

**LA QUALIFICAZIONE DEI CONSORZI PER LA PARTECIPAZIONE
ALLE GARE, AI SENSI DELL'ART. 47, COMMA 2, DEL D.LGS. N. 50
DEL 2016, ALLA LUCE DEL D.LGS. "CORRETTIVO" N. 56 DEL
2017 – NOTE A PRIMA LETTURA**

Federico Busbani

SOMMARIO: 1. Premesse – 2. I requisiti della designata – 3. Il riferimento temporale – 4. Ulteriori aspetti formali – 5. Questioni operative e di sistema.

1. – La legge delega del 28 gennaio 2016, n. 11 - recante deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE – ha stabilito la facoltà per il Governo, entro un anno dalla data di entrata in vigore del d.lgs. 50 del 2016, di “*adottare disposizioni integrative e correttive*” riferite al medesimo testo legislativo. A tal fine, il 5 maggio 2017 è stato pubblicato, nel S.O. n. 22 della Gazzetta Ufficiale n. 103, il Decreto Legislativo 19 aprile 2017, n. 56, recante “Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50”.

La finalità è stata evidentemente quella di effettuare una ortopedia del testo normativo, con specifico riguardo a carenze e lacune che in fase di elaborazione del medesimo testo non si aveva avuto modo di affrontare, a causa della celerità di elaborazione del decreto e della naturale evoluzione che il medesimo avrebbe subito nella prima fase applicativa.

Prima di affrontare il tema centrale del presente lavoro, occorre contestualizzare l'ambito di riferimento in cui le rettifiche al testo sono state pubblicate: in particolare ci si trova di fronte alla difficoltà di circostanziare cambiamenti al testo che, seppure giustificati da indicazioni del Consiglio di Stato, nella sua duplice veste di organo giudicante e di indirizzo, sono stati inseriti in un ambito normativo in continua evoluzione, alla luce dei decreti attuativi e delle linee guida ANAC emanati ed emanandi.



Certamente tale intervento “correttivo” avrebbe avuto una maggiore efficienza ove fosse stato proposto nella fase di elaborazione finale del Codice degli appalti, quindi a valle della elaborazione dei molteplici atti attuativi che, nei fatti, disciplinano, ovvero disciplineranno, gran parte del tessuto normativo in materia di appalti.

Attualmente, pertanto, siamo di fronte ad una integrazione correttiva di un testo ampiamente incompleto, che troverà nei prossimi decreti il suo reale contenuto, i quali dovranno al contempo garantire la disciplina degli argomenti ancora regolamentati dal regime transitorio di cui all'art. 216 del d.lgs. 50 del 2016 e, al pari, rendere omogenee tali disposizioni con il tessuto complessivo del codice, all'uopo fungendo da correttivo postumo delle nuove previsioni.

In realtà l'intenzione di completare il testo del codice con un correttivo di “chiusura” era stata idealizzata dallo stesso legislatore, tenuto conto delle strette tempistiche indicate all'interno del codice in tema di decreti attuativi e linee guida vincolanti: purtroppo la finalità sistematica del correttivo in oggetto è stata sostanzialmente vanificata a causa dei copiosi ritardi nella fase di elaborazione e pubblicazione di gran parte degli atti attuativi in argomento, i quali sono stati o verranno pubblicati solamente dopo il decreto di correzione del codice.

In tale ambito il d.lgs. n. 56 del 2017 trova estrinsecazione in diverse modifiche di natura formale e, soprattutto, sostanziale apportate al d.lgs. 50 del 2016: con specifica attenzione agli aspetti operativi di tali modifiche è opportuno passare al vaglio la modifica apportata dall'art. 31 del correttivo, con specifico riferimento al tema della qualificazione dei consorzi di cui all'art. art. 47 del Codice degli appalti.

L'intenzione è quella di esaminare l'intervento normativa sotto un duplice profilo: da un lato si procederà con l'esaminare le modifiche direttamente apportate attraverso la disamina degli effetti diretti e indiretti di tali modifiche, mentre dall'altro lato verranno evidenziati i passaggi più controversi del “nuovo” art. 47 del Codice, dai quali presumibilmente potrebbero derivare le problematiche più rilevanti in fase applicativa.

Purtroppo la ricognizione ermeneutica sconta la naturale assenza di materiale normativo e interpretativo sul tema, in quanto la giurisprudenza non ha avuto ancora modo di affrontare le contraddizioni del correttivo sul tema.

Medesime considerazioni devono desumersi in merito all'assenza di esplicite prese di posizione interpretative da parte dell'ANAC sul punto, così come il decreto del MIT in tema di sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici che attualmente si trova ancora in fase preparatoria, trovandosi attualmente in consultazione la proposta di decreto formulata in tale ambito da parte dell'ANAC. Le diverse criticità ermeneutiche affrontate nella disamina dell'art. 47, come novellato, hanno trovato scarsa considerazione anche sulla scorta delle direttive comunitarie: difatti gli unici esigui riscontri su tale tema sono stati affrontati all'art. 19 della dir. 24/2014, e relativo considerando n. 15, senza trovare concreti riscontri in merito, così come per quanto attiene alla legge delega.

Nell'alveo di tali carenze, occorre pertanto ripercorrere alcuni passaggi del Parere del Consiglio di stato del 30 marzo 2017, n. 782, visto che le considerazioni in esso riportate sono state in gran parte condivise dal legislatore in fase di emendamento all'art. 47 d.lgs. 50 del 2016.

Premesso l'ambito normativo in cui si innesta la modifica dell'art. 47, in tema di qualificazione dei consorzi, si evidenzia che l'attuale versione dell'articolo dispone che *“I consorzi di cui agli articoli 45, comma 2, lettera c), e 46, comma 1, lettera f), al fine della qualificazione, possono utilizzare sia i requisiti di qualificazione maturati in proprio, sia quelli posseduti dalle singole imprese consorziate designate per l'esecuzione delle prestazioni, sia, mediante avvalimento, quelli delle singole imprese consorziate non designate per l'esecuzione del contratto. Con le linee guida dell'ANAC di cui all'articolo 84, comma 2, sono stabiliti, ai fini della qualificazione, i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni”*.

Rispetto alla precedente versione, la quale stabiliva che *“Per i primi cinque anni dalla costituzione, ai fini della partecipazione dei consorzi di cui all'articolo 45, comma 2, lettera c), alle gare, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi previsti dalla normativa vigente posseduti dalle singole imprese consorziate esecutrici, vengono sommati in capo al consorzio”*, sono evidenti le variazioni rispetto al precedente regime, sotto il profilo formale e sostanziale, che sono state disposte dal legislatore riguardo ai limiti di utilizzo dei requisiti delle consorziate da parte di alcune tipologie di consorzi nella fase di qualificazione.

Sotto il profilo generale le modifiche apportate dal correttivo a tale articolo riproducono fedelmente la proposta formulata dal citato Parere del

Consiglio di Stato n. 782 del 30 marzo 2017¹, con l'evidente finalità di eliminare i contrasti interpretativi con la precedente giurisprudenza in tema di qualificazione dei consorzi stabili eccettati dal medesimo organo.

Nello specifico il Consiglio di Stato ha chiarito che la “*giurisprudenza, formatasi nel vigore del d.lgs. n. 163/2006*”², aveva dato una lettura del consorzio stabile in combinato disposto con l'istituto dell'avvalimento, sostenendo che il modulo del consorzio stabile concretizza un'impresa operativa che fa leva sulla causa mutualistica e realizza una particolare forma di avvalimento che poggia direttamente sul patto consortile e sulla causa mutualistica. Tali connotati del modulo organizzativo e gestionale consentono al consorzio di avvalersi di qualsiasi contributo (in termini di requisito) dei consorziati, senza dover ricorrere all'avvalimento, fermo restando che, in alternativa, il consorzio può qualificarsi con requisiti posseduti in proprio e direttamente”³.

2. – Nel prendere in considerazione il dato letterale, appare evidente la prima grande variazione sistematica dell'articolato normativo, il quale, nella formulazione attuale, individua una bipartizione in relazione alla facoltà di spendita dei requisiti da parte dei consorzi, strutturando una diversificazione in base alla tipologia di consorziata di cui si intende utilizzare la qualificazione. Nello specifico si effettua una distinzione tra le consorziate designate e quelle non designate, ammettendo l'utilizzo diretto dei requisiti di qualificazione delle consorziate designate da parte del consorzio senza necessità di alcun formalismo ulteriore rispetto alla designazione; diversamente i requisiti delle consorziate non designate potranno essere oggetto di spendita da parte del consorzio solamente previo avvalimento. Anche tale modifica è stata recepita direttamente dal Parere del Consiglio di Stato e ha quale finalità quella di differenziare il trattamento giuridico dei requisiti sulla scorta della tipologia di consorziata di cui si richiedono i requisiti⁴.

¹ Parere Cons. Stato, 30-3-2017, n. 00782, 31.

² Tra le altre si vd. Cons. St., III, 19.11.2014 n. 5689; Tar Campania – Salerno, I, 25.5.2016 n. 1296; Tar Veneto, I, 8.4.2016 n. 362; Tar Veneto, 12.2.2016 n. 138.

³ Parere Cons. Stato, 30-3-2017, n. 00782, 30.

⁴ Parere Cons. Stato, 30-3-2017, n. 00782, 30: “*Peraltro, nella relazione illustrativa si dà una lettura della disposizione che non sembra cogliersi dalla sua lettera: si legge infatti nella relazione: “allo scopo di evitare che sia messa a disposizione di terzi la somma dei requisiti dei singoli consorziati, ossia che altri possano usufruire della qualificazione riservata ai consorzi stabili, è pre-*

In tale ambito, però, non vengono specificate le formalità necessarie al fine di permettere al consorzio stabile la spendita dei requisiti della consorziata non designata a titolo di avvalimento: il generico riferimento all'istituto designato all'art. 89 d.lgs. 50 del 2016 parrebbe riferirsi alla necessaria predisposizione di tutti i formalismi indicati in tale norma, trattando il consorzio non designato al pari di una qualsiasi impresa terza rispetto al concorrente, senza lasciare spazio alla possibilità di procedere all'avvalimento attraverso una semplice dichiarazione unilaterale sostitutiva dell'impresa ausiliaria. In tal senso è opportuno evidenziare che tale facoltà non è stata riprodotta nell'ambito dell'art. 89 d.lgs. 50 del 2016, il che dovrebbe indurre a ritenere che non abbia più spazio la deroga già prevista all'obbligo di produrre il contratto di avvalimento per il caso di sua formalizzazione tra soggetti societari appartenenti ad un medesimo gruppo, come disciplinato ai sensi dell'art. 49, comma 2, lett. g) dell'abrogato d.lgs. n. 163 del 2006⁵. In particolare, non si ravviserebbe alcuna deroga per l'ipotesi di avvalimento infragruppo nell'art. 89 del Codice, nell'esclusiva previsione del generale obbligo di allegare unicamente il contratto di avvalimento (ultimo cpv. comma 1)⁶. Ciononostan-

visto che, solo nel caso in cui il consorzio stabile si qualifichi con requisiti propri, questi possa divenire impresa ausiliaria". Non sembra che tale sia il significato della norma, laddove l'avvalimento sembra riferirsi non ai requisiti maturati in proprio dal consorzio, ma a quelli dei singoli consorziati. Non essendo chiare le finalità perseguite dalla novella, che non si evincono dalla relazione illustrativa, in modo univoco e coerente con il testo di legge, si invita il Governo a chiarire il significato della norma, ovvero ad accogliere una soluzione in linea con quella elaborata dalla giurisprudenza e che prescinde dalla distinzione tra primi cinque anni di vita del consorzio e periodo successivo".

⁵ L'art. 49, comma 2, lett. g), d.lgs. n. 163 del 2006, prevedeva che "nel caso di avvalimento nei confronti di un'impresa che appartiene al medesimo gruppo in luogo del contratto di cui alla lettera f) l'impresa concorrente può presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo, dal quale discendono i medesimi obblighi previsti dal comma 5".

⁶ TAR Roma, 09.05.2017, n. 5545: *Il Collegio ha ritenuto che il comma 1, ultimo periodo dell'art. 89 del nuovo Codice Appalti – a mente del quale "il concorrente allega, altresì, alla domanda di partecipazione in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto" – trovi applicazione anche nel caso di specie senza che a ciò osti né il fatto che si tratti di un avvalimento infragruppo [...]. In proposito sono stati valorizzati i seguenti profili normativi (anche con riferimento al passaggio dal vecchio al nuovo Codice) e sistematici:*

a) ai sensi dell'art. 49, comma 2, lett. g) dell'abrogato d.lgs. n. 163 del 2006, era in effetti

te, nella valutazione di tale questione, occorre considerare il rapporto organico che lega il consorzio con le proprie consorziate, stante il contratto di tipo associativo che lega tali persone giuridiche, caratterizzate oggettivamente come strutture imprenditoriali finalizzate ad operare in modo congiunto nel settore degli appalti. La stretta correlazione che si è voluta imporre tra il consorzio e le proprie consorziate, nell'ambito della qualificazione di cui all'art. 47 del Codice, deve essere riprodotta, seppure con gli opportuni accorgimenti, in tale ambito: lo stretto formalismo in tema di avalimento richiamato all'art. 89 del Codice mal si giustificerebbe con l'apertura mostrata dalla normativa in tema di spendita dei requisiti nell'ambito dei consorzi stabili. Le ragioni di tale impostazione, d'altronde, sono evidenti avuto riguardo all'onere funzionale (indiretto) della consorziata ausiliaria di mettere a disposizione del consorzio concorrente le risorse necessarie, proprio in ragione al rapporto mutualistico-societario tra tali compagini, per la cui comprova sarebbe sufficiente semplicemente una dichiarazione unilaterale attestante il legame giuridico esistente e i requisiti oggetto di avalimento. La semplifica-

previsto che “nel caso di avalimento nei confronti di un'impresa che appartiene al medesimo gruppo in luogo del contratto di cui alla lettera f) l'impresa concorrente può presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo, dal quale discendono i medesimi obblighi previsti dal comma 5”;

b) nessuna norma di analogo tenore trova oggi collocazione nel nuovo Codice degli Appalti Pubblici, il che deve indurre a ritenere che non abbia più spazio la deroga già prevista all'obbligo di produrre il contratto di avalimento per il caso di sua conclusione tra soggetti societari appartenenti ad un medesimo gruppo (fattispecie nella quale il previgente art. 49 cit., considerava invece sufficiente “una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo”);

c) in particolare, non si rinviene alcuna deroga per l'ipotesi di avalimento infragruppo nell'art. 89 d.lgs. n. 50/2016 che oggi detta la disciplina fondamentale dell'avalimento, prevedendo il generale obbligo di allegare il relativo contratto; né la deroga previgente può dirsi espressione di un particolare principio eurounitario di primaria rilevanza o cogente, trattandosi di disposizione (lett. g) del “vecchio” art. 49) che mirava semplicemente ad attenuare l'onere dimostrativo nelle situazioni in cui si poteva presumere una convergenza di interessi tra più soggetti, ai fini della messa a disposizione di un requisito dell'uno di cui l'altro fosse carente;

[...]

e) siffatta deroga va invero negata se si pensa che, per coerenza ermeneutica, si dovrebbe anche escludere l'applicabilità del quarto periodo del comma 1, che impone necessariamente di depositare la dichiarazione dell'ausiliaria, adempimento certamente non derogabile, non essendo altrimenti ipotizzabile altro documento idoneo a comprovare il rapporto di avalimento e costituendo la suddetta dichiarazione “da sempre” la prova principale del rapporto di avalimento, anche nel regime previgente.

zione formalistica si giustificerebbe sulla scorta della sussistenza di un “avvalimento strutturale” *ex ante*, il quale troverebbe la propria causa esterna nell’ambito del rapporto sociale tra consorzio stabile e consorziata, di talché non necessiterebbe di un ulteriore atto formale (il contratto) a comprova di un rapporto già radicato in sé: il rapporto mutualistico sociale generale assorbirebbe lo specifico rapporto contingente di spendita dei requisiti. Pertanto, l’avvalimento sarebbe connaturato ai rapporti tra consorzio e consorziata, ma se per la consorziata designata tale aspetto è in *re ipsa* rispetto alla designazione, non necessitando di ulteriori formalismi, nel caso della consorziata non designata la spendita dei requisiti necessiterebbe di un formalismo, seppure inferiore rispetto ai casi di avvalimento tra imprese terze⁷.

In ossequio a tale principio di uniformità sostanziale della struttura sociale e della finalità mutualistica che lo caratterizza sembrerebbe pertanto opportuno riconoscere che l’avvalimento tra imprese consorziate possa concretizzarsi a prescindere da un formale contratto di avvalimento, bensì sulla base di una mera dichiarazione unilaterale di impegno dell’impresa ausiliaria, analogamente a quanto consentito nel caso di avvalimento infragruppo.

Tale formulazione è stata d’altronde suggerita dalla stessa ANAC nell’ambito della Proposta al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti finalizzata all’adozione del decreto di cui all’art. 83, comma 2, del d.lgs. 50/2016, nella parte relativa ai casi e alle modalità di avvalimento. All’interno di tale documento viene proposta una semplificazione formale rispetto a talune tipologie di avvalimento, ove specifici rapporti sociali intercorrano tra concorrente e ausiliaria: nello specifico si indica che “*nei casi di avvalimento infragruppo e di avvalimento tra imprese consorziate di cui all’art. 47, comma 2, del codice, le informazioni riportate al comma 1 devono risultare dalla dichiarazione unilaterale dell’impresa ausiliaria di cui all’art. 89, comma 1, anche con riferimento alla durata dell’impegno dalla stessa assunto*”. In tal senso, l’emanando decreto del MIT, ove stabilisse di seguire la modalità operativa proposta dall’Autorità, non solo riprodurrebbe un passaggio normativo di fatto eliso all’interno del nuovo Codice, ma amplierebbe anche ai consorzi, e non solo alle società infragruppo, la semplificazione prevista nel previgente art. 49, comma 2, lett. g), d.lgs. n. 163 del 2006, in tema di oneri documentali in materia di avvalimento.

⁷Per argomentazioni sul punto v. TRGA Bolzano, 14.03.2017, n. 99.

3. – Ulteriore modifica di rilievo sostanziale, rispetto alla versione dell'art. 47 del Codice precedente al correttivo, è stata quella di eliminare il riferimento temporale entro cui permettere la spedita dei requisiti delle consorziate esecutrici da parte del consorzio. In tal senso non sussiste più il limite quinquennale della previgente normativa, comportando una evidente apertura del legislatore in relazione all'utilizzo dei requisiti delle consorziate designate, che potrà pertanto avvenire senza limiti temporali. Anche tale formulazione è stata modificata sulla scorta delle osservazioni del Parere Consiglio di Stato del 30 marzo 2017, all'interno del quale si legge che “*si invita il Governo a chiarire il significato della norma, ovvero ad accogliere una soluzione in linea con quella elaborata dalla giurisprudenza e che prescinde dalla distinzione tra primi cinque anni di vita del consorzio e periodo successivo*”⁸. Pare evidente che tale concessione, a livello ermeneutico, debba essere letta in combinato con le precedenti valutazioni in merito alla bipartizione delle modalità di spendita dei requisiti sulla scorta della designazione della consorziate per la fase esecutiva: in tale ambito si può cogliere che l'elisione del limite temporale si sia reso necessario alla luce dell'organicità complessiva della norma. La versione “corretta”, quindi, non conferisce alcun rilievo alla data di costituzione del consorzio, in quanto si è preferito attribuire rilevanza al ruolo che la “ausiliaria” riveste durante fase esecutiva, piuttosto che all'ambito temporale.

4. – Tra le ulteriori variazioni introdotte dal decreto correttivo, in tema di qualificazione dei consorzi, è opportuno denotare un significativo ampliamento di tale disciplina attraverso un richiamo anche ai consorzi *ex art. 46*, comma 1, lettera f), d.lgs. 50 del 2016. Nello specifico ci si riferisce ai “consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria, anche in forma mista, formati da non meno di tre consorziati che abbiano operato nei settori dei servizi di ingegneria ed architettura”. Tale disposizione è stata introdotta in accoglimento della proposta del Parere del Consiglio di Stato del 30 marzo 2017, la quale in commento all'art. 46 del codice chiariva che “*Si stabilisce inoltre che ai predetti consorzi non si applicano le disposizioni di cui all'art. 47, relative ai requisiti per la partecipazione dei consorzi alle gare. [...] Per una migliore comprensione della portata dell'innovazione si suggerisce di for-*

⁸ Parere Cons. Stato, 30-3-2017, n. 00782, 30.

*mulare una dizione più chiara e precisa, anche in coordinamento con la nuova dizione dell'art. 47*⁹. Tale estensione sistematica di disciplina risulta quantomeno opportuna stante l'omogeneità strutturale delle due tipologie di consorzio, di cui agli articoli 45, comma 2, lettera c), e 46, comma 1, lettera f), i quali non presentano particolari differenze sotto il profilo oggettivo-sostanziale in tema di rapporto mutualistico, quanto semmai semplicemente sotto il profilo formale, per quanto attiene ai soggetti che ne caratterizzano l'ambito soggettivo.

In relazione ai criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite dal consorzio e dalle consorziate, per quanto attiene alla imputabilità della fase esecutiva, si segnala che l'ANAC, nell'ambito della Proposta al Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti finalizzata all'adozione del decreto di cui all'art. 83, comma 2, del d.lgs. 50/2016, ancora in consultazione, in un'ottica di continuità con il regime previgente ha preferito solcare la via già segnata dall'art. 86, comma 8, del D.P.R. 207/2010, il quale prevede che, *“ai fini della qualificazione, l'importo dei lavori appaltati al consorzio di imprese artigiane, al consorzio di cooperative e al consorzio stabile è attribuito sulla base di una deliberazione del consorzio stesso al consorzio ed eventualmente al consorziato esecutore secondo le percentuali previste dall'art. 85”*¹⁰. Tale modello operativo, in realtà, è coerente con l'intera proposta dell'ANAC, ancora in consultazione, la quale in gran parte ha preferito riprendere i principi direttivi indicati dal regolamento D.P.R. n. 207 del 2010, in spirito di continuità con il previgente sistema di qualificazione.

In tema di modifiche letterali è opportuno notare la variazione lessicale che ha comportato l'inserimento all'interno dell'articolo 47 del Codice della dicitura *“requisiti di qualificazione”* in sostituzione dei *“requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi”*. Sarebbe ardito circostanziare con esattezza le ragioni alla base di tale modifica, ma sembrerebbe riferirsi ad una variazione rilevante sotto il profilo meramente terminologico e non inerente al profilo sostanziale. Difatti la specificazione sembrerebbe apportata semplicemente al fine di rendere più generico l'ambito applicativo dell'art. 47, riferendolo

⁹ Parere Cons. Stato, 30-3-2017, n. 00782, 29.

¹⁰ ANAC, *Proposta finalizzata all'adozione del decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti di cui all'art. 83, comma 2, del d.lgs. 50/2016 avente ad oggetto il sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro*, Documento in consultazione, 27.

non solo nell'ambito dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi, bensì genericamente a tutti i requisiti di qualificazione. Dovrebbe essere pertanto negata una lettura sostanzialistica della modifica, anche ove si volesse procedere ad una meticolosa ricognizione letterale del secondo periodo dell'articolo 47, comma 2, del Codice, il quale recita “*Con le linee guida dell'ANAC (rectius decreto del MIT) di cui all'articolo 84, comma 2, sono stabiliti, ai fini della qualificazione, i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni*”. Tale ultimo passaggio, stante il richiamo all'art. 84 del Codice e al relativo sistema di qualificazione per i lavori, avrebbe potuto all'estremo far ritenere che predetta variazione terminologica abbia avuto la finalità di restringere il campo di applicazione del comma 2 dell'art. 47 solamente ai lavori e non anche ai servizi e alle forniture: ciò creerebbe un evidente vuoto normativo oltre ad una ingiustificata, ed ingiustificabile, discriminazione in relazione alla tipologia di appalto. Sarebbe d'altronde illogico limitare le modalità di spendita dei requisiti delle consorziate da parte dei consorzi solamente in occasione di lavori, lasciando le ipotesi di appalti di servizi e forniture prive di un'opportuna disciplina. In definitiva sembra che tale modifica si palesi semplicemente quale variazione terminologica e non anche finalizzata ad un effetto preclusivo sostanziale.

5. – Esaurita la trattazione sotto il profilo delle modifiche formali e sostanziali apportate dal correttivo all'art. 47 del Codice, risulta opportuno completare la presente nota con l'illustrazione di alcune problematiche operative connesse con l'articolo novato.

Come prima questione è evidente che l'attuale versione dell'art. 47, comma 2, non richiama espressamente i consorzi tra società cooperative di produzione e lavoro tra imprese artigiane di cui all'art. 45, comma 2, lett. b), del Codice. La previsione risulta quantomeno singolare visto che tale tipologia di consorzi nella disciplina sistematica del Codice degli appalti viene sostanzialmente parificata ai consorzi stabili di cui all'art. 45, comma 2, lett. c). Diversi sono gli esempi attestanti l'uniformità delle discipline riferibili a tali tipologie di consorzi, basti pensare a livello esemplificativo ai richiami congiunti in tema di qualificazione all'art. 47, comma 1, il quale dispone che “*I requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei sog-*

getti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi con le modalità previste dal presente codice, 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". Medesime considerazioni, in tema di uniformità delle rispettive discipline, possono svilupparsi dalla lettura dell'art. 48, comma 7, del Codice in materia di limiti di designazione delle consorziate esecutrici e di partecipazione delle medesime alle procedure di gara¹¹. Pari rilievi possono desumersi anche dalla formulazione del nuovo comma 7-bis¹², dell'art. 48, in ambito di sostituzione della consorziate designata per l'esecuzione rispetto a quella indicata in sede di gara, nonché avuto riguardo al nuovo comma 19-bis¹³ riguardante l'estensione della disciplina dell'art. 48, commi 17, 18 e 19, anche ai consorzi di cui all'art. 45, comma 2, lettere b), c) ed e). La lettura complessiva di tali norme sembra conferma la predisposizione sistematica del Codice rispetto ad una disciplina congiunta applicabile ai consorzi stabili e a quelli tra società cooperative di produzione e lavoro tra imprese artigiane. Pertanto risulta complesso stabilire con esattezza se tale mancato richiamo sia stato intenzionale, al fine di escludere la portata applicativa dell'art. 47, comma 2, del Codice anche ai consorzi di cui all'art. 45, comma 2, lett. b), ovvero se si tratti semplicemente di una dimenticanza del legislatore. A corredo di tali valutazioni è opportuno segnalare che all'interno di una versione preparatoria di decreto correttivo, precedente rispetto a quella entrata in Consiglio dei Ministri del 12.04.2017, sembrerebbe che fosse stato

¹¹ Art. 48, comma 7, d.lgs. 50 del 2016: "I consorzi di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara; in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio sia il consorziato; in caso di inosservanza di tale divieto si applica l'articolo 353 del codice penale".

¹² Art. 48, comma 7-bis, d.lgs. 50 del 2016: "È consentito, per le ragioni indicate ai successivi commi 17, 18 e 19 o per fatti o atti sopravvenuti, ai soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), designare ai fini dell'esecuzione dei lavori o dei servizi, un'impresa consorziate diversa da quella indicata in sede di gara, a condizione che la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere in tale sede la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziate".

¹³ Art. 48, comma 19-bis, d.lgs. 50 del 2016: "Le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche con riferimento ai soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b), c) ed e)".

inserito anche il riferimento ai consorzi di cui alla lett. b) all'interno dell'art. 47 comma 2, salvo in seguito eliminare il riferimento in fase di approvazione del medesimo decreto. Nonostante ciò possa motivare il mancato richiamo quale atto di volontà del legislatore, l'incongruenza sistematica complessiva dovrebbe comunque condurre a ritenere che tale omissione si attesti semplicemente quale mera dimenticanza.

Infine è di immediato rilievo il mancato coordinamento di tale articolo, al comma 2, rispetto alla variazione apportata dal correttivo all'articolo 83, comma 2, del Codice. Il richiamo effettuato alle "*linee guida ANAC di cui art. 84 comma 2*" all'interno dell'art. 47 comma 2 non è stato difatti coordinato con le modifiche apportate dal correttivo in tema di strumento giuridico necessario al fine di istituire il sistema di qualificazione in questione: difatti attualmente sia l'articolo 83 comma 2, esplicitamente, sia l'art. 84 comma 1, in maniera meno evidente ma sistematicamente evidente, dispongono che il sistema di qualificazione per i lavori verrà predisposto attraverso un "*decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti da adottare, su proposta dell'ANAC*" e non anche attraverso le linee guida ANAC di cui alla precedente versione del Codice. L'evidente incongruenza letterale, associata alla necessità di rendere omogeneo il sistema normativo sul punto, non lasciano spazio ad interpretazioni differenti rispetto al mero refuso letterale, senza lasciare spazio a letture sostanzialiste di tale mancata uniformità letterale.

Alla luce delle considerazioni esposte, preso atto delle modifiche apportate all'articolo in commento dal d.lgs. n. 56 del 2017, nonché delle piccole incongruenze sistematiche sopravvenute, si può con approssimazione affermare che l'intervento correttivo ha avuto un rilievo in buona parte positivo. Tale affermazione non si fonda esclusivamente avuto riguardo all'ampio, e opportuno, rilievo che tale decreto ha attribuito, specificamente in relazione all'art. 47 del Codice, alle osservazioni del Parere del Consiglio di Stato n. 782 del 2017, quanto piuttosto alla complessiva opera di razionalizzazione del sistema di spendita dei requisiti di qualificazione da parte delle differenti tipologie di consorzi, con particolare rilievo ai rapporti intercorrenti tra consorzio e consorziate, i quali oltre ad essere stati distinti sotto il profilo soggettivo, sulla scorta dell'avvenuta designazione per l'esecuzione dell'opera, hanno ricevuto un inquadramento definitivo prescindendo dal (iniquo) fattore temporale.

Ciò rilevato, non è ad oggi possibile completare la lettura sistematica della normativa in tema di qualificazione dei consorzi, stante la mancata elaborazione di diversi atti attuativi complementari, ma decisivi, al fine di completare il quadro normativo di riferimento.

In conclusione, nonostante il superamento di alcune iniquità e il tentativo di razionalizzazione del sistema di rapporti tra consorzi e consorziate, valutazioni maggiormente circostanziate potranno essere compiute solamente con la pubblicazione del decreto del MIT di cui all'articolo 84, comma 2, del Codice e del relativo sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro.

Abstract

The author examines the amendment to the Procurements Code introduced by the “corrective” Legislative Decree n° 56 issued on the 19th of April 2017. He focuses on the revision of the art. 47, paragraph 2, of Legislative Decree n° 50/2016 and its amendments regarding the consortia qualification and their relationship with the cooperative company. With a logical and systematic reading of the regulatory, the author argues about problems of implementation of the new legislation.