

Quotidiano del Sole 24 Ore

Edilizia e Territorio

[Stampa](#)[Chiudi](#)

30 Apr 2019

Speciale Sblocca-cantieri/4. Più dubbi che certezze sui consorzi stabili

Alessio Cicchinelli (*)

Nell'età della centralizzazione della domanda pubblica di acquisti e della qualificazione delle stazioni appaltanti, i consorzi stabili rappresentano una forma aggregativa di partecipazione tramite cui il singolo operatore economico può aumentare la propria capacità competitiva nel mercato delle gare pubbliche. Nel dettare la disciplina normativa sul regime di dimostrazione dei requisiti di partecipazione alle gare da parte dei consorzi stabili, l'intento del Legislatore è sempre stato quello di individuare un punto di equilibrio tra l'interesse a tutelare la portata pro-concorrenziale di questa forma aggregativa d'impresе e quello volto ad evitare che i consorzi si trasformino in meri moltiplicatori di requisiti cartolari, senza alcuna garanzia, in capo alla stazione appaltante, in merito alla loro concreta capacità di portare a compimento le prestazioni oggetto di appalto.

Sintomo della difficoltà ad individuare tale punto di equilibrio è rappresentato dalle molteplici modifiche legislative che hanno interessato la disciplina dei consorzi stabili, nel corso della stagione riformatrice avviata nel 2016.

In particolare, la versione originaria dell'art. 47, D.Lgs. n. 50/16, prescriveva un regime di qualificazione apparentemente comune a lavori, servizi e forniture, limitando il meccanismo del cumulo dei requisiti di qualificazione delle consorziate solo per i primi cinque anni di costituzione del consorzio e solo per i requisiti posseduti dalle consorziate esecutrici.

Con il cd. decreto correttivo e sempre attraverso una disciplina apparentemente unitaria per lavori, servizi e forniture, veniva eliminato il limite temporale del quinquennio e veniva confermato che il cumulo dei requisiti ai fini della qualificazione poteva essere sfruttato solo attraverso i requisiti posseduti dalle consorziate designate, mentre l'eventuale possibilità di utilizzare anche i requisiti posseduti dalle altre consorziate veniva subordinata alla stipulazione di un apposito contratto di avvalimento.

In tal senso, il limite imposto all'osmosi dei requisiti di qualificazione tra il consorzio e le consorziate - o la loro necessaria esteriorizzazione tramite un contratto di avvalimento - a detta della più attenta dottrina e giurisprudenza, sembrava aver assestato un duro colpo alla teoria organica del consorzio, quale operatore economico che si basa sulla causa mutualistica e realizza una particolare forma di avvalimento che poggia direttamente sul patto consortile e sulla causa mutualistica.

Con l'art. 1, co. 1, lett. h), D.L. cd. "sblocca cantieri" viene modificato ulteriormente l'art. 47, D.Lgs. n. 50/16, attraverso l'introduzione di una disciplina che, nonostante il dichiarato e lodevole intento di "chiarire la disciplina dei consorzi stabili onde consentire l'operatività e sopravvivenza di tale strumento pro-concorrenziale" (cfr. la relazione di accompagnamento al decreto), non è esente da criticità, sia nel settore dei lavori che in quello dei servizi e delle forniture.

La nuova disposizione, infatti, riproponendo quella distinzione tra regime di qualificazione dei consorzi stabili nei lavori rispetto a quello nei servizi e nelle forniture già presente nel D.Lgs. n. 163/06 e che sembrava superata dalla disciplina unitaria contenuta nel D.Lgs. n. 50/16, sconta, per entrambi i regimi di qualificazione, incisive omissioni.

Per quanto riguarda il settore dei lavori, la norma introdotta dal D.L. cd. "sblocca cantieri" si distingue più per quello che non dice; oltre a riproporre in sede legislativa la disciplina contenuta nell'art. 94, co. 1, d.P.R. n. 207/10 sulla non configurabilità del subappalto nel caso di esecuzione dei lavori da parte delle consorziate indicate in sede di gara, infatti, viene omesso ogni riferimento al regime di dimostrazione dei requisiti di qualificazione nelle gare dei lavori, rinviando al successivo atto attuativo (il regolamento di cui all'articolo 216, co. 27-octies, D.Lgs. n. 50/16) ogni più approfondita indicazione.

Tale omissione appare ancor più significativa, in quanto, nelle more dell'approvazione di tale atto attuativo, continuano ad applicarsi le norme regolamentari contenute nella parte II, titolo III del d.P.R. n. 207/10, con particolare riferimento all'art. 81, d.P.R. n. 207/10 secondo il quale «I requisiti per la qualificazione dei consorzi stabili sono quelli previsti dall'articolo 36, comma 7, del codice». Pertanto, prima dell'adozione del regolamento unico previsto dall'art. 216, co. 27-octies, D.Lgs. n. 50/16 ed attraverso una costruzione giuridica non priva di debolezze, sembra uscire rafforzata la tesi di una sorta di ultra-vigenza dell'art. 36, co. 7, D.Lgs. n. 163/06, quale norma di riferimento per l'operatività della cd. regola del cumulo dei requisiti di qualificazione nei lavori, secondo cui il consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate, senza alcuna distinzione tra consorziate designate per l'esecuzione e non designate.

Il regime di qualificazione dei consorzi stabili nei lavori pubblici, dunque, troverebbe la sua disciplina non attraverso un'espressa fonte di rango primario, ma mediante un sistema di rinvii e rimandi il cui punto di arrivo, almeno sino all'adozione dell'atto attuativo, si collocherebbe in una norma del D.Lgs. n. 163/06 ormai abrogata, con buona pace di quelle esigenze di maggior chiarezza e coerenza del quadro normativo menzionate nello stesso D.L. cd. "sblocca cantieri".

Tali esigenze di chiarezza del quadro normativo, inoltre, sembrano non essere state avvertite neanche nell'ambito della disciplina inerente la partecipazione dei consorzi stabili alle gare di servizi e forniture, per le quali il D.L. cd. "sblocca cantieri" ha solo parzialmente colmato un vuoto normativo per tali settori.

In particolare, il comma 2-bis dell'art. 47, D.Lgs. n. 50/16 ripropone la disciplina prima contenuta nell'art. 277, co. 2, d.P.R. n. 207/10, secondo cui la sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara per l'affidamento di servizi e forniture è valutata in capo ai singoli consorziati, ma non il successivo comma 3 dell'art. 277 citato, ai sensi del quale era possibile per i consorzi stabili di servizi e forniture cumulare con riferimento alle consorziate esecutrici i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi diversi dalla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera.

Dalle considerazioni sin qui espresse, dunque, emerge un quadro normativo che, per quanto attiene alla disciplina dei consorzi stabili, pare ancora frastagliato o comunque non certo ispirato a quelle logiche di certezza del diritto e maggior coerenza e semplificazione che dovrebbero ispirare questa ulteriore stagione di riforme nella contrattualistica pubblica.

L'auspicio, dunque, è che in sede di conversione al D.L. cd. "sblocca cantieri" venga posto rimedio alle omissioni ancora presenti nel testo dell'art. 47, co. 2, D.Lgs. n. 50/16 sul regime di qualificazione dei consorzi stabili, quali strumenti fondamentali per accrescere le chances competitive dei singoli operatori economici e per agevolare effettivamente la partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese.

Tale auspicio appare ancor più importante sol che si pensi alla circostanza per cui l'art. 48, co. 14, D.Lgs. n. 50/16 estende, ai fini della qualificazione Soa, la disciplina dettata per i consorzi stabili anche alle reti d'impresa che ne condividano i medesimi requisiti; in questo modo, il regime di qualificazione dei consorzi stabili di lavori è ancor più strategico per quelle imprese che vogliono aumentare la loro capacità competitiva, perché da esso discende anche l'opportunità per esse di usufruire di una diversa forma aggregativa, quale quella della rete d'impresa.

() Studio Legale Associato Piselli & Partners*

P.I. 00777910159 - Copyright Il Sole 24 Ore - All rights reserved