**Daniele Archilletti**

**La comune struttura d’impresa nel consorzio stabile: un problema latente ma sempre attuale.**

**SOMMARIO**

Abstract – La normativa di riferimento – Una pratica elusiva di successo: la simulazione del consorzio stabile – La posizione assunta dall’Autorità – Le recenti pronunce della giurisprudenza – Conclusioni.

**Abstract**

*Le stazioni appaltanti incontrano spesso notevoli difficoltà nel riconoscere gli operatori economici che, qualificatisi come consorzi stabili, possono essere realmente considerati tali. Il rischio è quello di ammettere alle procedure ad evidenza pubblica, con i benefici previsti per i consorzi stabili, strutture consortili riconducibili solo apparentemente al modello giuridico-formale di riferimento. E ciò in quanto gli statuti e gli atti costitutivi dei consorzi stabili sono sovente redatti sulla base di formulari già predisposti che possono trarre in inganno le commissioni giudicatrici.*

*Il focus intende trovare, quindi, un rimedio che consenta alle stazioni appaltanti di eliminare tale rischio, individuando l’elemento che connota la stabilità delle strutture consortili che abbiano deciso di operare in modo congiunto – e nel tempo – nel settore dei contratti pubblici.*

**La normativa di riferimento**

Secondo l’art. 36, comma 1 del vecchio Codice dei contratti pubblici (v. d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), potevano qualificarsi come consorzi stabili gli operatori economici in possesso dei requisiti di qualificazione per i soggetti esecutori di lavori pubblici e 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, forniture, per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa*”.

Tale disposizione è presente anche all’art. 45 del nuovo Codice degli Appalti e delle Concessioni (v. d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), il quale, tuttavia, risulta privo delle prescrizioni contenute nell’art. 36, comma 2 del d.lgs. n. 163/2006 – nonché negli artt. 94 e 277 del Regolamento (d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207) –, le quali, approfondendo la natura di tali complesse strutture imprenditoriali, attribuivano loro la facoltà di eseguire in proprio gli appalti a loro aggiudicati oppure tramite affidamento ai consorziati indicati in sede di gara.

**Una pratica elusiva di successo: la simulazione del consorzio stabile**

La facoltà di scelta attribuita ai consorzi stabili dalle norme appena citate, se per un verso ha rappresentato uno dei vantaggi che l’ordinamento ha riconosciuto a tali strutture consortili nella fase di esecuzione degli appalti a loro aggiudicati, per altro verso ha costituito l’origine delle difficoltà in cui sono incorse le commissioni giudicatrici successivamente all’apertura delle buste – contenenti la documentazione amministrativa – presentate dagli operatori economici concorrenti.

Non di rado è accaduto, infatti, che due o più operatori economici, pur non essendo legati da una struttura e da un’organizzazione compatibile con il modello giuridico di riferimento, si riunissero tra loro, qualificandosi come consorzi stabili, al solo fine di godere dei benefici che l’ordinamento ha attribuito a tale istituto. Solo a titolo esemplificativo, si consideri che il consorzio stabile poteva ottenere la qualificazione SOA sulla base della somma delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate, che esso possedeva la facoltà di fare eseguire i lavori assunti in appalto ad una delle imprese consorziate a prescindere dalla qualificazione posseduta dalle stesse e, inoltre, che la responsabilità per inadempimento degli obblighi contrattuali nei confronti dell’amministrazione aggiudicatrice investiva esclusivamente il consorzio, senza mai estendersi in via solidale all'impresa incaricata dell’esecuzione del contratto.

Avveniva, in altri termini, che tali imprese, spinte da interessi economici meramente individuali e al fine di superare i controlli amministrativi operati dalle commissioni giudicatrici, si riunissero sotto strutture consortili fittizie – capaci di simulare la presenza di requisiti strutturali e operativi mediante l’utilizzo di atti costitutivi già predisposti o comunque recanti “formule tipo” – che poi, nella sostanza, costituivano vere e proprie “scatole vuote”.

Nell’esperienza concreta, l’elusione dei presupposti di esistenza del consorzio stabile è stata più frequente di quanto si possa pensare (si consideri il caso in cui l’operatore economico qualificatosi come consorzio stabile sia fondato, in realtà, su di uno statuto che prevede per la comune struttura d’impresa lo svolgimento di sole attività promozionali per incrementare il *business* delle singole consorziate). Eppure solo raramente la vicenda elusiva in parola è stata sottoposta all’attenzione del giudice amministrativo e dell’Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC): quando ciò è avvenuto, tuttavia, né il primo né la seconda hanno mancato di prendere ferma posizione sulla vicenda. Anzi, è bene evidenziare che nei casi in cui le stazioni appaltanti hanno avuto la sensibilità di rilevare incongruenze negli statuti e/o negli atti costitutivi degli operatori economici concorrenti, l’Autorità e la giurisprudenza hanno avuto la capacità di ben discernere il comportamento elusivo posto in essere, percorrendo addirittura la medesima direzione argomentativa nell’individuazione dell’elemento indispensabile a connotare la stabilità di un consorzio.

**La posizione assunta dall’Autorità**

La pronuncia più significativa dell’Autorità, seppur risalente nel tempo, è costituita dalla determinazione n. 11 del 9 giugno 2004, recante l’“*Atto di indirizzi integrativi sulla natura e sulla qualificazione dei consorzi stabili*”.

Con tale deliberazione, l’Autorità ha specificato che, “*a differenza degli indicati ordinari consorzi per il coordinamento della produzione e gli 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* … *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* (cfr., sul punto, anche il parere di precontenzioso n. 122/2012, reso dall’Autorità in data 19 luglio 2012, secondo cui “*il possesso di un’autonoma struttura d’impresa, capace di eseguire direttamente le prestazioni assunte, costituisce il requisito essenziale di cui deve essere dotato un operatore economico per potersi qualificare come consorzio stabile*, in quanto tale peculiare soggetto giuridico assume, tra le altre cose, il ruolo di “*unico interlocutore con l’amministrazione appaltante*”, che “*imputa direttamente a sé stesso la titolarità del contratto e la realizzazione dei lavori* … *anche quando si avvale, ai fini della esecuzione, di una o più imprese consorziate*”.

**Le recenti pronunce della giurisprudenza**

Come si è già anticipato, anche la giurisprudenza ha condiviso e condivide la posizione dell’Autorità.

Secondo i giudici amministrativi, per accertare la natura stabile di un consorzio è infatti necessario che, al momento dell’analisi dello statuto e dell’atto costitutivo delle strutture consortili, le commissioni di gara abbiano massima cura del dato c.d. teleologico e, dunque, che ritengano indispensabile la presenza nello statuto consortile di una previsione che attribuisca al consorzio stesso l’astratta idoneità a operare con un’autonoma struttura di impresa, capace di eseguire in proprio le prestazioni previste dal contratto oggetto di gara.

Si vedano, sul punto:

* TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 10 gennaio 2007, n. 36, la quale ha confermato che “*a differenza degli ordinari consorzi per il coordinamento della produzione e gli scambi, che possono dotarsi di un'organizzazione più o meno complessa a seconda della finalità per cui sono 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, al fine di essere in grado di eseguire direttamente i lavori loro affidati, senza doversi necessariamente avvalere delle strutture aziendali delle imprese associate*” (v. anche TAR Puglia, Bari, sez. I, 11 febbraio 2010, n. 386);
* TAR Piemonte, sez. I, 15 febbraio 2010, n. 958, secondo cui, fermo restando “*che singulatim e occasionalmente, i contratti possano essere eseguiti dalle singole società* [sue] *componenti*”, la struttura consortile, per essere considerata come un consorzio stabile, deve essere comunque “*in grado di eseguire i contratti di appalto mediante la comune struttura di impresa, senza dovere necessariamente utilizzare la struttura delle singole società componenti*”. Il Legislatore ha infatti inteso scongiurare l’eventualità “*che le attività affidate dalla p.a. al consorzio stabile vengano necessariamente svolte dalle singole imprese consorziate sulla base delle c.d. lettere di assegnazione, il che si produrrebbe ove non esistesse o non fosse normativamente imposta la divisata autonoma comune struttura di impresa*” (v. anche Cons. St., sez. V, 15 ottobre 2010, n. 7524);
* TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 17 giugno 2011, n. 1104, secondo cui “*l’elemento centrale che connota la stabilità del consorzio va* … *ravvisato in quello teleologico, ossia nello “scopo di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici per almeno cinque anni”, conseguendo l’affidamento in proprio di contratti pubblici e dandovi esecuzione in maniera altrettanto diretta ovvero per il tramite dell’attività dei consorziati*” (cfr. anche TAR Lazio, sez. II-*ter*, 18 aprile 2012, n. 3552 e Cons. St., sez. IV, 9 febbraio 2015, n. 656);
* TAR Lazio, sez. III-*ter*, 18 maggio 2016, n. 5883, secondo cui “*il tratto caratterizzante i consorzi stabili è l’esistenza di un’azienda consortile, intesa nel senso civilistico di “complesso dei beni organizzati dall’imprenditore per l’esercizio dell’impresa*”, che consenta al consorzio stesso di “*eseguire direttamente* … *le prestazioni affidategli, senza doversi necessariamente avvalere delle strutture aziendali delle ditte consorziate*”. Tale circostanza è desumibile, peraltro, “*anche dalle disposizioni che ne delineano in concreto l’operatività*”, le quali, “*nel devolvere alla fonte regolamentare la fissazione di “condizioni” e “limiti” alla facoltà del consorzio di eseguire le prestazioni “anche tramite affidamento ai consorziati”, lascia chiaramente intendere come la modalità elettiva di partecipazione alle gare del consorzio stabile sia quella che preveda l’esecuzione delle prestazioni stesse “con la propria struttura*”(cfr. l’art. 36, comma 2, del d.lgs. n. 163/06 e l’art. 94, comma 1, del d.P.R. n. 207/2010).

**Conclusioni**

Dalla lettura della decisione dell’Autorità e della giurisprudenza amministrativa emerge, dunque, che alla luce delle disposizioni contenute nel vecchio Codice dei contratti pubblici, un consorzio stabile, per essere qualificato tale, deve essere dotato di una comune struttura d’impresa in grado di eseguire autonomamente le prestazioni assunte all’esito di una procedura di gara ad evidenza pubblica, senza dovere necessariamente ricorrere all’ausilio dei propri consorziati.

Si tratta di una precisazione, quest’ultima, che però non è mai emersa con chiarezza dalle norme di riferimento e che, dunque, è stata sempre soggetta alle interpretazioni dell’ANAC e dei giudici amministrativi.

In ragione di ciò, sarebbe stato auspicabile che il Legislatore, seguendo gli orientamenti espressi dall’Autorità e dalla giurisprudenza amministrativa, intervenisse sul punto al fine di orientare e, quindi, di perfezionare l’operato delle amministrazioni pubbliche. E la recente entrata in vigore del nuovo Codice degli Appalti e delle Concessioni sembrava davvero essere la migliore occasione possibile per ottenere la chiarezza necessaria.

Contrariamente alle attese, il nuovo testo di legge non ha tuttavia prodotto i risultati sperati. Non si è infatti concretizzata alcuna fattispecie normativa idonea a colmare le lacune suindicate e allo stesso tempo capace di soddisfare le esigenze sin qui rappresentate. Anzi, il testo del d.lgs. n. 50/2016 presenta, per quanto d’interesse, ancora più profili d’incertezza rispetto al Codice de Lise, in quanto risulta addirittura privo di una disposizione, equivalente a quella contenuta nel d.lgs. n. 163/2006, che attribuisca ai consorzi stabili la facoltà di eseguire in proprio gli appalti loro aggiudicati oppure tramite affidamento ai consorziati indicati in sede di gara e che, più in generale, disciplini le effettive modalità di esecuzione delle commesse affidate alle complesse strutture imprenditoriali in commento.

Se non di dimenticanza si tratta, ma di ben precisa scelta legislativa, questa risulta tuttavia pienamente ingiustificata, in quanto, anzichè eliminare i dubbi sorti sulle effettive modalità con cui i consorzi stabili possono eseguire gli appalti loro aggiudicati, li aumenta.

Non si comprende, in particolare, se l’assenza di una norma che disciplini le modalità di esecuzione delle commesse aggiudicate ai consorzi stabili sia volta a superare definitivamente la *vexata quaestio*, di fatto attribuendo agli operatori economici qualificatisi come tali la possibilità di scegliere indiscriminatamente i soggetti esecutori delle prestazioni affidate, o se, diversamente – seguendo l’insegnamento del TAR Piemonte (cfr. sent. 958/2010 cit.) – essa sia finalizzata a impedire a monte tale facoltà, consentendo unicamente l’esecuzione diretta degli appalti mediante la comune struttura di impresa.

Dubbi, questi, che dimostrano il panorama d’incertezza normativa in cui attualmente versano gli operatori del settori e che, alla luce delle premesse, deve essere necessariamente superato.

Ci si auspica, pertanto, *de iure condendo*, che già l’Autorità, in forza dei poteri attribuitile dall’art. 213 del nuovo Codice degli Appalti e delle Concessioni, nell’ottica di perseguire gli obiettivi di semplificazione e standardizzazione delle procedure, di trasparenza e di efficienza dell’azione amministrativa, di garanzia dell’affidabilità degli esecutori e di riduzione del contenzioso, proceda con l’adozione di atti a carattere generale volti a offrire indicazioni interpretative e operative agli operatori del settore – stazioni appaltanti, imprese esecutrici e organismi di attestazione – che, tra le altre cose, siano funzionali a chiarire definitivamente la portata dell’elemento teleologico dei consorzi stabili.