

Maria Luisa Chimenti

LE OPERE A SCOMPUTO DEGLI ONERI DI URBANIZZAZIONE E LA
DISCIPLINA DEI CONSORZI STABILI DOPO L'ENTRATA IN VIGORE
DEL D.LGS. 31 LUGLIO 2007, N. 113.

(IGI- 18 settembre 2007)

a) Il Codice dei contratti è intervenuto anche nella controversa materia della esecuzione delle opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione; materia che, nel tempo, ha formato oggetto di interessamento sia da parte del legislatore nazionale che delle istituzioni comunitarie.

La normativa nazionale di riferimento (D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, legge 29 settembre 1964, n.847 e legge 17 agosto 1942, n. 1150) prevede che:

- 1) ogni attività, comportante trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio comunale, partecipa agli oneri ad essa relativi, l'esecuzione delle opere è subordinata a permesso di costruire e detto permesso di costruire comporta la corresponsione di un contributo commisurato all'incidenza delle opere di urbanizzazione e al costo di costruzione;
- 2) a scomputo totale o parziale della quota dovuta, il concessionario può obbligarsi a realizzare direttamente le opere di urbanizzazione;
- 3) costituiscono opere di urbanizzazione primaria le strade residenziali, gli spazi di sosta o di parcheggio, le fognature, le reti idriche, le reti di distribuzione dell'energia elettrica e del gas, l'illuminazione pubblica, nonché gli spazi di verde attrezzato; costituiscono opere di urbanizzazione secondaria gli asili nido e le scuole materne, le scuole dell'obbligo nonché le strutture e i complessi per l'istruzione superiore all'obbligo, i mercati di quartiere, le delegazioni comunali,

le chiese e gli altri edifici religiosi, gli impianti sportivi di quartiere, i centri sociali e le attrezzature culturali e sanitarie, nonché le aree verdi di quartiere;

- 4) l'autorizzazione comunale è subordinata alla stipula di una convenzione che preveda, tra l'altro, l'assunzione, a carico del proprietario, degli oneri relativi alle opere di urbanizzazione primaria e di una quota parte delle opere di urbanizzazione secondaria.

In relazione alla disciplina suindicata, la Corte di giustizia con la nota sentenza 12 luglio 2001, ha evidenziato che, nella materia di cui trattasi, apparivano soddisfatti i due elementi rilevanti per poter ritenere sussistente la fattispecie «appalto pubblico di lavori», cioè quello relativo alla qualità di amministrazione aggiudicatrice e quello relativo al tipo di lavori, riconoscendo che le opere di urbanizzazione, di cui all'art.4 della L. 867/1964, costituiscono opere pubbliche in senso stretto, considerando la loro idoneità funzionale a soddisfare le esigenze di urbanizzazione e il pieno controllo dell'amministrazione competente sulle opere medesime; in secondo luogo, si è affermato che il rapporto fra l'amministrazione comunale e il privato lottizzante ha natura contrattuale, posto che è la convenzione di lottizzazione a stabilire le opere di urbanizzazione da realizzare e le relative condizioni; in terzo luogo, la Corte ha sottolineato la natura onerosa di tale contratto, considerando che l'amministrazione comunale, accettando la realizzazione diretta delle opere di urbanizzazione, rinuncia a pretendere il pagamento dell'importo dovuto a titolo di contributo e che, pertanto, il titolare della concessione edilizia o del piano di lottizzazione, attraverso la realizzazione diretta delle opere, estingue il debito di pari valore, che sorge a favore dell'Amministrazione, secondo lo schema civilistico dell'obbligazione alternativa. La Corte ha, infine, rilevato che non osta al ricorrere delle condizioni di operatività della direttiva il fatto che la scelta degli imprenditori incaricati della progettazione e della realizzazione delle opere spetti al lottizzante (titolare della concessione edilizia), poiché non è necessario che il soggetto che conclude un contratto con l'amministrazione aggiudicatrice sia in

grado di realizzare direttamente la prestazione pattuita, essendo sufficiente che tale soggetto abbia la possibilità di fare eseguire la prestazione di cui trattasi, come d'altra parte si desume da numerose disposizioni della Direttiva comunitaria, quale ad esempio quella che consente di subappaltare l'opera a terzi.

Da detto ultimo rilievo segue l'applicabilità del concetto di mandato, inteso nell'accezione di conferimento dei poteri relativi all'espletamento delle gare, sussistendo, pertanto, a carico del privato lottizzante l'obbligo di rispettare, nell'esecuzione delle opere di urbanizzazione, le procedure di evidenza pubblica previste dalla Direttiva in merito alla scelta del soggetto esecutore dei lavori, mentre l'amministrazione, che non trasferisce al privato alcun potere proprio della PA, conserva la competenza esclusiva in ordine allo svolgimento di tutte quelle attività relative alla sorveglianza, controllo e direzione della realizzazione delle opere.

Dalla lettura della citata sentenza, si è posta, peraltro, la questione relativa alla disciplina applicabile nel caso di realizzazione di opere di urbanizzazione il cui importo sia al di sotto della soglia comunitaria. A tal riguardo, si è osservato che, sebbene la normativa comunitaria sia direttamente applicabile, con prevalenza su quella nazionale con essa contrastante, soltanto agli appalti di importo superiore alla soglia comunitaria, nel momento in cui si prende atto del contrasto della normativa in materia urbanistica, appena considerata, con i principi generali a base non solo della direttiva stessa, ma anche della disciplina nazionale, quali l'esigenza di assicurare la concorrenza e di garantire un'ampia partecipazione, al fine, anche, di selezionare il concorrente più idoneo a realizzare l'opera pubblica e nel momento in cui i definiscono quali "opere pubbliche" i lavori suddetti, non può prescindere dall'applicazione completa della disciplina sui lavori pubblici.

Altra questione rilevante riguarda il rapporto con la disciplina della qualificazione che è requisito indefettibile dei «*soggetti esecutori a qualsiasi*

titolo di lavori pubblici». Va, a tal proposito, considerato che il tema della qualificazione dei soggetti esecutori di lavori pubblici è di estrema importanza e delicatezza in termini di politica legislativa, giacché attraverso la definizione dei requisiti che devono possedere tali soggetti e delle regole, con le quali viene accertata e certificata la sussistenza degli stessi, si incide in maniera significativa sull'assetto del mercato, con soluzioni normative ispirate alla qualità aziendale e all'innovazione tecnologica.

Per quanto riguarda l'ambito soggettivo della qualificazione, l'art. 40, comma 1, del Codice si riferisce ai "soggetti esecutori a qualsiasi titolo": il che consente di circoscrivere il sistema di qualificazione ai soli soggetti che materialmente eseguono i lavori pubblici, in qualsiasi modo essi siano affidati indipendentemente dal fatto che gli stessi siano previsti da un contratto di appalto o da un contratto di concessione o da un accordo di programma. Pertanto, considerato che la finalità ultima della normativa in tema di qualificazione è quella di garantire la qualità delle opere pubbliche, rientrano, altresì, nell'ambito di operatività della norma non solo i soggetti che seguono i lavori pubblici in virtù di un contratto di appalto, stipulato con il soggetto aggiudicatario dell'appalto o della concessione, bensì anche i soggetti che realizzano le opere pubbliche per conto del privato lottizzante.

Al fine di adeguare la normativa nazionale a quanto statuito dalla Corte di Giustizia con la sentenza in esame, il legislatore ha introdotto una modifica alla legge quadro sui lavori pubblici.

In particolare, l'articolo 2, comma 5 della legge 109/94, come modificato dalla legge 166/2002, prevedeva l'obbligo per i privati che eseguono interventi a scomputo dei contributi connessi ad atti abilitanti all'attività edilizia di affidare gli stessi ricorrendo alle procedure previste dalla direttiva 93/37/CEE, nei casi in cui ogni singola opera sia di importo superiore alla soglia di applicazione della medesima direttiva; le opere di importo inferiore invece, risultavano sottratte alla disciplina della legge 109/94.

Relativamente a tale disposizione la Commissione europea, nel rammentare che la Corte di Giustizia ha chiarito che la realizzazione diretta di un'opera di urbanizzazione da parte del titolare di una concessione edilizia o di un piano di lottizzazione approvato a scomputo totale o parziale del contributo dovuto per il rilascio della concessione costituisce appalto pubblico di lavori, ha aperto una procedura d'infrazione contro il Governo italiano ed ha deciso di ricorrere alla Corte di Giustizia, formulando due rilievi.

Il primo riguardava l'esclusione dal campo di applicazione della legge quadro delle opere di importo inferiore alla soglia comunitaria. Ha osservato, infatti, la Commissione che il combinato disposto della disposizione in questione e delle leggi n. 1150 del 1942 e n. 10 del 1977 consente di affidare direttamente, al di fuori di ogni procedura di messa in concorrenza, la realizzazione di opere pubbliche di importo inferiore alla applicazione della direttiva comunitaria a soggetti privati. Ciò costituisce una violazione delle norme del Trattato, che si applica anche nel caso di valore economico sotto la soglia di applicazione delle direttive, in materia di libera circolazione delle merci, di libera prestazione dei servizi e di libertà di stabilimento, nonché dei principi generali di non discriminazione, di parità di trattamento, di proporzionalità e trasparenza.

Il secondo rilievo riguarda il fatto che la disposizione in esame limita il ricorso alle procedure previste dalla direttiva lavori ai casi in cui ogni singola opera realizzata dai privati a scomputo dei contributi dovuti sia di importo superiore alla soglia. Al riguardo la Commissione ha rilevato che per determinare la soglia di applicazione della direttiva occorre calcolare il valore complessivo delle opere comprese in ciascuna convenzione stipulata tra il privato esecutore e l'amministrazione, poiché tale convenzione, secondo la citata sentenza della Corte di Giustizia ha natura di contratto e di appalto pubblico di lavori.

Con il Codice dei contratti, poi, il legislatore ha inteso far fronte a detta ulteriore procedura d'infrazione comunitaria riducendo la possibilità di realizzazione

diretta alle sole opere di urbanizzazione primaria sotto soglia e che siano correlate al singolo intervento edilizio assentito.

In particolare, dalla lettura combinata delle suddette disposizioni si evince che la disciplina prevista dall'art. 32, comma 1, lett. g), del D.Lgs. n. 163/2006 per i lavori sopra soglia da realizzarsi a scomputo, ossia la duplice possibilità per il privato titolare del permesso di costruire di indire una gara per la loro realizzazione ovvero assumere la veste di promotore nell'ambito di una procedura ispirata al modello del project financing, si applica, "di norma", anche alle opere di urbanizzazione secondaria sotto soglia, alla luce del disposto di cui all'art. 121, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006, che individua la disciplina comune applicabile ai contratti sotto soglia, in quanto non espressamente derogata.

Per le opere di urbanizzazione primaria sotto soglia, invece, l'art. 122, comma 8, del D.Lgs. n. 163/2006 dispone una deroga espressa all'applicazione del suddetto art. 32, comma 1, lett. g), stabilendo che, in questo caso, il titolare del permesso di costruire può eseguire direttamente le opere correlate al singolo intervento edilizio assentito.

Arriviamo quindi ad analizzare il contenuto del secondo decreto correttivo in materia.

Ai sensi dell'art. 32, comma 1, lett. g), del D.Lgs. 163/2006, come modificato dall'art. 2, comma 1, lettera f), del D.Lgs. n. 113/2007, le norme del Codice si applicano, tra l'altro, ai contratti di importo superiore alle soglie previste nell'art. 28, aventi ad oggetto "lavori pubblici da realizzarsi da parte dei soggetti privati, titolari di permesso di costruire, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso, ai sensi dell'articolo 16, comma 2, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 e dell'articolo 28, comma 5 della legge 17 agosto 1942, n. 1150. L'amministrazione che rilascia il permesso di costruire può prevedere che, in relazione alla realizzazione delle opere di urbanizzazione,

il titolare del permesso di costruire assuma la veste di promotore, presentando all'amministrazione medesima, entro novanta giorni dal rilascio del permesso di costruire, la progettazione preliminare delle opere. All'esito della gara bandita ed effettuata dall'amministrazione che rilascia il permesso di costruire sulla base della progettazione presentata dal promotore, il promotore può esercitare, purché espressamente previsto nel bando di gara, diritto di prelazione nei confronti dell'aggiudicatario, entro quindici giorni dalla aggiudicazione, corrispondendo all'aggiudicatario il 3% del valore dell'appalto aggiudicato. Il promotore deve avere i requisiti di qualificazione previsti dall'articolo 40 in relazione alla tipologia e all'importo delle opere di urbanizzazione”.

Ai sensi della predetta disposizione, quindi, il titolare del permesso di costruire per la realizzazione dei lavori *de quibus*, di importo superiore alla soglia comunitaria, ha la duplice possibilità di esperire procedure di gara nel rispetto della disciplina normativa contenuta nel Codice ovvero assumere la veste di promotore nell'ambito di una procedura ispirata al modello del project financing, con i limiti, tuttavia, che presenta un siffatto richiamo in via diretta ad un istituto che appare caratterizzato da profili sostanzialmente diversi da quelli di cui ci si occupa.

La novella recata dal D.Lgs. 113/2007 su tale disposizione - sostituzione dell'inciso “gara bandita dal promotore” con “gara bandita ed effettuata dall'amministrazione..”- chiarisce tuttavia che in quest'ultimo caso la gara deve essere condotta non dal promotore ma dall'amministrazione che rilascia il permesso di costruire. E ciò in quanto, altrimenti, si assisterebbe ad una duplicazione e sovrapposizione di ruoli del promotore: concorrente e aggiudicatario allo stesso tempo.

La disposizione chiarisce altresì che il promotore deve essere in possesso di adeguati requisiti di qualificazione. Ciò evidenzia con chiarezza le differenze sostanziali con la figura del promotore del PF che, invece, deve essere in

possesso dei requisiti di qualificazione solo al momento dell'indizione della gara a licitazione privata, cioè in un momento ben successivo rispetto a quello della presentazione della proposta. La motivazione va ricercata nel fatto che in questa fattispecie si tratta di una figura di "promotore" sensibilmente diversa da quella del PF: non c'è infatti un investimento privato iniziale del quale il titolare del permesso di costruire intenda ripagarsi con la successiva gestione e, quindi, si tratta in realtà di semplice esecuzione di opere per le quali occorre chiaramente il possesso dei requisiti di qualificazione.

Ma la novità di maggior interesse contemplata nel D.Lgs. n. 113/2007 riguarda l'affidamento delle opere di urbanizzazione sotto soglia.

L'art. 122, comma 8, come modificato dall'art. 2, comma 1, lettera cc) del suddetto decreto legislativo dispone infatti che *"le disposizioni di cui all'art. 32, comma 1, lettera g) non si applicano alle opere di urbanizzazione primaria di cui all'articolo 1, comma 1, lettera b) e all'articolo 4, comma 1, della legge 29 settembre 1964, n. 847 [strade residenziali, spazi di sosta o di parcheggio, fognature, rete idrica, rete di distribuzione dell'energia elettrica e del gas, pubblica illuminazione, spazi di verde attrezzato], correlate all'intervento edilizio assentito, comprensivo dell'ipotesi in cui le opere siano funzionalmente connesse al suddetto intervento edilizio, per le quali continua ad applicarsi l'articolo 16, comma 2, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, e successive modificazioni [Ai sensi di quest'ultima disposizione "...a scomputo totale o parziale della quota dovuta, il titolare del permesso può obbligarsi a realizzare direttamente le opere di urbanizzazione, nel rispetto dell'articolo 2, comma 5, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni, con le modalità e le garanzie stabilite dal comune, con conseguente acquisizione delle opere realizzate al patrimonio indisponibile del comune"].. Prima dell'avvio dell'esecuzione delle opere, gli uffici tecnici delle amministrazioni locali interessate trasmettono alle competenti Procure regionali della Corte dei conti gli atti adottati e tutta la documentazione relativamente agli interventi edilizi da*

realizzare a scomputo degli oneri di urbanizzazione, ai sensi del presente comma”.

Dalle norme sopra riportate si evince dunque che, ad eccezione degli interventi espressamente indicati nell’art. 122, comma 8, per i quali il legislatore continua ad ammettere la *diretta* realizzazione da parte del titolare del permesso di costruire, la disciplina comune dettata per i contratti pubblici di rilevanza comunitaria (ex art. 121, comma 1) – con le deroghe previste nella citata Parte II del Titolo II - deve trovare applicazione anche per le opere di urbanizzazione sotto soglia realizzate a scomputo degli oneri concessori.

In tal modo il Codice ha recepito l’indirizzo del giudice comunitario (Corte di Giustizia europea del 12/07/2001, causa C399-98, secondo la quale le opere di urbanizzazione hanno per propria natura una originaria finalità pubblica e come tali devono essere ricondotte alla normativa in materia di contratti pubblici), pur con la limitazione contemplata nel citato art. 122, comma 8, che, invero, *non appare pienamente conforme a tale indirizzo né al quadro normativo di settore*, dovendosi riconoscere natura di opere pubbliche anche agli interventi di cui all'articolo 1, comma 1, lettera b) e all'articolo 4, comma 1, della legge 29 settembre 1964, n. 847 [strade residenziali, spazi di sosta o di parcheggio, fognature, rete idrica, rete di distribuzione dell'energia elettrica e del gas, pubblica illuminazione, spazi di verde attrezzato] pur se *correlati all’intervento edilizio, comprensivo dell’ipotesi in cui le opere siano funzionalmente connesse a quest’ultimo*, per i quali non sembra comunque giustificabile una deroga generale alle regole dell’evidenza pubblica.

Invero, la precisazione sopra indicata (“connessione funzionale” delle opere a scomputo con l’intervento edilizio) rappresenta il recepimento delle osservazioni del Consiglio di Stato, nel parere del 7 giugno 2007, reso sullo schema del decreto correttivo in argomento, che aveva auspicato un intervento chiarificatore della norma dell’art. 122, comma 8, nella parte in cui non precisava il significato della locuzione “*correlate al singolo intervento*”. Il giudice di secondo grado

aveva infatti osservato come fosse difficile ipotizzare che vi siano opere di urbanizzazione primaria direttamente correlate ad un “singolo” intervento.

Tuttavia, la precisazione da ultimo adottata dal Legislatore non sembra in grado di giustificare la sottrazione alle regole dell’evidenza pubblica di simili interventi che, comunque, pur con tali caratteristiche, mantengono la natura di opere pubbliche da ricondurre, quindi, sotto la disciplina del Codice.

In ultimo, occorre anche considerare che la genericità della locuzione utilizzata, “funzionalmente connesse al suddetto intervento edilizio” rende purtroppo concreto il rischio di interpretazioni estensive della stessa, potenzialmente atte a sottrarre al libero gioco della concorrenza opere pubbliche anche di rilievo e, in definitiva, continuando a preservare in una “nicchia” l’esecuzione delle opere di urbanizzazione.

b) Passando al secondo argomento oggetto di questo incontro, ricordo che, in un questa sede, alcuni mesi fa, avevamo auspicato un intervento chiarificatore da parte del Legislatore nella materia della partecipazione alle gare dei consorzi stabili.

In realtà, la presenza tra gli operatori economici ammessi a partecipare ad appalti pubblici di aggregazioni di imprese, con caratteristiche più o meno stabili, si è evoluta nel tempo di pari passo con l’evoluzione delle forme giuridiche di collaborazione tra le imprese e con il superamento della concezione (antiquata) meramente anticoncorrenziale delle strutture imprenditoriali associative. Oggi si riconosce alle aggregazioni la funzione di valorizzazione della collaborazione tra le imprese che ne fanno parte, le quali ne traggono un rafforzamento della propria posizione sul mercato in senso antimonopolistico e, quindi, conforme al principio comunitario della libera concorrenza.

Con particolare riferimento ai Consorzi- il cui esame in questa sede ci occupa – essi erano sconosciuti al sistema delle norme sui contratti stabilite dal R.D. 18

novembre 1923, n. 2440 e solo con la legge 17 febbraio 1987, n. 80, recante norme straordinarie per l'accelerazione dell'esecuzione delle opere pubbliche, per la prima volta, i consorzi di diritto comune sono stati inclusi tra i possibili affidatari di appalti pubblici di lavori (art. 3, comma 1: *L'affidamento in concessione di cui al precedente articolo 1 (...) è disposto a mezzo di procedura ristretta tra le imprese di costruzione, loro consorzi o raggruppamenti temporanei, ...*”).

Bisogna attendere la legge 11 febbraio 1994, n.109, la legge-quadro sui lavori pubblici, perché faccia la sua comparsa una nuova categoria di consorzi, il consorzio stabile, annoverato all'art. 10 tra i soggetti ammessi a partecipare alle gare per l'aggiudicazione dei contratti di appalto e di concessione dei lavori pubblici.

Il D.Lgs. 163/2006, all'art. 34, ha sostanzialmente riprodotto quanto previsto dalla L.109/94 estendendone l'applicazione anche ai contratti di forniture e servizi.

I consorzi stabili sono definiti, a norma dell'art. 36 del D. Lgs. 163/2006, come consorzi formati da non meno di tre consorziati che hanno deciso di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa.

I consorzi stabili sono dotati di propria soggettività giuridica ed autonoma qualificazione e si distinguono dalle singole imprese consorziate le quali non possono partecipare a più di un consorzio (art. 36, comma 5).

Pur essendo dotato di una propria struttura d'impresa, il consorzio stabile può, a norma dell'art. 36, comma 2, eseguire le prestazioni oggetto del contratto di appalto anche tramite affidamento alle imprese consorziate.

Sul rapporto tra consorzio stabile e imprese consorziate nell'ambito della partecipazione ad una gara d'appalto, si è sviluppato un interessante dibattito tra

gli operatori che ha investito, in particolare, due distinti profili: la partecipazione congiunta alla stessa gara di appalto del Consorzio stabile e delle imprese consorziate e la necessità del possesso della qualificazione da parte dell'impresa consorziata che esegue i lavori.

Il primo spunto di approfondimento è di particolare attualità perché il secondo decreto correttivo al Codice (D.Lgs. 113/2007), recentemente entrato in vigore, ha apportato sul punto significative modifiche contribuendo a definire con più chiarezza la materia.

Prima di questa recente novella, infatti, il Codice, mentre all'art. 36, comma 5, vietava la partecipazione alla stessa procedura di gara del consorzio e di tutti i suoi consorziati all'articolo 37, comma 7, seconda parte, invece, vietava tale contemporanea partecipazione esclusivamente ai consorziati per i quali il consorzio aveva dichiarato di concorrere.

Sul contrasto tra le due norme, l'Autorità aveva espresso il proprio avviso, sebbene con riferimento al precedente assetto normativo.

In particolare, la questione concernente la contemporanea partecipazione del consorzio stabile e dei consorziati alla medesima procedura di gara, era stata affrontata nella determinazione n. 11 del 9 giugno 2004 dove il contrasto tra le due norme, l'una recante il generale divieto di contemporanea partecipazione alla stessa gara per il consorzio stabile e le imprese consorziate, l'altra recante il medesimo divieto di partecipazione unicamente per i consorziati "indicati" quali esecutori dei lavori in sede di offerta, era stato risolto tenendo conto della successione temporale delle due disposizioni.

Conseguentemente, era stata ritenuta intervenuta l'abrogazione implicita della norma anteriore, ossia del divieto generalizzato di partecipazione congiunta del consorzio stabile e dei consorziati (art. 12, comma 5, l.109/94), formulato nella prima versione della legge quadro per la considerazione, poi superata nella successiva evoluzione legislativa, che il consorzio stabile dovesse costituire

mezzo unico ed esclusivo di aggregazione delle imprese per partecipare congiuntamente e stabilmente alle gare di appalto di lavori pubblici.

Quanto alla disposizione contenuta nel successivo art. 13, comma 4, l.109/94, l'Autorità, dopo aver precisato che i consorzi stabili non debbono necessariamente indicare, in sede di offerta, per quali consorziati concorrono, ben potendo scegliere di partecipare alla gara anche in nome proprio e per conto proprio, eseguendo direttamente i lavori, nella richiamata determinazione n. 11/2004, aveva interpretato la norma *de qua* affermando che *“è facoltà dei consorzi citati indicare per quali consorziati concorrono, ove non intendano eseguire direttamente i lavori; in tal caso solo ai soggetti indicati è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma alla medesima gara; per converso i consorziati non indicati dal consorzio partecipante alla gara come esecutori dei lavori potranno partecipare alla gara individualmente o nelle maniere consentite dalle norme”*.

Successivamente a tale pronuncia dell'Autorità, tuttavia, è intervenuto il Consiglio di Stato (sentenza n. 1529 del 24 marzo 2006) che ha ritenuto vietata la partecipazione ad una medesima gara di un consorzio stabile e delle imprese consorziate.

Il Consiglio di Stato è pervenuto a tale conclusione considerando l'insussistenza del presupposto secondo cui l'art. 13, comma 4, legge n. 109/1994 e s.m. avrebbe parzialmente abrogato l'art. 12, comma 4, giacché la sua formulazione è dovuta ad una norma successiva (art. 9 della legge n. 415 del 1998). La norma sopravvenuta, che non ha modificato la configurazione come possibile ipotesi di reato della violazione del divieto di partecipazione congiunta alla stessa gara del “consorzio stabile e dei consorziati” (punibile ai sensi dell'art. 353 c.p. “turbata libertà degli incanti”), ha lasciato immutato il predetto divieto con destinatarie tutte le imprese consorziate, anche le imprese diverse da quelle indicate come esecutrici dei lavori.

L'art. 13, comma 4, quindi, aggiunge al divieto generalizzato già stabilito dall'art. 12, comma 5, per tutte le imprese consorziate di prendere parte alla medesima gara alla quale già partecipa il consorzio del quale fa parte, il divieto specifico, per le imprese indicate come esecutrici dei lavori, di partecipare alla medesima gara in un'altra struttura plurisoggettiva. La disposizione, infatti, dopo avere prescritto che i consorzi stabili sono tenuti ad indicare per quali consorziati il consorzio concorre specifica, per i consorziati, tale ulteriore divieto (*“a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara”*).

La espressione *“in qualsiasi altra forma”*, secondo il giudice amministrativo, vale ad evitare che l'impresa indicata come esecutrice dei lavori, per la quale già vige il divieto di partecipazione alla medesima gara alla quale già partecipa il consorzio di cui fa parte come impresa singola, possa intervenire alla gara in altra formazione associativa (*“in qualsiasi altra forma”*).

Le disposizioni fin qui esaminate, in sostanza, secondo il Consiglio di Stato, hanno voluto stabilire che *un'impresa consorziata non può mai partecipare ad una gara nella quale concorra anche il consorzio stabile del quale fa parte né in forma singola né in forma associata*.

L'Autorità, dopo l'entrata in vigore del Codice, in sede di audizione al Senato svoltasi in data 16 gennaio 2007, ha auspicato il superamento del contrasto interpretativo con un intervento normativo con il quale risultasse chiaro il divieto di congiunta partecipazione del consorzio stabile e di tutte le imprese consorziate anche non indicate come esecutrici.

Va infatti considerato che, al combinato disposto delle norme sopra richiamate (art. 36, comma 5 e art. 37, comma 7 del Codice) dovrebbe riconoscersi valenza di divieto generale di partecipazione in gara del consorzio stabile e dei consorziati, indicati o meno come esecutori.

Induce a tale conclusione un'interpretazione logico-sistematica della disciplina di settore, tesa proprio a salvaguardare la segretezza delle offerte e, quindi, il corretto svolgimento delle procedure di aggiudicazione; tali esigenze verrebbero, infatti, disattese in caso di potenziali collusioni o accordi tra le imprese partecipanti a un consorzio stabile caratterizzato dalla comune struttura d'impresa e dalla finalità di operare in modo congiunto nel settore dei lavori pubblici.

Caratteristiche che implicano dei legami tra le imprese e il consorzio che, pur mantenendo la loro autonoma soggettività giuridica, sono più stretti di ogni altra forma di collegamento già raffigurata dalla legge (ex art. 2359 c.c.) e che giustificano, quindi, l'estensione del divieto di partecipazione congiunta ad una medesima gara di tali compagini.

Con il secondo decreto correttivo, il legislatore, aderendo alla tesi prospettata, ha soppresso nell'art. 37, comma 7, il riferimento ai consorzi stabili con la conseguenza che essi ricadono nella disciplina dell'art. 36, comma 5 e quindi nel divieto *tout court* di partecipazione congiunta, con ciò risolvendo il contrasto interpretativo nella direzione auspicata dalla stessa Autorità.

La possibilità di ammettere la contemporanea partecipazione del consorzio e delle imprese consorziate non indicate come esecutrici permane invece per i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro e fra imprese artigiane di cui all'art. 34, comma 1, lettera b) in ragione della diversa natura di queste forme aggregative, che rappresentano nella realtà imprenditoriale uno strumento consolidato che associa con scopo mutualistico un numero estremamente rilevante di consorziate.

Con riguardo al secondo punto di approfondimento - ovvero se la consorziate che esegue i lavori debba essere qualificata SOA - occorre in primo luogo evidenziare che ai sensi dell'articolo 40 del d.Lgs. n. 163/2006 i soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici devono essere qualificati in base al sistema di qualificazione di cui al regolamento da emanarsi ai sensi dell'articolo

5 del medesimo decreto; fino alla sua entrata in vigore continuano ad applicarsi le disposizioni di cui al d.P.R. 34/2000.

La questione di cui si discute deve quindi essere anche analizzata sotto il profilo della eseguibilità dei lavori da parte di una impresa consorziata priva dell'attestazione di qualificazione.

A tal fine, occorre tener presente che il quadro normativo di riferimento prevede una serie di strumenti (istituto dell'associazione temporanea di imprese, costituzione di società consortili, avvalimento, costituzione di consorzi stabili, altre tipologie di consorzi) tesi a consentire, con specifiche e proprie modalità, l'aggregazione di più soggetti, sia per rendere possibile ed efficace la partecipazione di imprese con dimensioni limitate alle gare pubbliche, sia per garantire l'amministrazione aggiudicatrice che il concorrente aggiudicatario sia in grado di espletare al meglio quanto dedotto in appalto, in relazione alla solidità economico finanziaria e tecnica dell'esecutore dell'appalto. La logica dell'aggregazione di imprese sottende alla creazione di strutture che si pongono in funzione strumentale e usufruiscono della sommatoria dei requisiti. Ne deriva, quindi, che la ratio del sistema è rivolta all'individuazione del miglior esecutore possibile e uno degli elementi essenziali, nell'ambito dei requisiti richiesti agli esecutori dei lavori pubblici, è il possesso, per gli appalti di importo superiore a 150.000 euro, dell'attestazione SOA.

La disposizione di cui all'articolo 40 del d. Lgs. n. 163/2006 costituisce, pertanto, una inderogabile prescrizione fondamentale per la procedura dell'evidenza pubblica negli appalti di lavori.

Ammettere che i lavori siano eseguiti da impresa appartenente ad un consorzio sprovvista della qualificazione SOA, significherebbe consentire ad alcuni operatori di eludere il rispetto della citata disposizione.

Al riguardo soccorre anche una pronuncia del Consiglio di Stato, sez. V, 29.11.2004 n. 7765 che, in una vertenza relativa ad appalto di servizi nei confronti di un consorzio di cooperative, ha ritenuto che se è vero che i requisiti

soggettivi di partecipazione vanno riferiti non alle singole imprese consorziate ma al consorzio nel suo complesso, l'esecuzione dell'appalto è di competenza del consorzio "ad eccezione dei soli casi in cui siano richiesti requisiti soggettivi che attestino una capacità tecnica specifica che l'ordinamento riconosca solo ad alcuni soggetti con una regolamentazione a livello normativo delle modalità di conseguimento di tale idoneità (iscrizione in albi, elenchi speciali ovvero conseguimento di particolari abilitazioni)".

Inoltre, con deliberazione n. 123/2006 l'Autorità, nell'ambito di una questione concernente un consorzio stabile in un appalto di servizi, ha ritenuto che "La mancata specifica indicazione dei mezzi, strutture o risorse messe ad effettiva disposizione per gli adempimenti contrattuali, impone di ritenere non provata la disponibilità dei mezzi da parte del Consorzio stabile e, conseguentemente, legittimo il provvedimento di esclusione (in tal senso, TAR Lazio, Roma, sez. III ter 25/08/2006 n. 7515). Il rapporto intercorrente tra le imprese consorziate e il consorzio con attività esterna non costituisce, in assenza di ulteriori vincoli negoziali tra le stesse ed il consorzio, prova idonea dell'effettiva disponibilità dei requisiti di qualificazione di quest'ultimo in capo alle consorziate ."

Ciò in quanto, se è vero che la disciplina dell'avvalimento consente ad un imprenditore, ai fini del possesso dei requisiti di partecipazione, di far riferimento alla capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura del vincolo che li lega, è altresì necessario che sia fornita la dimostrazione della possibilità di disporre dei mezzi e delle capacità. Quanto sopra non può non comprendere anche il sistema di qualificazione e attestazione SOA nell'ambito dei consorzi fra imprese artigiane e fra società di cooperative di produzione e lavoro nonché dei consorzi stabili che ad esse sono assimilabili.

Le considerazioni sopra riportate inducono, quindi, ad auspicare un intervento chiarificatore da parte del Legislatore anche in questa specifica materia che garantisca la qualità nell'esecuzione delle opere pubbliche e la parità di trattamento fra gli operatori, ma che nel contempo tenga conto delle realtà

cooperativistiche e consortili presenti sul mercato e della speciale tutela loro riconosciuta dal nostro ordinamento.