

**Problematiche relative ai consorzi stabili (art. 12 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni)**

Determinazione del 29 ottobre 2003

*Considerato in fatto*

Sono pervenute a questa Autorità, molteplici richieste di chiarimenti in ordine al complesso tema dei consorzi stabili, come di seguito rappresentate.

- 1) Una prima problematica è afferente alla durata quinquennale del vincolo consortile disposta dall'articolo 12 della legge 109/94 e successive modificazioni, in ordine alla quale è stato chiesto se il vincolo quinquennale non comporti il divieto di recesso del consorziato dal consorzio stabile, prima dello scadere di detto periodo; al riguardo è stato osservato, infatti, che appare difficile sostenere che il recesso di un socio o la sua esclusione per causa previste dallo statuto prima del quinquennio, possano determinare la "non attestabilità del consorzio", atteso che l'indagine della S.O.A. investirebbe fatti meramente privatistici, quali l'esistenza o meno di controversie attuali o potenziali tra consorzio e consorziati.
- 2) In ordine all'attestazione dei consorzi stabili, fondata sul sistema della "media ponderale della durata delle attestazioni dei consorziati", indicato dall'Autorità con comunicato S.O.A. n. 9/2001, antecedente alle modifiche introdotte nella legge n. 109/94 e successive modificazioni dalla legge n. 166/2002, è stato osservato che tale orientamento, appare macchinoso, presupponendo che la durata dell'attestazione del consorzio stesso, debba essere rideterminata ogni qualvolta venga modificata la compagine consortile. Problematica, questa, che risulta ulteriormente complicata dal nuovo regime della durata dell'attestazione e dell'obbligo di revisione triennale: in un regime "ponderale" entrambe le nuove soglie, triennale e quinquennale, risulterebbero variabili; a ridosso di tali scadenze l'ingresso di un nuovo socio con lunga durata residua dell'attestazione comporterebbe lo slittamento dell'obbligo di revisione e del rinnovo dell'attestazione, mentre l'ingresso di un socio la cui attestazione stia per scadere, determinerebbe una ulteriore anticipazione degli stessi adempimenti.
- 3) Altra problematica riguarda il consorzio stabile, in possesso di iscrizioni in categorie impiantistiche, che possa ritenersi abilitato, ex articolo 2 della legge n. 46/90 a rilasciare la dichiarazione di conformità di cui all'articolo 7 della legge stessa; al riguardo, è stato chiesto se sia sufficiente l'abilitazione da parte di uno dei consorziati ovvero se tale abilitazione debba essere posseduta da un preposto al consorzio (quale il direttore tecnico).

- 4) È stato inoltre chiesto, in ordine ai soggetti legittimati a costituire o partecipare ad un consorzio stabile, se sia possibile per un consorzio di imprese artigiane nonché per i consorzi di cooperative partecipare al consorzio *de quo*.
- 5) Diversi quesiti riguardano, infine, la partecipazione dei consorzi stabili alle gare d'appalto, con particolare riferimento al divieto di cui all'articolo 12, comma 5, della legge 109/94 e successive modificazioni, ai sensi del quale non è consentita la partecipazione contemporanea del consorzio e del consorziato alla medesima gara. In ragione di tale divieto, sono stati posti i seguenti quesiti:
  - a) se può un consorziato che ha concorso alla stessa gara cui ha partecipato il consorzio stabile, rendersi successivamente assegnatario di tutti o parte dei lavori acquisiti dal consorzio;
  - b) se un'impresa che abbia partecipato alla stessa gara aggiudicata ad un consorzio stabile, divenuta successivamente socia di quest'ultimo, possa divenire affidataria dei lavori;
  - c) se può un'impresa socia rendersi subappaltatrice del consorzio assegnatario;
  - d) se i consorzi stabili possono concorrere in raggruppamento con un proprio consorziato;
  - e) quali conseguenze può avere la presenza negli organi amministrativi di un consorzio stabile di titolari o di rappresentanti o di direttori tecnici di imprese consorziate se queste intendano concorrere alle gare in concorrenza con il proprio consorzio, e se il divieto di partecipazione congiunta debba estendersi, oltre che alle imprese assegnatarie, anche a quelle che risultino rappresentate nell'organo amministrativo del consorzio;
  - f) se è ammissibile che una società consorziata possa partecipare da sola, in contemporanea con il consorzio, spendendo esclusivamente il proprio nome, ovvero se il consorzio prima di partecipazione alla gara, può indicare solo alcune delle società consorziate, di modo che un'altra società altrimenti consorziata, ma non menzionata in sede di gara, partecipi da sola.

Stante l'interesse ed il rilievo delle problematiche sopra richiamate si è proceduto alla loro pubblicazione nel *forum*, al fine di acquisire al riguardo le valutazioni dei soggetti firmatari dei protocolli di intesa con questa Autorità.

Alla scadenza del termine stabilito l'ANCE ha fatto pervenire le proprie valutazioni.

Successivamente è stata sollevata l'ulteriore problematica relativa alla necessità o meno, ai fini della qualificazione del consorzio stabile, che tutte le imprese consorziate siano in possesso dell'attestazione di qualificazione, manifestando il convincimento che si debba dare risposta positiva nel senso che tutte debbano essere qualificate, stante il dato letterale dell'articolo 12, comma 8 *ter*, primo periodo, della legge n. 109/1994 e dell'articolo 20, primo periodo, del DPR n. 34/2000, che sostanzialmente coincidono.

*Considerato in diritto*

*In ordine alla problematica di cui al punto 1, relativa alla durata quinquennale del vincolo consortile, sembra pacifico che tale vincolo non comporta divieto di scioglimento del consorzio stabile entro il quinquennio. L'articolo 12, comma 2, della legge n. 109/94, infatti, prevede espressamente l'ipotesi dello scioglimento, consentendo la ripartizione tra i consorziati dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi maturati a favore del consorzio, secondo criteri stabiliti dal regolamento (DPR n. 554/1999, art. 97), purché ciò avvenga non oltre sei anni dalla data di costituzione.*

*Le norme nulla dicono, invece, in ordine al recesso del singolo consorziato.*

*Al riguardo si osserva che l'assenza di un espresso "divieto di recesso" del singolo consorziato dal consorzio stabile prima dello scadere del quinquennio e l'impossibilità, in ogni caso, di precludere il recesso per giusta causa o la risoluzione per eventuale inadempimento dei consorziati, trattandosi di istituti a carattere inderogabile, indurrebbero a ritenere inammissibile che la S.O.A. consideri tali fatti preclusivi della qualificazione del consorzio stesso. Ciò, peraltro richiederebbe da parte della S.O.A. un'indagine su aspetti privatistici, quali l'esistenza o meno di controversie attuali o potenziali tra consorzio e consorziati che sembra priva di qualsiasi fondamento giuridico.*

*Ovviamente resta fermo che, atteso quanto disposto dall'Autorità nel Comunicato alle S.O.A. n. 9 del 14 giugno 2001 nonché del rispetto del numero minimo dei tre consorziati, verificandosi, per effetto del recesso "una variazione dei soggetti consorziati, corre l'obbligo per il consorzio stabile di richiedere l'adeguamento dell'attestazione posseduta" al nuovo assetto del consorzio.*

Con riguardo alle problematiche relative al sistema di attestazione dei consorzi stabili, di cui al punto 2 deve preliminarmente rilevarsi che in base al nuovo articolo 12, comma 8 *ter*, della legge n. 109/94, come modificato dalla legge n. 166/2002, i consorzi *de quibus* si qualificano sulla base delle "qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate", secondo le modalità ivi indicate.

La citata disposizione legislativa, coincide sostanzialmente con quanto previsto dalla norma regolamentare di cui all'art. 20, primo periodo, del DPR n. 34/2000, che per questa via è elevata al rango di norma primaria.

In tal modo, pertanto, anche per espressa disposizione legislativa, è la qualificazione della singola impresa consorziate ad acquisire una posizione di centralità nell'ambito del sistema di qualificazione del consorzio stabile.

Alla luce di quanto sopra, il sistema della "media ponderale della durata delle attestazioni dei consorziati", indicato da questa Autorità nel Comunicato S.O.A. n. 9 del 14 giugno 2001 in base al quale la data di scadenza dell'attestazione del consorzio stabile deve coincidere con la media ponderale calcolata con riferimento ai periodi di residua validità delle attestazioni ed ai relativi importi di classifica - sembra non più compatibile con il rafforzato ruolo della qualificazione della singola impresa, che non consente il verificarsi di ipotesi in cui la scadenza dell'attestazione rilasciata al consorzio stabile, risulti successiva a quella di alcune delle consorziate.

Se infatti, si pone l'accento sulle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate, anche con specifico riferimento ai tempi di validità delle loro attestazioni, è evidente che costituisce una incongruenza il rilascio ad un consorzio stabile di un'attestazione la cui validità temporale è *a priori* superiore a quella di una o più consorziate.

Sembra, pertanto, più corretto prevedere che la durata dell'efficacia della qualificazione sia pari a quella di legge e cioè cinque anni con l'obbligo di sottoporre la stessa alla prescritta verifica triennale in ordine al mantenimento dei requisiti di ordine generale nonché del possesso di requisiti di capacità strutturale. Va rilevato che, per i consorzi stabili, la verifica del possesso della capacità strutturale non può che essere il riscontro della permanenza nelle imprese consorziate delle qualificazioni che hanno consentito il rilascio dell'attestazione originaria. Va inoltre osservato che qualora l'efficacia dell'attestazione di uno o più consorziati scada (*scadenza intermedia*) prima dei suddetti termini (*tre anni e cinque anni*) - come pure nei casi di variazione di classifica o di categorie delle attestazioni dei consorziati o di variazione dei soggetti consorziati - non può non correre l'obbligo per il consorzio di richiedere alla S.O.A. l'adeguamento dell'attestazione.

Ai fini di fornire alle stazioni appaltanti le necessarie informazioni sulla validità dell'efficacia dell'attestazione, questa deve riportare la data di *scadenza intermedia* qualora essa sia di data precedente a quella di verifica triennale e - per le attestazioni rilasciate in sede di verifica triennale o dopo la suddetta verifica - qualora essa sia di data precedente l'efficacia quinquennale dell'attestazione.

Gli adeguamenti comportano il pagamento di una tariffa in misura pari a quella stabilita per le variazioni dei requisiti di ordine speciale nella determinazione dell'Autorità n. 40/2000 del 27 luglio 2000.

In ordine alla problematica di cui al *punto 3*, connessa all'abilitazione di cui alla legge n. 46/90, deve preliminarmente rilevarsi che nella deliberazione n. 108 del 17 aprile 2002, l'Autorità, nel precisare che l'abilitazione *de qua* non costituisce requisito di partecipazione alle gare d'appalto, ma requisito da dimostrare in fase esecutiva, ha stabilito che il possesso di detta abilitazione può essere comprovato nei seguenti modi: 1) mediante produzione del certificato della Camera di Commercio, ovvero di attestazione SOA per le categorie OG9, OG10, OG11, OS3, OS4, OS5, OS9, OS14, OS16, OS17, OS19, OS22, OS27, OS28 e OS30 che, come recentemente stabilito nella deliberazione n. 269 del 15 ottobre 2003, ha di per se stessa valenza abilitativa all'esercizio delle attività disciplinate dall'articolo 1, comma 1, della legge n. 46/90, ora articolo 107 del Testo unico dell'edilizia (DPR 6 giugno 2001, n. 380); 2) oppure l'impresa esecutrice, in fase esecutiva, propone come responsabile delle attività in questione un tecnico in possesso dei relativi prescritti requisiti.

Con particolare riferimento ai consorzi, invece, nel citato Comunicato S.O.A. n. 9 del 14 giugno 2001, è stato stabilito che i consorzi stabili, i consorzi di cooperative, i consorzi tra imprese artigiane, possono dimostrare il possesso dell'abilitazione prevista dalla legge 46/90 con la presenza nella direzione tecnica o nello staff tecnico di una figura professionale in possesso della specifica abilitazione.

Dal coordinamento delle suddette pronunce deriva che il consorzio stabile può avvalersi, per la dimostrazione dell'abilitazione *de qua*, delle due modalità sopra indicate: conseguire la qualificazione, *ex* articolo 12 comma 8 *ter*, nelle categorie attinenti alle lavorazioni di cui all'articolo 1 della legge n. 46/90, oppure avvalersi, in sede di esecuzione, di un'impresa, appartenente alla propria compagine consortile, che proponga come responsabile delle attività in questione un tecnico in possesso dei relativi prescritti requisiti.

In quest'ultimo caso, tuttavia, occorre precisare che, poiché l'articolo 13 comma 4, della legge n. 109/94 stabilisce che i consorzi stabili devono indicare, in sede di offerta, per quali dei loro consorziati essi concorrono ed essendo questi di conseguenza quelli abilitati ad eseguire materialmente i lavori, tra gli stessi dovrà necessariamente essere incluso il consorziato che proponga come responsabile delle attività in questione un tecnico in possesso dei requisiti di cui alla legge n. 46/90, come sopra indicato.

Con riguardo alla problematica di cui al *punto 4*), relativa alla possibilità per un consorzio di imprese artigiane di partecipare ad un consorzio stabile, devono preliminarmente rilevarsi le differenze intercorrenti tra gli stessi: i consorzi di imprese artigiane sono soggetti per i quali la legge n. 109/94 e successive modificazioni ha ripristinato il ruolo primario delle imprese componenti il consorzio, a discapito del consorzio stesso; i consorzi stabili, invece, risultano caratterizzati da una propria autonomia rispetto alle imprese ad essi partecipanti, nonché dall'organizzazione comune e *stabile* d'impresa.

In particolare per questi ultimi l'articolo 10, comma 1, lettera c), della legge n. 109/94, stabilisce in maniera *tassativa* i soggetti legittimati a costituirli, ovvero "*imprese individuali, imprese artigiane, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro*"; dall'elenco *de quo* restano, pertanto, esclusi i consorzi di imprese artigiane ed i consorzi di cooperative. Conseguentemente, deve ritenersi che ad assumere la veste di consorziato di un consorzio stabile non possano essere i consorzi di imprese artigiane e i consorzi di cooperative.

Quanto sopra, anche alla luce delle differenze intercorrenti tra le due tipologie di consorzi in esame, tra le quali di preminente rilievo è il fatto che il consorzio stabile si presenta come *species* del consorzio con attività esterna di marca civilistica, da questo differenziandosi per la stabilità organizzativa e temporale; conseguentemente, la partecipazione di un consorzio di imprese artigiane e di un consorzio di cooperative ad un consorzio stabile rappresenterebbe, per questi, l'appartenenza ad una struttura con caratteristiche e vincoli giuridico/temporali estranei alla propria natura e disciplina giuridica.

In ordine alle problematiche sollevate al *punto 5* in merito al divieto, di cui all'articolo 12, comma 5, della legge n. 109/94, 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 articolo 12, comma 5, e di cui all'articolo 13, comma 4, della mede-

sima legge n. 109/94, 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'articolo 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'articolo 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'articolo 12, comma 5, della legge n. 109/94.

Sulla base di quanto sopra, deve ritenersi che il rapporto tra l'articolo 13, comma 4, e l'articolo 12, comma 5, della legge n. 109/94 e successive modificazioni, 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.

Ciò premesso, ed alla luce del divieto posto dall'articolo 12, comma 5, della legge n. 109/94, deve sicuramente darsi risposta negativa al quesito di cui al *punto 5*, lettera *a*), atteso che proprio in ragione del divieto *de quo*, non è ipotizzabile che un consorziato abbia partecipato contemporaneamente al consorzio stabile, di cui è parte, alla medesima gara, e che in seguito si renda assegnatario dei lavori aggiudicati a quest'ultimo.

Allo stesso modo, deve darsi risposta negativa anche al quesito di cui al *punto 5*, lettera *b*), atteso che l'articolo 13, comma 4, della legge n. 109/94 stabilisce che i consorzi di cui all'articolo 10, comma 1, lettere *b*) ed *c*), sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati concorrono; in tal modo, i consorziati esecutori potranno essere solo quelli indicati in sede di partecipazione alla gara. Conseguentemente, sembra inammissibile che un'impresa divenuta socia del consorzio solo in epoca successiva all'espletamento di quest'ultima, possa poi eseguire i lavori aggiudicati al consorzio stesso.

In considerazione della struttura del consorzio, dotato di una propria soggettività giuridica ed autonoma qualificazione, ed operante come *un'unica impresa*, anche riguardo al quesito di cui al *punto 5*, lettera *c*), deve darsi risposta negativa.

E', infatti, da ritenere inammissibile un eventuale rapporto di subappalto tra il consorzio stabile ed un proprio consorziato, proprio in ragione del rapporto di immedesimazione interorganica che lega il secondo al primo. Per la stessa motivazione deve escludersi che un consorziato esecutore dei lavori affidi in subappalto questi ultimi ad altro consorziato, in quanto en-

trambi appartenenti alla medesima struttura giuridica, quindi riconducibili ad un unico centro decisionale.

Diversa è l'eventualità che il consorzio affidi in subappalto i lavori a soggetti estranei alla compagine consortile, ed in possesso di adeguati requisiti; in tal caso, infatti, non sembrano sussistere motivi ostativi ed anzi l'articolo 12, comma 4, espressamente stabilisce che ai consorzi stabili si applicano le disposizioni dell'articolo 18 della legge n. 55/90 come modificato dall'articolo 34 della legge n. 109/94.

Sul quesito di cui al *punto 5*, lettera *d*), deve ulteriormente esprimersi parere negativo. La legge n. 109/1994, infatti, consente ai consorzi stabili di aderire a raggruppamenti temporanei di concorrenti, atteso che ai sensi dello stesso articolo 10, comma 1, lettera *d*), della legge n. 109/94, queste ultime possono essere costituite dai soggetti di cui alle lettere *a*), *b*), *c*), ovvero anche dai consorzi stabili. La norma nulla specifica in ordine all'eventualità che il consorzio stabile concorra in raggruppamento con un proprio consorziato. Tuttavia, una simile possibilità deve ritenersi esclusa atteso che ciò determinerebbe la somma delle qualificazioni del consorzio stabile con quelle del consorziato che, proprio in ragione del vincolo intercorrente tra i medesimi, sono già ricomprese in quelle del consorzio.

Le considerazioni svolte in ordine al divieto posto dall'articolo 12, comma 5, della legge n. 109/94, comportano che al quesito di cui al *punto 5*, lettera *e*) debba darsi risposta negativa in quanto la contemporanea partecipazione del consorzio e del consorziato, qualora siano presente le condizioni indicate nel quesito, potrebbe configurare una situazione di collegamento sostanziale, mentre assumono carattere assorbente nei riguardi del quesito di cui al *punto 5*, lettera *f*).

Per quanto riguarda, infine, l'ultimo quesito, concernente la necessità o meno, al fine della qualificazione del consorzio stabile, che tutte le imprese consorziate siano in possesso dell'attestazione di qualificazione, si osserva che l'articolo 12, comma 8 *ter*, primo periodo, della legge n. 109/94 recita "Il consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate". Tale enunciato normativo, introdotto nel corpo della legge n. 109/1994 dalla legge n. 166/2002, riproduce sostanzialmente il primo periodo dell'articolo 20 del DPR n. 34/2000 che recita "Il consorzio stabile è qualificato sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate".

Con riferimento all'articolo 20 del DPR n. 34/2000 l'Autorità ha già avuto modo di esprimere il proprio orientamento interpretativo nella determinazione n. 6 dell'8 febbraio 2001, chiarendo inequivocabilmente, al *punto 1. a*), che "tutte le imprese consorziate devono essere in possesso di attestazione di qualificazione".

Peraltro, anche alla luce delle nuove modalità di qualificazione dei consorzi stabili introdotte dal suddetto comma 8 *ter* dell'articolo 12, stante la sostanziale uguaglianza dei due richiamati enunciati normativi, non può che concludersi nel senso che ciascuna delle imprese consorziate concorre alla qualificazione del consorzio con la qualificazione singolarmente posseduta, attraverso il meccanismo sommatorio disciplinato nel citato articolo, e che,

pertanto, tutte le consorziate devono essere in possesso di attestazione di qualificazione.

Sulla base delle considerazioni svolte, al fine di garantire l'uniformità nell'applicazione della normativa in materia di consorzi stabili, l'Autorità è dell'avviso che:

- a) 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;
- b) la durata dell'efficacia dell'attestazione di qualificazione di un consorzio stabile è di cinque anni con l'obbligo di verifica triennale in ordine al mantenimento dei requisiti di ordine generale e di capacità strutturale; nel caso che l'attestazione di uno dei consorziati scada prima dei tre anni ovvero dei cinque anni (scadenza intermedia) - come pure nei casi di variazione di classifica o di categorie delle attestazioni dei consorziati o di variazione dei soggetti consorziati qualora esse comportino una riduzione della qualificazione posseduta - il consorzio deve richiedere alla S.O.A. l'adeguamento della propria attestazione;
- c) l'attestazione di un consorzio stabile deve riportare la data di *scadenza intermedia* qualora essa sia di data precedente a quella di verifica triennale e - per le attestazioni rilasciate in sede di verifica triennale o dopo la suddetta verifica - qualora essa sia di data precedente l'efficacia quinquennale dell'attestazione;
- d) gli adeguamenti comportano il pagamento di una tariffa in misura pari a quella stabilita per le variazioni dei requisiti di ordine speciale nella determinazione dell'Autorità n. 40/2000 del 27 luglio 2000 n. 40;
- e) il consorzio stabile può comprovare il possesso dell'abilitazione prevista dalla legge n. 46/90 conseguendo la qualificazione, *ex* articolo 12, comma 8 *ter*, della legge 109/94, nelle categorie OG9, OG10, OG11, OS3, OS4, OS5, OS9, OS14, OS16, OS17, OS19, OS22, OS27, OS28 e OS30 che ha di per se stessa valenza abilitativa all'esercizio delle attività disciplinate dall'articolo 1, comma 1, della legge n. 46/90, ora articolo 107 del Testo unico dell'edilizia, oppure avvalendosi, in sede di esecuzione, di un'impresa, appartenente alla propria compagine consortile che proponga come responsabile delle attività in questione un tecnico in possesso dei relativi prescritti requisiti;
- f) la possibilità per un consorzio di imprese artigiane o di un consorzio di cooperative di partecipare a consorzi stabili va esclusa sulla base dell'articolo 10 comma 1, lettera c) della legge quadro che, nell'elencare in maniera tassativa i soggetti legittimati a costituirli, non fa alcun riferimento ai consorzi di imprese artigiane e ai consorzi di cooperative;
- g) dal combinato disposto di cui all'articolo 13, comma 4, ed all'articolo 12, comma 5, della legge n. 109/94 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;
- h) in ragione del divieto posto dall'articolo 12, comma 5, della legge n. 109/94 non è consentito ad un consorziato che abbia partecipato alla medesima gara che si è aggiudicato il consorzio di cui fa parte, divenire successivamente assegnatario dell'esecuzione dei relativi lavori;
  - i) è da ritenersi inammissibile che un'impresa divenuta socia del consorzio solo in epoca successiva all'espletamento di una gara possa poi eseguire i lavori aggiudicati al consorzio stesso, in quanto dalla disposizione di cui all'articolo 13, comma 4, della legge n. 109/94, che prevede 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 concorrono, si evince che i consorziati esecutori potranno essere solo quelli indicati in sede di partecipazione alla gara;
  - j) è da ritenersi inammissibile un eventuale rapporto di subappalto tra il consorzio stabile ed un proprio consorziato, in ragione del rapporto di immedesimazione interorganica che lega il secondo al primo; per la stessa motivazione deve escludersi che un consorziato esecutore dei lavori affidi in subappalto questi ultimi ad altro consorziato;
  - k) è da ritenersi esclusa la possibilità che i consorzi stabili concorrano in raggruppamento con un proprio consorziato, atteso che ciò determinerebbe la somma delle qualificazioni del consorzio stabile con quelle del consorziato che, proprio in ragione del vincolo intercorrente tra i medesimi, sono già ricomprese in quelle del consorzio;
  - l) non possono partecipare, in via autonoma, alle gare cui partecipa il consorzio stabile quei consorziati i cui titolari, rappresentanti e direttori tecnici siano presenti nell'organo amministrativo del consorzio;
  - m) atteso che ciascuna delle imprese consorziate concorre alla qualificazione del consorzio con la qualificazione singolarmente posseduta, attraverso il meccanismo sommatorio previsto dall'articolo 12, comma 8 *ter*, della legge n.109/94, al fine della qualificazione di un consorzio stabile, tutte le consorziate devono essere in possesso di attestazione di qualificazione.

**Ulteriori indicazioni in materia di cessione del contratto stipulato tra impresa e S.O.A. per il conseguimento dell'attestazione di qualificazione e di variazioni minime dell'attestazione di qualificazione in corso di validità**

Determinazione del 5 novembre 2003

*Considerato in fatto*

Talune S.O.A. hanno rivolto all'Autorità alcuni quesiti in ordine alle problematiche di seguito evidenziate:

- A) ammissibilità o meno della cessione (*ex* articoli 1406 ss. codice civile) ad altra impresa del contratto stipulato tra S.O.A. ed impresa per il conseguimento dell'attestazione di qualificazione;
- B) variazione dell'attestazione in corso di validità attuata da una S.O.A. diversa da quella che ha provveduto al rilascio dell'originaria attestazione;
- C) riconducibilità o meno all'ipotesi di *variazione minima* (*ex* articolo 15, comma 8, del DPR n. 34/2000 e determinazione n. 40/2000) delle seguenti fattispecie;
  - 1) cessione/conferimento dell'impresa individuale, a seguito della morte del titolare, all'impresa costituita dagli eredi in forma societaria;
  - 2) donazione di impresa individuale con continuazione dell'esercizio da parte dei donatari in forma societaria.

Le questioni sono state sottoposte all'esame della Commissione Consultiva prevista dall'articolo 8, comma 3, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni e dall'articolo 5 del DPR n. 34/2000 del cui parere deve avvalersi l'Autorità per la definizione delle procedure e dei criteri che devono essere seguiti dai soggetti autorizzati nella loro attività di qualificazione.

La Commissione Consultiva ha espresso il proprio avviso nelle sedute del 21 marzo 2003 e del 14 luglio 2003.

L'Autorità, tenuto conto delle indicazioni e considerazioni del suddetto parere, definisce nella presente determinazione i criteri cui devono attenersi le S.O.A. nell'esercizio della propria attività di qualificazione.

*Considerato in diritto*

A) Quanto all'ammissibilità o meno di una cessione tra imprese del contratto di attestazione stipulato con una S.O.A.

Relativamente alla problematica indicata la soluzione non può prescindere dall'individuazione degli elementi costitutivi della fattispecie "cessione del contratto" disciplinata dagli articoli 1406-1410 codice civile, da raffrontare con le caratteristiche fondamentali del contratto di attestazione S.O.A./impresa. La cessione del contratto è un atto di autonomia privata con cui si realizza la successione *inter vivos* a titolo particolare di un terzo nella posizione contrattuale di uno dei contraenti originari (tra le tante, Cassazione Civile Sez. I, 2 giugno 2000, n. 7319).

L'effetto tipico della cessione del contratto - e della conseguente successione di un terzo ad una delle parti nella posizione contrattuale di quest'ultima - consiste nella produzione degli effetti del contratto oggetto di cessione non più tra il cedente ed il contraente ceduto, bensì tra il cessionario ed il contraente ceduto.

L'articolo 1406 codice civile individua i seguenti presupposti (condizioni di ammissibilità) della cessione:

- che abbia ad oggetto un contratto a prestazioni corrispettive
- che dette prestazioni non siano state ancora eseguite
- che il contraente ceduto assenta alla cessione.

Posto che nel contratto tra S.O.A. ed impresa l'ordinamento giuridico vigente non contiene alcun espresso divieto di cessione riferito al contratto di attestazione, al fine di verificare la possibilità o meno della cessione del contratto tra S.O.A. ed impresa, va osservato che dal quadro normativo (articolo 15 commi 2, 3, 5 ed 8 e articolo 26, comma 6 del DPR n. 34/2000) e dagli indirizzi interpretativi dell'Autorità (determinazione n. 40/2000; n. 50/2000; n. 6/2001; n. 5/2003) emerge, che sulla base dell'originaria disciplina del DPR n. 34/2000 - e, quindi, senza tener conto delle eventuali modifiche in corso di perfezionamento - il contratto tra S.O.A. ed impresa vede nel rilascio dell'attestazione di qualificazione una prestazione che grava sulla S.O.A. cui è rapportato un corrispettivo posto a carico dell'impresa.

Tale fatto conduce ad affermare che, nel caso che l'attestazione non sia stata ancora rilasciata, il contratto sia cedibile. In questo caso, però, il termine di decorrenza del quinquennio di riferimento dei requisiti di qualificazione dell'impresa cessionaria decorre non dalla data di stipula dell'originario contratto di attestazione ma dalla data di accettazione, da parte del contraente ceduto, del suddetto contratto.

Altro aspetto è quello che riguarda le modifiche ed integrazioni ad attestazioni già rilasciate. Va rilevato che, il diritto positivo e le relative interpretazioni di indirizzo già emanate dall'Autorità hanno fatto ritenere che dal contratto di attestazione prendono vita in capo ad entrambi i contraenti *posizioni contrattuali* complesse, che non si esauriscono nelle prestazioni aventi ad oggetto l'attestazione originaria ed il relativo corrispettivo, ma che prevedono anche - a fronte di determinate fattispecie (*variazioni minime* oppure *integrazioni* delle categorie e/o delle classifiche di qualificazione, sempre che resti inalterata la durata dell'efficacia dell'attestazione originaria oppu-

re variazione nella persona del direttore tecnico, qualora l'attestazione originaria sia collegata al soggetto uscente) - l'insorgere di obblighi e di aspettative reciproci (poco importa se ricondotti al contratto originario o ritenuti oggetto di contratti a questo accessori).

A seguito delle considerazioni sopra riportate discende l'impossibilità di cedere un contratto di attestazione che abbia già dato luogo al rilascio dell'attestazione all'impresa originaria contraente, perché le posizioni soggettive che verrebbero trasferite in conseguenza della cessione del contratto avrebbero ad oggetto un'attestazione che non è in alcun modo trasferibile all'impresa cessionaria.

B ) *Quanto alla possibilità, per un'impresa, di affidare l'introduzione nella propria attestazione di "variazioni minime" (ex articolo 15, comma 8, del DPR n. 34/2000 e determinazione 40/2000) ad una S.O.A. diversa da quella che ha provveduto all'originaria attestazione*

Le considerazioni che nella determinazione n. 40/2000 hanno condotto l'Autorità ad esprimere l'avviso sulla incedibilità del contratto di attestazione una volta rilasciata l'attestazione originaria - pur in presenza di posizioni contrattuali potenzialmente non ancora esaurite (potendosi verificare le fattispecie correlate alle *integrazioni* e alle *variazioni minime*) - portano a precisare che soltanto alla S.O.A. che abbia rilasciato tale attestazione possano essere rivolte richieste di *integrazioni* dell'originaria attestazione oppure di inserimento nel documento delle cosiddette *variazioni minime*.

Va difatti in primo luogo considerato che, qualora si debbano apportare all'attestazione delle *integrazioni* oppure delle *variazioni minime*, la S.O.A. che vi provvede cura l'emissione di un nuovo certificato di attestazione, nel quale viene rappresentata l'intera qualificazione dell'impresa e che se è vero che le suddette modifiche comportano una modesta attività istruttoria e valutativa questa segue ad altre, ben più articolate ed impegnative attività, poste in essere in occasione ed in funzione dell'attestazione originaria i cui esiti sono tutti contestualmente "trasfusi" nel nuovo documento di attestazione.

Ecco perché, anche in vigenza dell'originario testo regolamentare - ed a maggior ragione una volta entrata in vigore la modifica attualmente in corso di perfezionamento, - è apparso corretto concludere che le *variazioni* e le *integrazioni* dell'attestato di qualificazione possano essere compiute esclusivamente dalla stessa S.O.A. che ha provveduto al rilascio dell'attestazione originaria.

C) *Quanto alla riconducibilità o meno all'ipotesi di variazione minima (ex articolo 15, comma 8, del DPR n. 34/2000 e determinazione n. 40/2000) in alcune fattispecie:*

C1) *Quanto alla riconducibilità all'ipotesi di variazione minima (ex articolo 15, comma 8, del DPR n. 34/2000 e determinazione n. 40/2000) della ces-*

*sione/conferimento dell'impresa individuale, a seguito della morte del titolare, all'impresa costituita dagli eredi in forma societaria.*

In merito alla indicata fattispecie va, in primo luogo, osservato che la trasformazione è istituto peculiare della disciplina delle società, con la conseguenza che non sarebbe possibile parlare di trasformazione avendo riferimento al "passaggio" tra imprese individuali e società o altre organizzazioni collettive. La giurisprudenza (Cassazione Civile, Sez. I, 11 aprile 2002, n. 5141) ha osservato che "in caso di conferimento di un'azienda individuale ad una società si verifica un fenomeno traslativo non soggetto alla disciplina dell'art. 2498 c.c. concernente esclusivamente il caso di trasformazione di società da un tipo all'altro, con conseguente passaggio "ipso iure" dalla prima alla seconda di diritti ed obblighi".

La trasformazione consiste, infatti, nel cambiamento del tipo di società e non comporta estinzione di un soggetto con la creazione di uno nuovo, ma solo modificazione dell'atto costitutivo della società interessata, di cui resta ferma l'identità; (in giurisprudenza, tra le tante, Cassazione Civile, Sez. I, 13 settembre 2002, n. 13434; Id., Sez. II, 3.1.2002, n. 26).

Tuttavia il caso in esame comporta che le attività che devono essere svolte dalle S.O.A., possono essere considerate riconducibili, in larga misura, alla "variazione della denominazione o ragione sociale, purchè non conseguente ad ipotesi di fusione o di altra operazione che comporti il trasferimento di azienda o di un suo ramo", che la lett. A), punto 1.a), della determinazione n. 40/2000, considera *variazione minima* ai sensi dell'articolo 15, comma 8, del DPR n. 34/2000 e, quindi, assoggettata alla tariffa minima ivi quantificata.

Va osservato, però, che il "passaggio" dall'impresa individuale ad una impresa organizzata dagli eredi in forma societaria, pur dando luogo ad un soggetto giuridico ben distinto dalla precedente impresa individuale di cui era titolare il *de cuius*, comporta una attività da parte delle S.O.A. che è di contenuto maggiore di quello svolto in occasione delle "variazioni minime" ma minore di quello svolto in occasione del rilascio della attestazione di qualificazione originaria.

Di conseguenza, si ritiene che, nel caso in esame, pur dovendo stipularsi un nuovo contratto di attestazione la tariffa da applicarsi è pari ad un quarto di quella stabilita dal DPR n. 34/2000. Ciò nel caso in cui la S.O.A. che rilascia l'attestazione sia la stessa che ha rilasciato l'attestazione del *de cuius* e non si richiede che siano modificate categorie, classifiche e termini di validità dell'attestazione originaria.

C2) *Quanto alla riconducibilità all'ipotesi di variazione minima (ex articolo 15, comma 8, del DPR n. 34/2000 e determinazione n. 40/2000) della donazione di impresa individuale con continuazione dell'esercizio da parte dei donatori sotto forma di società.*

In merito alla indicata ipotesi, va osservato che secondo la giurisprudenza, *"non vi è alcuna ragione per non ritenere che la cessione di azienda, in quanto negozio costitutivo di diritti reali in capo ad altro soggetto, debba intendersi in senso ampio, comprensivo quindi anche della donazione"* (Commissione Tributaria Centrale, Sez. V, 11 giugno 1999, n. 3847).

Le considerazioni esposte per quanto riguarda il punto C1) conducono, però, a ritenere che il donatario dell'azienda, che voglia conseguire l'attestazione di qualificazione in virtù dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi riferiti all'azienda donata (*ex* articolo 15, comma 9, del DPR n. 34/2000) che risulta già attestata, pur dovendo stipulare un autonomo contratto con una S.O.A., deve corrispondere alla stessa la tariffa pari ad un quarto di quella stabilita dal DPR n. 34/2000. Ciò nel caso in cui la S.O.A. che rilascia l'attestazione sia la stessa che ha rilasciato l'attestazione originaria e non siano richieste modifiche alle categorie, classifiche e termini di validità della precedente attestazione.

*Per tutte le considerazioni svolte, l'Autorità è dell'avviso che:*

- a) un contratto di attestazione che abbia già dato luogo al rilascio della stessa non può essere ceduto;
- b) l'introduzione nelle attestazioni di *integrazioni* o di *variazioni minime* non può essere effettuata da una S.O.A. diversa da quella che ha provveduto all'originaria attestazione;
- c) nel caso di cessione/conferimento di una impresa individuale, a seguito della morte del titolare, ad una impresa costituita dagli eredi in forma societaria, occorre procedere alla stipula di un nuovo contratto di attestazione, corrispondendo alla S.O.A. la tariffa pari ad un quarto della tariffa prevista dal DPR n. 34/2000, qualora la S.O.A. che rilascia l'attestazione sia quella che ha rilasciato l'attestazione alla ditta individuale e la nuova attestazione contenga le stesse categorie, classifiche e termini di validità della precedente attestazione;
- d) nel caso della donazione di una impresa individuale qualora il donatario dell'azienda, voglia proseguire l'attività del donante, occorre procedere alla stipula di un nuovo contratto di attestazione corrispondendo alla SOA la tariffa pari ad un quarto della tariffa prevista dal DPR n. 34/2000, qualora la S.O.A. che rilascia l'attestazione sia quella che ha rilasciato l'attestazione alla ditta individuale e la nuova attestazione contenga le stesse categorie, classifiche e termini di validità della precedente attestazione.

**Appalto di servizi tecnici di importo pari o superiore a 100.000 euro: documentazione amministrativa da produrre a comprova dei servizi di progettazione già svolti**  
Determinazione del 26 novembre 2003

*Premesso*

Sono giunti a questa Autorità degli esposti da parte di alcuni professionisti che segnalavano di essere stati esclusi da una gara tramite licitazione privata per l'affidamento di incarichi di progettazione per importi pari o superiori a € 100.000, dopo aver superato la fase di prequalifica, per non aver potuto presentare la documentazione comprovante i requisiti richiesti e la conseguente offerta economica, a causa del ritardo con cui un precedente committente aveva consegnato loro l'attestazione relativa ad incarichi di progettazione già svolti, richiesta nella lettera d'invito della stazione appaltante.

Si premette che la ritardata consegna da parte dei precedenti committenti delle attestazioni richieste investe profili organizzativi interni alle singole stazioni appaltanti ed eventuali negligenze nella produzione di atti dovuti devono essere contestate con apposito ricorso amministrativo o giurisdizionale.

Ciò considerato, si ritiene utile fornire delle indicazioni in merito alle clausole - contenute nei bandi di gara e nelle lettere di invito delle stazioni appaltanti - relative alla comprova dei servizi di progettazione svolti in precedenza dai concorrenti.

Tali clausole riguardano la problematica generale delle produzioni documentali ai sensi dell'articolo 10, comma 1 *quater*, legge 109/94, con particolare riferimento al momento in cui sia prevista la produzione della documentazione amministrativa a comprova dei requisiti dichiarati ed al tipo di documentazione da produrre.

**Momento in cui deve essere prodotta la documentazione amministrativa a comprova dei requisiti dichiarati.**

L'articolo 63, comma 8, DPR n. 554/99 prescrive che la stazione appaltante verifichi le dichiarazioni inerenti al possesso dei requisiti previsti "...ai sensi e per gli effetti dell'articolo 10, comma 1 *quater* della legge, per quanto compatibili".

Quest'ultima disposizione prevede che la verifica avvenga prima di procedere all'apertura delle buste, richiedendo al 10% dei concorrenti di comprovare entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico – organizzativa eventualmente richiesti.

I bandi di gara per l'appalto di servizi tecnici di importo pari o maggiore a € 100.000 (al di sotto di tale limite il nuovo articolo 17, comma 12, come novellato dalla legge n. 166/2002, ne consente l'affidamento diretto), prevedono che alla domanda di partecipazione debbano essere accluse le dichiarazioni sostitutive relative al possesso dei requisiti, nonché l'elenco dei servizi di ingegneria e di architettura svolti negli ultimi dieci anni.

In alcuni bandi si legge che l'invito a presentare la successiva offerta sarà spedito dalla stazione appaltante ad un certo numero di concorrenti selezionati tra quelli che abbiano presentato le domande di partecipazione con le dichiarazioni sostitutive, sempre che, a seguito di apposita verifica, domanda e dichiarazioni risultino corrette sul piano formale e sostanziale.

Tale verifica non deve essere intesa come riscontro oggettivo della veridicità delle dichiarazioni prodotte, interpretazione che implicherebbe la necessità per i concorrenti di produrre la documentazione a comprova dei requisiti dichiarati in un momento anteriore a quello previsto dall'articolo 10, comma 1 *quater*, legge n. 109/94 (e cioè entro dieci giorni dalla richiesta della commissione di gara).

Questa lettura, infatti, contrasta palesemente non soltanto con il citato articolo 10, comma 1 *quater*, ma anche con la disposizione dell'articolo 63, comma 2, che prescrive, a corredo delle domande di partecipazione, soltanto le dichiarazioni sostitutive relative al possesso dei requisiti richiesti.

In definitiva, in sede di pre-selezione dei concorrenti, la stazione appaltante deve provvede soltanto a verificare che le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione corrispondano a quanto richiesto nel bando di gara (verifica tra quanto domandato e quanto risposto), prescindendo, per il momento, dal riscontro della veridicità delle medesime dichiarazioni.

#### **Dimostrazione dei requisiti tecnico – professionali.**

Il sopra citato articolo 10, comma 1 *quater*, legge n. 109/94 prescrive la verifica, a campione, dei *requisiti di capacità economico – finanziaria e tecnico organizzativa* dei soggetti concorrenti.

In recepimento di tale disposizione l'art. 63 del regolamento specifica i requisiti per l'ammissione alla gara, ma, a differenza degli affidamenti al di sopra della soglia comunitaria, per quelli al di sotto di tale limite, prevede soltanto requisiti tecnico professionali e non anche economico - finanziari (nell'intento, come sottolineato nella relazione di accompagnamento al regolamento, di agevolare la partecipazione dei più giovani professionisti).