaria competenza tecnica, fornendo idonee garanzie di buona esecuzione all'Ente committente.