

Roma, 3 febbraio 2023

Nota sullo schema di decreto legislativo recante codice dei contratti pubblici (Atto Gov. 19)

PREMESSA

Nell'attuale quadro applicativo in materia di appalti pubblici, si riscontra una preclusione della possibilità che un consorzio stabile possa essere partecipato, fra gli altri, da altro consorzio stabile;

Tale preclusione deriva da una consuetudine applicativa fondata sulla determina dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) n. 11/2004, che è del tutto inattuale in quanto tale determina muoveva addirittura dall'ambito applicativo di un precedente codice degli appalti pubblici, di cui alla legge n. 109 del 1994. La determina riteneva infatti che la regolamentazione del 1994 contenesse un elenco tassativo degli operatori economici legittimati a partecipare alle gare pubbliche ed a far parte di un consorzio stabile, così escludendo la possibilità della partecipazione di un consorzio stabile ad altro consorzio stabile;

Oggi, il dogma della "tassatività" dell'elencazione dei soggetti ammessi a partecipare ad un consorzio stabile è stato inesorabilmente superato dalle legiferazioni successive che hanno abrogato il vecchio codice dei contratti del 1994, sostituendolo dapprima con il d. lgs. n. 163 del 2006 e, successivamente, con il decreto legislativo n. 50 del 2016 (Codice vigente);

Peraltro, le direttive comunitarie hanno imposto il principio di libertà di forma dell'operatore economico, anche nella sua forma "aggregata", principio rinvenibile nel Codice vigente che prevede che i consorzi stabili possono essere formati, tra gli altri, da "*società commerciali*" (art. 45, comma 2, lett. c);

Il Codice vigente ammette, poi, come ipotesi tipica, la fattispecie di un consorzio stabile partecipato da altro consorzio. L'articolo 48, comma 7, recita infatti, che: "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; **qualora il consorziato designato sia, a sua volta, un consorzio** di cui all'articolo 45, comma 2, lettera *b*), è tenuto anch'esso a indicare, in sede di offerta, i consorziati per i quali concorre";

In altre parole, già il Codice vigente ha adottato una formulazione estensiva che non giustifica più alcuna legittima esclusione dei consorzi stabili dal novero degli operatori economici ammessi a costituire il consorzio stabile;

Precludere, dunque, in virtù di una prassi datata in materia di appalti pubblici, la possibilità che un consorzio stabile possa essere partecipato, fra gli altri, da altro consorzio stabile appare oggi non solo ingiustificato alla luce del nuovo quadro normativo, ma costituirebbe un'esclusione del tutto arbitraria e contraria ai criteri di proporzionalità, ragionevolezza ed uguaglianza imposti dagli articoli 2 e 3 della Costituzione.

OSSERVAZIONE

Si ritiene opportuno chiarire, alla luce di quanto illustrato in premessa, l'ammissibilità della partecipazione di un consorzio stabile ad altro consorzio stabile modificando il quarto capoverso dell'articolo 67, comma 4, dello schema di decreto legislativo in esame come segue:

“Qualora il consorziato designato sia, a sua volta, un consorzio di cui all'articolo 65, comma 2, lettere c) e d) è tenuto anch'esso a indicare, in sede di offerta, i consorziati per i quali concorre”.

PUBBLICO

PUBBLICO

OpEn Fiber S.p.A. - società a socio unico, soggetta alla direzione e coordinamento di Open Fiber Holdings S.p.A. – Sede Legale: 20155 Milano, Viale Certosa 2 – Registro Imprese di Milano, Codice Fiscale e Partita IVA 09320630966 R.E.A. MI 2083127 – Capitale sociale Euro 250.000.000 i.v.

PUBBLICO

OpEn Fiber S.p.A. - società a socio unico, soggetta alla direzione e coordinamento di Open Fiber Holdings S.p.A. – Sede Legale: 20155 Milano, Viale Certosa 2 – Registro Imprese di Milano, Codice Fiscale e Partita IVA 09320630966 R.E.A. MI 2083127 – Capitale sociale Euro 250.000.000 i.v.