

Alla FISE ANIP

AG-41/09

11 marzo 2010

Oggetto: Qualificazione dei consorzi stabili - richiesta di parere

In esito a quanto richiesto con nota in data 18 novembre 2009, si comunica che il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 10-11 marzo 2010 ha approvato le seguenti considerazioni.

Al fine di rendere il richiesto parere, sembra opportuno richiamare in via preliminare l'art. 35 (requisiti per la partecipazione dei consorzi alle gare) del D.Lgs. n. 163/2006, ai sensi del quale "i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all'articolo 34, comma 1, lettere b) e c), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi, secondo quanto previsto dal regolamento, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate". Il successivo articolo 36, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006, stabilisce, inoltre che i consorzi stabili sono consorzi "in possesso, a norma dell'articolo 35, dei requisiti previsti dall'articolo 40, 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. Ai sensi del comma 7, infine, il consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate e la qualificazione è acquisita con riferimento ad una determinata categoria di opere generali o specialistiche per la classifica corrispondente alla somma di quelle possedute dalle imprese consorziate.

Lo schema del nuovo regolamento attuativo, con riferimento alla qualificazione dei consorzi stabili (art. 81) dispone che i relativi requisiti sono quelli previsti dall'articolo 36, comma 7, del Codice e che (art. 94) i medesimi conseguono la qualificazione a seguito di verifica dell'effettiva sussistenza in capo alle singole consorziate dei corrispondenti requisiti. Il conseguimento della qualificazione da parte del consorzio stabile non pregiudica la contemporanea qualificazione dei singoli consorziati, ma il documento di qualificazione di questi ultimi deve riportare la segnalazione di partecipazione ad un consorzio stabile. In caso di scioglimento del consorzio stabile ai consorziati sono attribuiti pro-quota i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi maturati a favore del consorzio in quanto da questi non assegnati in esecuzione ai consorziati. Le quote di assegnazione sono proporzionali all'apporto reso dai singoli consorziati nell'esecuzione dei lavori nel quinquennio antecedente.

Peraltro, occorre anche rappresentare che l'articolo 35 del Codice demanda al regolamento attuativo la disciplina della qualificazione dei consorzi stabili. L'articolo 277 dell'emanando regolamento prevede, anzitutto, che la sussistenza, in capo ai consorzi stabili di servizi e forniture, dei requisiti richiesti nel bando di gara per l'affidamento di servizi e forniture sia accertata sulla base della verifica dell'effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati. Il regolamento, quindi, adotta il criterio della sommatoria, analogamente a quanto disposto in materia di lavori pubblici. Il comma 3 del medesimo articolo specifica, poi, che per la partecipazione del consorzio alle gare, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi posseduti dai singoli consorziati relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo vengano sommati; mentre i restanti requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi siano sommati solo per i consorziati esecutori. Pertanto, secondo il nuovo regolamento, il consorzio non deve dimostrare di possedere direttamente alcun requisito. La disciplina citata è sicuramente più

favorevole per i consorzi stabili rispetto a quella prevista dall'articolo 35 del Codice e risulta coerente con l'istituto dell'avvalimento per mezzo del quale, comunque, il consorzio avrebbe potuto qualificarsi tramite i requisiti delle consorziate. In conclusione, lo schema di regolamento, sembra considerare la circostanza che, a differenza delle ATI e del consorzio ordinario, il consorzio stabile possa partecipare ad una gara anche solo per alcune consorziate. Si osserva che, in questa circostanza, forse, sarebbe stata più logica una disposizione che prevedesse la somma di tutti i requisiti con riferimento ai soli consorziati esecutori, ma, alla luce del dettato dell'articolo 35 del Codice, tale soluzione non appare perseguibile.

La disciplina in materia di consorzi stabili appena illustrata ricalca, per gli aspetti che qui rilevano, quella previgente contenuta – in particolare - nell'art. 12, commi 3, 8 bis e 8 ter, della legge n. 109/1994 (le disposizioni regolamentari in materia, di cui all'art. 97, commi 2, 3 e 4, del D.P.R. n. 554/99 ed all'art. 20 del D.P.R. n. 34/2000, come chiarito dall'Autorità con determinazione n. 27/2002, sono state abrogate per effetto delle modificazioni apportate dalla legge 1° agosto 2002 n. 166 alla legge n. 109/1994). Anche la disciplina prevista nella legge quadro prevedeva l'acquisizione della qualificazione da parte del consorzio stabile sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate.

Le analogie tra previgente (art. 12, co. 8 ter, legge quadro) ed attuale assetto normativo (art. 36, comma 7, Codice) in materia, consentono di richiamare l'avviso espresso dall'Autorità con determinazioni n. 6/2001, n. 18/2003, n. 11/2004 (seppure limitatamente al settore dei lavori pubblici). In tali pronunce è stato chiarito che nei consorzi stabili i legami tra le imprese ed il consorzio sono tali da costituire un rapporto organico, nel quale unico soggetto interlocutore dell'amministrazione appaltante è il consorzio stesso, che assume in proprio tutti gli obblighi, gli oneri e le responsabilità del contratto. Detti consorzi devono, infatti, dotarsi di un'autonoma struttura d'impresa attraverso la quale essere in grado di eseguire direttamente i lavori affidati senza necessariamente doversi avvalere delle strutture aziendali delle imprese associate. Pertanto, ai fini della partecipazione ad una gara di appalto di lavori pubblici, si deve valutare il possesso dei requisiti richiesti dal bando in capo al soggetto di diritto "consorzio stabile", anche se lo stesso ha ritenuto di optare per la partecipazione tramite un proprio consorziato.

La concreta operatività del consorzio stabile nell'ambito dei lavori pubblici e, in particolare, la sua partecipazione alle procedure di affidamento dei medesimi, è tuttavia subordinata all'ottenimento della attestazione di qualificazione, condizione prescritta per tutti gli esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici. Il consorzio stabile, in particolare, è qualificato sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate. La qualificazione è acquisita, con riferimento ad una determinata categoria di opera generale o specializzata per la classifica corrispondente alla somma di quelle possedute dalle imprese consorziate.

E al riguardo l'Autorità (determinazioni n. 6/2001, 18/2003, 11/2004) ha precisato che tutte le imprese consorziate devono essere in possesso di attestato di qualificazione. Ciò in quanto ciascuna impresa concorre alla qualificazione del consorzio con la qualificazione singolarmente posseduta, attraverso il meccanismo sommatorio indicato nella disciplina di riferimento, pertanto occorre che tutte le imprese consorziate siano qualificate. In base a tale assunto, inoltre, l'Autorità ha altresì chiarito (det. 18/2003) che la durata quinquennale del vincolo consortile non comporta divieto di scioglimento del consorzio stabile entro il quinquennio né divieto di recesso del singolo consorziato prima della scadenza dei cinque anni; in tale ultima ipotesi resta fermo l'obbligo per il consorzio stabile di chiedere l'adeguamento dell'attestazione posseduta al nuovo assetto del consorzio. Sono state, poi, fornite indicazioni in ordine alla durata dell'attestazione di qualificazione del consorzio stabile, anche in relazione alla scadenza intermedia o ai casi di variazione di classifica o di categorie delle attestazioni dei consorziati o di variazione dei medesimi.

Le considerazioni espresse dall'Autorità in ordine alla qualificazione dei consorzi stabili, devono ritenersi ancora attuali con riferimento ai consorzi operanti nel settore dei lavori pubblici, stante il chiaro disposto normativo contenuto nell'art. 36, commi 6 e 7 del Codice, che ribadisce il criterio sommatorio dei requisiti delle singole consorziate ai fini della qualificazione del consorzio stabile, cui è connesso l'obbligo (come indicato dall'Autorità) per tutte dette imprese di essere in possesso di attestato di qualificazione.

Sotto altro profilo, invece, l'indirizzo dell'Autorità (det. 11/2004) secondo il quale simili compagini devono avere come scopo sociale esclusivo quello di operare in modo congiunto nel settore dei lavori pubblici, sembra invero superato sia dalle attuali condizioni di mercato, sempre più orientato verso forme di affidamento congiunto di lavori e servizi o anche di forniture (es. contratti di global service o di leasing immobiliare, concessione), sia dalla disciplina recata dal Codice che, invero, non contempla disposizioni in tal senso.

Al contrario l'art. 36 prevede espressamente la possibilità di costituire consorzi stabili ai fini della partecipazione alle gare per l'affidamento anche di servizi e forniture, pur prevedendo, come visto, precise disposizioni per quelli operanti nell'ambito dei lavori pubblici.

Il Codice, dunque, non sembra escludere in radice la possibilità di costituire consorzi stabili con oggetto sociale "misto", costituiti da imprese impegnate in diversi rami di attività, che decidano di operare in modo congiunto nel settore degli appalti, fermo restando l'obbligo, ai fini della qualificazione del consorzio, del possesso dell'attestato SOA in capo a tutti i consorziati.

Una simile compagine, peraltro, sarebbe in grado di svolgere prestazioni contrattuali eterogenee, in linea con le illustrate esigenze di mercato relative all'affidamento congiunto di lavori e servizi o anche di forniture.

Tuttavia, ai fini della concreta operatività di tali consorzi e, quindi, della partecipazione a gare per l'affidamento di contratti misti, occorre individuare le modalità con le quali gli stessi devono dimostrare il possesso dei requisiti indicati nella *lex specialis*.

Invero, l'argomento è stato affrontato dall'Autorità ma limitatamente ai consorzi stabili operanti nel solo settore dei lavori distinti da quelli operanti invece nel settore dei servizi e nelle forniture (deliberazione n. 123/2006), giungendo ad affermare che a questi ultimi non può che applicarsi l'articolo 35, per effetto dell'espresso richiamo del comma 1 dell'articolo 36. Tale disposizione, infatti, "riproducendo l'articolo 11 della legge n. 109/1994, prevede che i requisiti di idoneità tecnica per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all'articolo 34, comma 1, lettere b) e c), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi, secondo quanto previsto dal regolamento, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate. Quindi, alla luce dell'articolo 35, solo i requisiti delle attrezzature e dell'organico medio sono dimostrabili tramite le consorziate". In conclusione "ai consorzi operanti nel settore dei servizi e delle forniture si applica l'articolo 35 del d. Lgs. n. 163/2006".

Tale indirizzo è stato poi confermato dalla giurisprudenza amministrativa (CDS n. 6498/2008), secondo la quale la possibilità che il consorzio stabile si qualifichi sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole consorziate ex art. 37, comma 6 del Codice, si riferisce ai soli contratti di lavori, mentre per consorzi operanti nel settore dei servizi e delle forniture trova applicazione l'art. 35 del medesimo decreto legislativo, secondo il quale i requisiti delle attrezzature e dell'organico

medio annuo sono dimostrabili tramite le consorziate mentre, per tutto il resto, sono i consorzi che devono dimostrare di possedere in proprio i requisiti richiesti.

Chiarita, dunque, la disciplina applicabile ai consorzi operanti in modo esclusivo nell'ambito dei lavori o dei servizi e forniture, occorre stabilire le modalità di dimostrazione dei requisiti per i consorzi stabili impegnati contestualmente in più settori ai fini dell'affidamento di contratti misti.

La soluzione deve individuarsi nel coordinamento dell'art. 35 con l'art. 36 del Codice, dal quale deriva che il consorzio stabile - quale unico titolare del rapporto giuridico con l'amministrazione che assume in proprio tutti gli obblighi, gli oneri e le responsabilità del contratto - ai fini dell'affidamento di un appalto misto di lavori, servizi e/o forniture, deve essere in possesso in proprio della qualificazione SOA, ai sensi dell'art. 36, comma 7 per lo svolgimento dei primi e, al tempo stesso, dei requisiti occorrenti per lo svolgimento di servizi e/o forniture, da dimostrare ai sensi dell'art. 35 (alla stregua di quanto richiesto, ad esempio, al concessionario dall'art. 98 del D.P.R. n. 554/1999).

Tale soluzione, peraltro, appare conforme al modello organizzativo delineato dal citato articolo 36, secondo il quale è il soggetto di diritto "consorzio stabile" che deve essere in possesso dei requisiti richiesti dal bando, anche se lo stesso ha ritenuto di optare per la partecipazione tramite un proprio consorziato.

Conclusivamente, dunque, può affermarsi che la lettera della norma (art. 36) - che prevede consorzi stabili operanti nei diversi settori degli appalti - e l'interpretazione sistematica del quadro normativo di settore - contemplante forme di affidamento congiunto di contratti eterogenei (global service, leasing immobiliare, concessione) - sembrano consentire, anche in assenza di espresse limitazioni o divieti al riguardo, la costituzione di consorzi stabili con oggetto sociale misto, da parte di imprese impegnate in diversi rami di attività, che decidano di operare in modo congiunto nel settore degli appalti, fermo restando l'obbligo, ai fini della qualificazione del consorzio, del possesso dell'attestato SOA in capo a tutti i consorziati.

Non sembra, dunque, condivisibile la soluzione proposta dall'Associazione istante, in ordine alla possibilità di costituire consorzi stabili tra imprese in possesso di qualificazione SOA ed imprese in possesso del solo fatturato relativo ai servizi, ai fini della partecipazione a gare per l'affidamento di contratti misti di lavori e servizi (con particolare riferimento agli appalti di manutenzione).

Tale assunto, come visto, non trova conforto nel dato normativo che, invece, richiede per tutte le consorziate il possesso di qualificazione SOA.

Firmato:

Avv. Giuseppe Busia