

Consorzi stabili e divieto di partecipazione alla medesima gara di una consorziata, anche se non designata all'esecuzione.

Secondo l'Autorità di vigilanza, “dal combinato disposto di cui all'art. 13, comma 4, ed all'art. 12, comma 5, della legge n. 109/94 e s.m. si evince che il divieto ivi contenuto, con conseguente applicabilità della sanzione, opera solo ove alla medesima gara partecipino sia il consorzio stabile sia i consorziati per conto dei quali il consorzio ha dichiarato di voler partecipare alla gara” (determinazione 29 ottobre 2003, n. 18).

Proprio perché “il conseguimento della qualificazione da parte del consorzio stabile non pregiudica la contemporanea qualificazione delle singole imprese consorziate” (D.P.R. 554/1999, art. 97, comma 3, prima parte), per converso “è vietata la partecipazione alla medesima procedura di affidamento dei lavori pubblici del consorzio stabile e dei consorziati” (L. 109/1994, art. 12, comma 5). Tale previsione è rimasta immutata rispetto al testo della L. 109/1994 così come a suo tempo innovato dalla c.d. *Merloni-ter* (L. 415/1998).

È rimasto anche il principio per cui è vietato a uno stesso soggetto costituire più di un consorzio stabile. È soltanto cambiata la formulazione letterale del principio: “È vietata la partecipazione a più di un consorzio stabile” (L. 109/1994, art. 12, comma 5, ultima proposizione).

La *Merloni-quater* (L. 166/2002) ha invece eliminato il rigore della disposizione secondo cui era “vietato ai singoli partecipanti ai consorzi stabili costituire tra loro o con

terzi consorzi e associazioni temporanee ai sensi dell'art. 10, comma 1, lettere *b), d), e)* ed *e-bis)*". La disposizione cassata aveva avuto una valenza di carattere assoluto, nel senso che in nessun caso il soggetto membro di un consorzio stabile avrebbe potuto essere componente anche di qualsiasi altra tipologia di consorzio o di un'a.t.i. o di un Geie, neanche nel caso in cui il consorzio stabile stesso non partecipasse alla medesima gara.

Per converso, è evidente che non possono partecipare alla medesima gara consorzio stabile e mandante di raggruppamento (di cui alle citt. lett. *d), e)* od *e-bis)*) che sia componente del consorzio stabile stesso. Mentre, se si tratta di consorzio *ex cit.* lett. *b)*, il divieto vale soltanto se il soggetto componente il consorzio stabile sia designato all'esecuzione da parte del consorzio stesso di cooperative o di imprese artigiane.

Quanto alle "singole imprese consorziate", "il documento di qualificazione di queste ultime deve riportare la segnalazione di partecipazione ad un consorzio stabile, nonché l'indicazione di tutti gli altri soggetti partecipanti" (D.P.R. 554/1999, art. 97, comma 3).

Pertanto, l'indicazione da parte del consorzio stabile della consorziata designata ad eseguire i lavori – "i consorzi di cui all'articolo 10, comma 1, lettere *b)* e *c)*, sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali *consorziate* il consorzio concorre", ai sensi della L. 109/1994, art. 13, comma 4 – serve solo *in via concorrente ed eventuale* al fine di potersi accertare, per "*questi ultimi*", il "divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara" (parte finale del medesimo comma 4).

Questo, in quanto è già dall'attestazione-SOA di un'impresa, che compone un consorzio stabile, che si rilevano sia il consorzio stabile stesso sia ogni altra consorziata. Peraltro – ai

sensi anche del comma 8-ter dell'art. 12 della L. 109/1994 così come innovata – non si vede come una consorziata non possa non avere attestazione-SOA. Cfr. Autorità di vigilanza, determinazione 8 febbraio 2001, n. 6: “Tutte le imprese consorziate devono essere in possesso di attestazione di qualificazione”.

Si rammenta, però, che pure consorziate non designate all'esecuzione dal consorzio stabile sono parimenti escluse dalla medesima gara.

Infatti, ai sensi del comma 5 dell'art. 12 della L. 109/1994, “è vietata la partecipazione alla medesima procedura di affidamento dei lavori pubblici del consorzio stabile e dei consorziati”, mentre per converso tale divieto non è posto per i “consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro” né per i “consorzi tra imprese artigiane”.

C'è da chiedersi quale sia la portata giuridica essenziale del principio secondo cui i consorzi stabili “sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre”.

Si tratta di un obbligo, come sembra apparire, o di una mera facoltà?

La risposta deriva dal diritto positivo. Sussiste la “*facoltà* del consorzio di eseguire i lavori *anche* tramite affidamento ai consorziati” (L. 109/1994, art. 12, comma 2). Il regolamento ribadisce il principio di “*facoltà* di far eseguire i lavori dai consorziati” (D.P.R. 554/1999, art. 97, comma 1).

Ciò significa che il consorzio stabile può eseguire i lavori anche *in proprio*, a differenza dei consorzi *ex lett. b)* del comma 1 dell'art. 10 della L. 109/1994. Tale tesi è

confermata da T.A.R. Puglia, Lecce, 26 giugno 2003, n. 4476, oltre che dall’Autorità: “I consorzi stabili, in base alle disposizioni contenute nella legge 109/94 e successive modificazioni nonché nel D.P.R. 554/99 e nel D.P.R. 34/2000, possono eseguire i lavori appaltati con la propria organizzazione d’impresa” (*cit.* determinazione 6/2001).

Per converso, il consorzio stabile sarebbe più propriamente tenuto all’indicazione della designata all’esecuzione dei lavori solo nel caso in cui non intenda eseguire i lavori in proprio. L’indicazione della designata serve, in tal caso, ai fini dell’obbligatorietà della qualificazione di gara in capo alla designata stessa, sotto il solo profilo della sola c.d. idoneità “morale”.

Il principio del riferimento della qualificazione al consorzio, infatti, “non implica che *requisiti di natura formale relativi alla regolarità della gestione delle imprese* sotto il profilo dell’ordine pubblico, anche economico, possano ritenersi accertati con esclusivo riferimento al consorzio o al raggruppamento e non debbano invece essere posseduti e documentati dalle imprese designate quali esecutrici del servizio o dell’opera (C. Stato, sez. V, 24-11-1997, n. 1367)” (Cons. Stato, V, 15 giugno 2001, n. 3188).

D’altra parte, è il D.P.R. 554/1999 medesimo a prevedere esplicitamente che, pur se l’“affidamento dei lavori (...) ai propri consorziati non costituisce subappalto”, “si applicano comunque le disposizioni di cui al comma 3, numero 5 (...) dell’articolo 18 della legge 19 marzo 1990, n. 55” (D.P.R. 554/1999, art. 141, comma 4), cioè va sempre verificata la regolarità antimafia anche del soggetto esecutore (cfr. anche L. 109/1994, art. 12, comma 4).

Non pare pertanto condivisibile la tesi dell'Autorità di vigilanza espressa nella determinazione 29 ottobre 2003, n. 18:

“In ordine alle problematiche sollevate (...) in merito al divieto, di cui all'art. 12, comma 5 della legge n. 109/94 e s.m., di contemporanea partecipazione del consorzio e del consorziato alla medesima gara, si rileva quanto segue. Riguardo alla presunta incongruenza esistente tra le disposizioni di cui al suddetto art. 12, comma 5, e di cui all'art. 13, comma 4, della medesima legge n. 109/94 e s.m., preliminarmente si osserva che quest'ultima norma, nel precisare che i consorzi di cui all'articolo 10, comma 1, lettere b) e c), sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre, dispone altresì che a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara. Una simile disposizione non sembra rappresentare un contrasto rispetto al divieto di cui all'art. 12, comma 5. Infatti, mentre tale norma pone un principio di carattere generale, ossia il divieto di contemporanea partecipazione alla medesima procedura di gara del consorzio stabile e del consorziato, l'art. 13, comma 4, precisa e puntualizza che il divieto investe solo i consorziati che già partecipano alla gara mediante la struttura consortile. In tal modo, la norma preclude la possibilità per un'impresa di partecipare in duplice veste alla gara, ovvero quale consorziato o in altra diversa forma, rappresentando quindi una specificazione del generale divieto di cui all'art. 12, comma 5, della legge n. 109/94 e s.m.. Sulla base di quanto sopra, deve ritenersi che il rapporto tra l'art. 13, comma 4, e l'art. 12, comma 5, della legge n. 109/94 e s.m., deve essere ricostruito nel senso che la prima delle due disposizioni ha definito l'ambito soggettivo del

divieto posto dalla seconda, divieto che, pertanto, opera con conseguente applicabilità della sanzione, solo ove alla medesima gara partecipino sia il consorzio stabile sia i consorziati per conto dei quali il consorzio ha dichiarato che intende partecipare alla gara”.

Conforme, *Edilizia e Territorio*, 2003, 22 novembre, n. 45, 17:

“Garri ammette la partecipazione congiunta allo stesso appalto – In gara insieme il consorzio stabile e un consorziato “battitore libero” – Il divieto di partecipazione alla gara del consorzio stabile e dei consorziati opera solo per le imprese per le quali il consorzio dichiara di voler concorrere. È invece ammissibile che alla gara partecipi anche un’impresa consorziata ma candidata da sola. Questo è uno solo dei chiarimenti contenuti nella determinazione dell’Autorità sui consorzi stabili”.