

CAPITOLO I

Evoluzione storica dei modelli di consorzio fra cooperative rilevanti per il diritto dei contratti pubblici. Il “parallelismo imperfetto” con i consorzi stabili

SOMMARIO: 1. Le antiche radici del rapporto tra consorzi di cooperative e disciplina degli appalti pubblici: alcuni cenni. Dalla l. 422/1909 al d.lgs.c.p.s. 1577/1947 e alla l. 127/1971. – 2. (*segue*). L’assimilazione per via giurisprudenziale e legislativa, nell’ordinamento dei contratti pubblici, tra consorzi *ex* l. 422/1909 e consorzi *ex* art. 27 della legge “Basevi” riformata dalla l. 127/1971. – 3. La tendenziale convergenza tra le figure del consorzio fra cooperative e del consorzio stabile nella legislazione sui contratti pubblici, a partire dagli anni ’90 del XX secolo.

1. Le antiche radici del rapporto tra consorzi di cooperative e disciplina degli appalti pubblici: alcuni cenni. Dalla l. 422/1909 al d.lgs.c.p.s. 1577/1947 e alla l. 127/1971

La storia del rapporto tra consorzi di cooperative e appalti pubblici ha radici antiche, che risalgono agli albori dello scorso secolo.

Già con r.d. 10 novembre 1907, n. 844 (“*Testo Unico delle leggi contenenti provvedimenti per la Sardegna*”), all’art. 59 (corrispondente all’art. 52 della l. 14 luglio 1907, n. 562) si stabiliva che “*l’esecuzione delle opere di correzione di corsi d’acqua e di bonificazione contemplate nei precedenti articoli può essere affidata, quando l’importo a base di appalto non superi le 200.000 lire, anche per trattativa privata a società cooperative di produzione e lavoro*”.

ro. *Ai consorzi, che già siano o fossero regolarmente costituiti fra società cooperative di produzione e lavoro, può essere affidata, anche per trattativa privata, l'esecuzione delle opere suddette, purché l'importo a base d'appalto non superi il doppio dell'ammontare totale degli appalti, secondo le norme vigenti [...] le concessioni, contemplate nel presente articolo, saranno fatte quando, a giudizio insindacabile dell'amministrazione appaltante, le società od i consorzi presentino sufficienti garanzie d'idoneità, stabilità e solvibilità per la regolare esecuzione delle opere da appaltarsi*".

Tale disposizione fu abrogata dalla **l. 25 giugno 1909, n. 422, intitolata "Costituzione di consorzi di cooperative per appalti di lavori pubblici"** e tuttora vigente (il comma 1 dell'art. 1 del d.lgs. 1° dicembre 2009, n. 179, in combinato disposto con l'allegato 1 allo stesso decreto, ne ha ritenuto indispensabile la permanenza in vigore).

L'art. 1 della l. 422/1909 istituisce una figura, speciale e tipica, di consorzio fra cooperative di produzione e lavoro, connotata da un fine preciso: *"le società cooperative di produzione e lavoro legalmente costituite possono riunirsi in consorzio per assumere in tutte le parti del Regno appalti di opere pubbliche dello Stato e degli enti morali"*.

La l. 422/1909, definita *"estremamente scarna"* dalla giurisprudenza (TAR Campania-Napoli, Sez. I, 3 marzo 2004, n. 2589), delinea un tipo di consorzio che si rivela differente sotto vari aspetti dal modello generale poi codificato nel codice civile del 1942 agli artt. 2602 e ss.

In primo luogo, i consorzi di cooperative ex l. 422/1909 rappresentano una *species* di cooperativa di secondo grado, che *"costituisce persona giuridica"* dotata *"di piena autonomia"* rispetto alle cooperative consorziate (artt. 4 e 5 della l. 409/1909), ma con una *deputatio ad finem* tipica che non è tanto quella di disciplinare o svolgere determinate fasi delle imprese consorziate, quanto quella di fornire ad esse supporto e servizio nel coniugare lo scopo mutualistico delle cooperative con lo scopo di eseguire appalti i cui committenti siano enti pubblici.

In secondo luogo, come notato da Consiglio di Stato, Sez. V, 28 maggio 2004, n. 3465, *"la disciplina contenuta nella l. 25 giugno 1909 n. 422 e nel r.d. 12 febbraio 1911 n. 278 caratterizza det-*

te figure soggettive per la diuturna ed immanente presenza pubblicistica, dalla nascita alla estinzione del soggetto” (conforme TAR Calabria-Reggio Calabria, 3 marzo 2014, n. 119), tanto da configurare una “*disciplina particolare, del tutto differenziata e speciale*” (TAR Puglia-Bari, Sez. I, 11 febbraio 2010, n. 386).

Ed infatti, sia la l. 25 giugno 1909, n. 422 che il suo regolamento attuativo di cui al r.d. 12 febbraio 1911, n. 278 (“*Approvazione del regolamento relativo alla concessione di appalti a Società cooperative di produzione e lavoro e alla costituzione dei Consorzi di cooperative per appalti di lavori pubblici*”), disegnano un meccanismo pubblicistico che impone, per la costituzione del consorzio, la presentazione di una domanda di riconoscimento (art. 2 della l. 422/1909; art. 60 del r.d. 278/1911) al Ministero dello sviluppo economico (subentrato al Ministero del lavoro, che a sua volta aveva assorbito *in parte qua* le competenze attribuite dalla l. 422/1909 e dal r.d. 278/1911 al Ministero di agricoltura, industria e commercio), con allegata una proposta di statuto che determini l’oggetto e la durata del consorzio, la sua sede, il suo patrimonio, i contributi delle singole società, i modi di versamento, la rappresentanza e gli organi d’amministrazione del consorzio, le norme relative alla responsabilità del consorzio, delle singole società, e degli amministratori fra loro e verso i terzi.

Il Ministero dello sviluppo economico è subentrato, a seguito della più generale riforma del sistema di vigilanza sulle cooperative di cui al d.lgs. 220/2002, alle competenze attribuite precedentemente dalla l. 422/1909 al Ministero di agricoltura, industria e commercio, e poi al Ministero del lavoro, al quale ultimo furono attribuiti i servizi relativi alla cooperazione dall’art. 3 del r.d.l. 3 giugno 1920, n. 700, e poi dal d.p.r. 19 marzo 1955, n. 520, recante norme sulla riorganizzazione centrale e periferica del Ministero, modificato dalla l. 22 luglio 1961, n. 628, che istituiva la Direzione generale della cooperazione.

Attualmente, l’Allegato 2 del d.m. del Ministero dello sviluppo economico (MISE) del 24 febbraio 2017 (“*Individuazione degli uffici dirigenziali di livello non generale*”) conferma l’attribuzione delle funzioni di “*riconoscimento dei consorzi di produzione e lavoro ammissibili ai pubblici appalti ai sensi della legge n. 422 del 1909 ed approvazione delle relative modifiche statutarie*” alla Divisione IV (Albi – Contributi enti cooperativi) della Direzione generale per la vigilanza sugli enti e il sistema cooperativo del MISE.

Lo statuto, così come le relative modificazioni, deve essere preventivamente approvato (cfr. art. 3 della l. 422/1909 e art. 61 del r.d. 278/1911) con decreto del Presidente della Repubblica (in passato con “*decreto reale*”), su proposta del Ministero dello sviluppo economico “*di concerto*” (così l’art. 3, comma 1, l. 422/1909) con il Ministero dei lavori pubblici (oggi Ministero delle infrastrutture e dei trasporti), con pubblicazione del d.p.r. nella Gazzetta Ufficiale: secondo Consiglio di Stato, Sez. II, Parere 12 aprile 1995, n. 1415/94, si tratterebbe tuttavia di un decreto interministeriale e non di un d.p.r. In base all’art. 3 della l. 422/1909, contro il provvedimento di diniego del decreto di costituzione del consorzio e contro la negata approvazione dello statuto veniva ammesso ricorso innanzi al Consiglio di Stato.

La verifica pubblicistica di competenza ministeriale, a fini dell’approvazione degli statuti dei consorzi ex l. 422/1909, è finalizzata ad asseverare “*che siano state osservate le disposizioni della legge e del presente regolamento e che il consorzio non risulti costituito dall’artificioso frazionamento di cooperative preesistenti; che il consorzio, sia per la natura delle cooperative le quali intendono farne parte, sia per il numero dei soci, sia per la potenzialità economica, risulti idoneo all’esecuzione delle opere, lavori o forniture, per cui fu costituito; che l’ordinamento tecnico ed amministrativo del consorzio sia proporzionato all’entità e ai fini del nuovo ente*” (art. 61 del r.d. 278/1911).

Il Ministero competente esercita inoltre una vigilanza pubblicistica sui consorzi di cui alla l. 422/1909 perché “*l’azione dei consorzi si svolga costantemente, non soltanto in conformità della legge e del presente regolamento, ma altresì in conformità dei rispettivi statuti*” (così l’art. 81 del r.d. 278/1911, il quale peraltro conteneva ulteriori previsioni dal tenore alquanto perentorio sul punto, come ad es. quella di cui all’art. 80, secondo cui “*i funzionari governativi i quali, nell’esercizio della direzione o sorveglianza di lavori affidati a consorzi, abbiano occasione di accertare inosservanze o trasgressioni da parte dei consorzi stessi a disposizioni della legge o del regolamento, hanno l’obbligo di farne immediata denuncia all’amministrazione da cui dipendono, che ne riferirà al Ministero [...] pei provvedimenti di sua competenza*”), anche in relazione all’eventuale scioglimento d’ufficio, sempre con d.p.r. su

proposta ministeriale, degli organi di amministrazione del consorzio o del consorzio stesso (artt. 84-87 del r.d. 278/1911).

Si noti che gli artt. 79, 84 e 85 del r.d. 278/1911 prevedono che, sia per l'esercizio della vigilanza che per l'adozione degli eventuali provvedimenti di scioglimento, il Ministero dello sviluppo economico (già Ministero di agricoltura, industria e commercio, poi Ministero del lavoro) raggiunga “*accordi, ove occorra*”, con il Ministero dei lavori pubblici (oggi Ministero delle infrastrutture e dei trasporti).

La giurisprudenza in materia di appalti pubblici ha peraltro rilevato che “*le disposizioni del codice dei contratti si limitano a far riferimento ad un dato formale, ai fini della qualificazione dei consorzi in argomento, ovvero che gli stessi siano costituiti e riconosciuti ai sensi della l. n. 422/1909, senza prevedere alcuna ‘indagine’ concreta da parte della stazione appaltante*”, onde deve ritenersi “*inammissibile*” che la “*stazione appaltante*” pretenda di effettuare in sede di gara una propria “*valutazione sullo Statuto [...] la cui conformità alla legge è verifica demandata all’Autorità Statale*” (così TAR Calabria-Reggio Calabria, n. 119/2014, cit.).

Sebbene in passato non siano mancate posizioni – che hanno trovato eco anche in parte della dottrina – secondo cui i consorzi fra cooperative di cui alla l. 422/1909, proprio per la forte caratterizzazione pubblicistica delle regole di costituzione, vigilanza e scioglimento, rappresenterebbero “*una figura giuridica autonoma, anche se di carattere ibrido*” e inquadrabile tra i “*soggetti di diritto pubblico*”, dunque “*non soggetta ai limiti privatistici posti dal codice per le società cooperative*” (così Consiglio di Stato, Sez. II, Parere 12 aprile 1995, n. 1415/94), attualmente prevale l’idea che anche tali consorzi siano comunque equiparabili in termini di natura privatistica alle cooperative, dato che corrispondono a una “*cooperativa di secondo grado*” (in quest’ultimo senso TAR Campania-Napoli Sez. I, 3 maggio 2011, n. 2436; TAR Veneto, Sez. I, 30 novembre 2010, n. 6261).

Circa il “*consorzio di cooperative ammesso ai pubblici appalti*”, come è stato notato, “*la opinione più accreditata è di ritenere tali consorzi, in sostanza, piuttosto, delle cooperative di secondo grado [...] nei consorzi di cooperative per la partecipazione ai pubblici appalti, hanno rilievo entram-*

bi gli interessi: quello che vi partecipino altri imprenditori, e quello di rafforzamento mutualistico. Il legislatore accentua il profilo lucrativo consentendo alle singole cooperative di dare vita ad organismi associativi che valorizzino le potenzialità imprenditoriali degli enti aderenti. Trattandosi di cooperativa di secondo grado, vale anche per essi la formula adottata nel primo comma dell'art. 27 d.lgs. 1577, di cooperative che «mediante la costituzione di una struttura organizzativa comune, si propongono, per facilitare i loro scopi mutualistici, l'esercizio in comune di attività economiche», e tale formula descrive la funzione di integrazione e ausilio di economie individuali (sia delle cooperative di base che dei loro soci) [...] la natura di cooperativa di secondo grado dei consorzi di cooperative in questione (ammessi ai pubblici appalti), fa ritenere che l'attività di impresa è sempre, per definizione, nell'interesse, mutualistico e/o lucrativo, dei singoli consorziati» (TAR Campania-Napoli Sez. I, 3 marzo 2004, n. 2589). Il consorzio di cooperative ex l. 422/1909 si configura come un soggetto di diritto “privo di substrato produttivo costituito da uomini e mezzi e mero strumento per consentire a singole cooperative un accesso più agevole al mercato delle commesse pubbliche, avvalendosi delle capacità economico-finanziarie e tecniche di altre Cooperative anche se queste ultime non contribuiscono all'esecuzione del contratto eventualmente aggiudicato al Consorzio ex Legge n. 422/1909” (TAR Puglia-Lecce, Sez. II, 14 dicembre 2004, n. 8523; TAR Lazio-Roma, Sez. II, 21 luglio 2009, n. 7330).

L'originario testo del **d.lgs.c.p.s. 14 dicembre 1947 n. 1577 (c.d. legge “Basevi”)**, nella sua formulazione anteriore alla radicale riscrittura operata dalla l. 17 febbraio 1971, n. 127, dedicava l'art. 27 ai “*consorzi di cooperative ammissibili ai pubblici appalti*” di cui alla l. 422/1909 e al r.d. 278/1911.

In base al testo originario (pubblicato in G.U., Serie Generale, 22 gennaio 1948, n. 17) dell'art. 27 del d.lgs.c.p.s. 14 dicembre 1947 n. 1577, i consorzi di cooperative ammissibili ai pubblici appalti dovevano produrre, per ottenere il riconoscimento della personalità giuridica, oltre ai documenti di cui all'art. 60 del r.d. 12 febbraio 1911, n. 278, per ciascuna cooperativa associata: a) copia dell'ultimo bilancio o di una situazione patrimoniale aggiornata debitamente firmata dal presidente e dai sindaci; b) un elenco dei più notevoli lavori eseguiti dopo la costituzione con l'indicazione del loro importo firmato dal presidente. Il legislatore imponeva che i consorzi di cooperative ammissibili ai pubblici appalti dovessero essere costituiti da un numero di cooperative non inferiore a cinque, comprendenti complessivamente almeno 250 soci. Ogni cooperativa avrebbe dovuto sottoscrivere una quota o azioni del consor-

zio per un importo non inferiore a L. 25.000. Il capitale dei consorzi non avrebbe potuto essere inferiore a L. 250.000. L’art. 27 concludeva nel senso che *“fino a che non si saranno uniformati alle disposizioni precedenti, i consorzi attualmente in attività non potranno concorrere alla assunzione di altri lavori oltre quelli in corso”*.

Tuttavia, la riforma introdotta dalla **l. 17 febbraio 1971, n. 127** (*“Modifiche al d.lgs.c.p.s. 14 dicembre 1947, n. 1577, modificato con L. 18 maggio 1949, n. 285, e ratificato con ulteriori modificazioni dalla l. 2 aprile 1951, n. 302, concernente provvedimenti per la cooperazione”*) ha riordinato la materia e, in particolare, per quanto in questa sede più strettamente interessa: (i) **ha sostituito interamente il testo dell’art. 27** della Legge “Basevi”, **riferendolo** (non più, come nel passato, ai consorzi di cooperative di cui alla l. 422/1909, bensì) ai **“consorzi di società cooperative”** costituiti *“come società cooperative ai sensi degli articoli 2511 e seguenti del codice civile”*; (ii) ha introdotto **il nuovo art. 27-bis, riferito ai “consorzi di cooperative ammissibili ai pubblici appalti”** che *“continueranno ad essere disciplinati dalla legge 25 giugno 1909, n. 422, dal titolo V del regolamento approvato con regio decreto 12 febbraio 1911, n. 278”*; (iii) ha introdotto con il nuovo art. 27-ter una nuova tipologia di consorzio che, tuttavia, non è oggetto della trattazione compiuta in questa sede ai fini del diritto dei contratti pubblici e che quindi ci si limita solo a menzionare, ossia i *“consorzi tra società cooperative per il coordinamento della produzione e degli scambi”*, regolati, oltre che dallo stesso art. 27-ter e dal successivo art. 27-quater, *“dalle norme di cui al capo II del titolo X, libro V del codice civile, in quanto applicabili”* (si tratta quindi di figure assimilabili ai consorzi con attività interna e con attività esterna di cui rispettivamente agli artt. 2602 e 2612 cod. civ.).

L’art. 27 del d.lgs.c.p.s. n. 1577 del 1947, nel nuovo testo introdotto dalla l. 127/1971, disciplina i consorzi fra società cooperative che si propongono l’esercizio in comune di attività economiche mediante la costituzione di una struttura organizzativa comune, per facilitare gli scopi mutualistici e non solo i risultati economici delle cooperative consorziate. I consorzi di cui al nuovo art. 27 della legge “Basevi” sono cooperative, e precisamente cooperative di secondo grado, costituite ai sensi degli artt. 2511 e ss. del codice civile. Le uniche peculiarità, rispetto al modello generale delle cooperative, sono rappresentate dalle previsioni speciali

dell'art. 27, commi 2 e 3, del d.lgs.c.p.s. n. 1577/1947 e s.m.i. secondo cui, per procedere alla loro costituzione, si richiede un numero di cooperative legalmente costituite non inferiore a tre e la sottoscrizione di un capitale di almeno 1.000.000 di vecchie lire di cui sia versata almeno la metà; le quote di partecipazione delle consorziate possono essere rappresentate da azioni il cui valore nominale non può essere inferiore a lire 50.000, né superiore a lire 1.000.000 ciascuna.

Il nuovo art. 27-*bis* della legge "Basevi", invece, riconosce che "*i consorzi di cooperative ammissibili ai pubblici appalti continueranno ad essere disciplinati dalla legge 25 giugno 1909, n. 422, dal titolo V del regolamento approvato con regio decreto 12 febbraio 1911, n. 278*", rinviando integralmente a tale disciplina ed aggiungendo solo le seguenti specificazioni: (i) le cooperative interessate sono tenute, ai fini del decreto di riconoscimento del consorzio, ad esibire copia dell'ultimo bilancio o di una situazione patrimoniale aggiornata debitamente firmata dal presidente e dai sindaci, nonché un elenco dei più notevoli lavori eseguiti dopo la costituzione con l'indicazione del loro importo, firmato dal presidente; (ii) ai consorzi di cooperative di cui alla l. 422/1909 si applicano i soli commi 2 e 3 del nuovo art. 27 della stessa legge "Basevi" (v. *supra*).

A partire dagli anni '70 del secolo XX, pertanto, nell'ordinamento italiano erano ormai presenti le due fondamentali figure di consorzi di cooperative (i **consorzi di cui all'art. 27 della legge "Basevi"**, da un lato, e i **consorzi di cui all'art. 27-*bis* della stessa legge, corrispondenti a quelli disciplinati dalla l. 422/1909 e dal r.d. 278/1911**, dall'altro lato) che, come si vedrà *infra*, sono divenute protagoniste nel delicato settore giuspubblicistico, a norma-zione fortemente speciale, rappresentato dal diritto amministrativo dei contratti pubblici: settore che proprio in quegli anni, a seguito del coevo avvento delle direttive comunitarie sugli appalti pubblici "di prima generazione", stava conoscendo una delle fasi di trasformazione cruciali della sua storia.

2. (*segue*). L'assimilazione per via giurisprudenziale e legislativa, nell'ordinamento dei contratti pubblici, tra consorzi ex l. 422/1909 e consorzi ex art. 27 della legge "Basevi" riformata dalla l. 127/1971

Dopo il 1971, la prima legge in materia di contratti pubblici

che, ai fini dell’ammissione alla partecipazione alle gare d’appalto, menzionò espressamente i consorzi di cooperative, fu rappresentata dalla l. 8 agosto 1977, n. 584 (*“Norme di adeguamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici alle direttive della Comunità economica europea”*). L’art. 20 di tale legge (poi confermato, con modifiche, dall’art. 19 della l. 19 marzo 1990, n. 55) stabiliva che, per i soli appalti di lavori pubblici, fossero ammessi a presentare offerta, oltre ad imprese riunite che avessero conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una di esse qualificata capogruppo in nome e per conto proprio e delle mandanti, anche i *“consorzi di cooperative di produzione e di lavoro regolati dalla legge 25 giugno 1909, n. 422, e dal r.d. 12 febbraio 1911, n. 278, e successive modificazioni e integrazioni”*. Nello stesso senso, letteralmente, disponeva poi l’art. 22 del d.lgs. 19 dicembre 1991, n. 406 (*“Attuazione della direttiva 89/440/CEE in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici”*), che aggiunse solo un riferimento ulteriore ai consorzi di imprese di cui all’articolo 2602 e seguenti del codice civile). L’art. 10, comma 1, lett. b), l. 109/1994 (cui si riferirono poi il d.p.r. 34/2000 e il d.p.r. 554/1999) menzionava, tra i soggetti *“ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei lavori pubblici”*, specificamente *“i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422, e successive modificazioni, e i consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443”*, accanto ai *“consorzi stabili costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell’articolo 2615-ter del codice civile, tra imprese individuali, anche artigiane, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro”* e ai *“consorzi di concorrenti di cui all’articolo 2602 del codice civile”*.

Come si vede, inizialmente l’ordinamento settoriale dei contratti pubblici sembrò limitare il recepimento della figura dei consorzi di cooperative:

- ai consorzi di cui alla l. 422/1909, senza richiamare espressamente, invece, l’altra figura di consorzi, ossia quelli di cui all’art. 27 del d.lgs.c.p.s. 14 dicembre 1947, n. 1577, nel testo sostituito dalla l. 127/1971;

- al solo ambito dei lavori pubblici (il che, d’altro canto, era coerente con il tenore letterale della l. 422/1909, che deputava i

consorzi da essa disciplinati agli “*appalti di opere pubbliche*”).

In presenza di questo assetto normativo, potevano esservi dubbi sia sul fatto che i consorzi di cui al nuovo art. 27 della legge “Basevi” potessero essere o meno equiparati, ai fini della partecipazione alle gare pubbliche, ai consorzi di cui alla l. 422/1909, sia sul fatto che questi ultimi fossero legittimati a presentare offerte, oltre che nelle gare per l'appalto di lavori, anche in quelle per l'appalto di forniture o di servizi.

La giurisprudenza intervenne a fugare tali incertezze, con una scelta di campo molto netta, lungo due direttrici: *assimilazione* tra le due tipologie di consorzi, ed *estensione* della loro operatività anche agli appalti di servizi e forniture. In tal senso si espresse già il Consiglio di Stato, Sez. III, nel Parere n. 1543 del 17 marzo 1987 (Ministero del lavoro, p.d. 872220): “*alle licitazioni private per l'appalto di forniture di servizi (nella specie, servizi di manutenzione) possono essere ammessi non solo i consorzi di cooperative di produzione e lavoro istituiti con provvedimento amministrativo, ai sensi della legge 25 giugno 1909 n. 422, per assumere appalti di opere pubbliche, ma anche i consorzi tra le predette cooperative, previsti dall'art. 27 del d.lgs.c.p.s. 14 dicembre 1947 n. 1577 (come sostituito con legge 17 febbraio 1971 n. 127) e costituiti con atto pubblico ai sensi degli articoli 2511 e seguenti del codice civile*”.

Questa interpretazione si è poi radicata nella giurisprudenza amministrativa successiva.

Cfr. TAR Puglia-Bari, Sez. I, 27 aprile 1994, n. 882: “*I consorzi di cooperative istituiti ai sensi della legge n. 422 del 1909 e dal d.lgs. 14 dicembre 1947 n. 1577 possono essere ammessi alle gare finalizzate all'aggiudicazione di appalti che abbiano ad oggetto la fornitura di servizi alla P.A.*”. TAR Sardegna, 20 marzo 1996, n. 490: “*deve ritenersi ammessa la partecipazione dei consorzi di cooperative istituiti ai sensi della l. 25 giugno 1909 n. 422, in quanto dotati di personalità giuridica, alle gare pubbliche di appalti di servizi*”. Secondo Consiglio di Stato, Sez. II, 12 aprile 1995, n. 1415, “*i consorzi di cooperative previsti dalla l. 25 giugno 1909 n. 422 e dal r.d. 12 febbraio 1911 n. 278 si differenziano dagli ordinari consorzi di cooperative previsti dall'art. 2602 c.c. e non rientrano fra i soggetti espressamente esclusi dai pubblici appalti dall'art. 21 l. 31 gennaio 1992 n. 59; pertanto, finché la materia non venga aggiornata e riordinata, come sarebbe auspicabile, i detti consorzi possono essere ammessi ai pubblici appalti*”. La giurisprudenza amministrativa, analizzando attenta-

mente e sistematicamente le previsioni della legge “Basevi” a seguito della riscrittura operata dalla l. 127/1971, ha rilevato che *“esaminando tale complesso normativo, si evince [...] l’assimilabilità della natura dei diversi Consorzi [...] in particolare quelli disciplinati dall’art. 27 del suddetto d.lgs. con quelli di cui alla l. 422/1909, richiamati dal summenzionato art. 27-bis del medesimo d.lgs. 1577/1947). La legge 25 giugno 1909, n. 422 [...] non può che ritenersi affine, per quanto concerne il peculiare profilo che qui interessa (ai fini, cioè, dell’ammissione alla gara), alla disciplina propria dei consorzi costituiti, per atto pubblico in forma societaria, aventi la medesima finalità (partecipazione ad appalti pubblici di lavori), in quanto l’omessa necessità e rilevanza del decreto di riconoscimento (previsto all’art. 3 della surrichiamata l. 422/1909) si giustifica e si comprende essendosi il Consorzio costituito in forma di Società cooperativa, e, quindi, già dotato di personalità giuridica, per la specifica scelta della forma societaria assunta. Del resto una parificazione, ai fini dell’ammissione e partecipazione ai pubblici appalti dei diversi Consorzi di cooperative (siano essi consorzi di cooperative di produzione e lavoro istituiti con provvedimento amministrativo, ai sensi della legge 25 giugno 1909 n. 422, per l’assunzione di appalti di opere pubbliche, siano essi consorzi tra le predette cooperative, previsti dall’art. 27 del D.Lgs.c.p.s. 14 dicembre 1947 n. 1577 – così come sostituito con legge 17 febbraio 1971 n. 127 – e costituiti con atto pubblico ai sensi degli articoli 2511 e seguenti del codice civile) è rinvenibile nel sistema (cfr. C.S., III sez., par. n. 1543 del 17-03-1987). Ne consegue che una previsione specificamente rivolta ai primi (art. 10 lett. b e art. 13 4° comma ultima parte della l. 109/1994 e s.m.) non può intendersi in modo restrittivo e riduttivo, con esclusione della sua applicabilità ai secondi”* (TAR Sardegna, 19 settembre 2001, n. 973, richiamato poi da TAR Puglia-Bari, Sez. I, n. 19 febbraio 2007, n. 468). Si è inoltre aggiunto che *“l’appartenenza ad un medesimo genus dei consorzi fra cooperative di produzione e lavoro e dei consorzi di cooperative costituiti per l’ammissione agli appalti pubblici risulta sia dall’identità dello scopo (ammissione agli appalti pubblici) sia dall’identità del regime, delineato dal r.d. n. 278 del 1911, pur essendosi determinata in fatto una differente morfologia per aspetti non regolati dalla legge n. 422 del 1909 e dal r.d. n. 278 del 1911, differenza costituita dalla struttura comune di impresa presente nei consorzi di cooperative di produzione e lavoro (struttura che consente ai citati consorzi di partecipare agli appalti al fine di eseguire direttamente i lavori). Una conferma dell’assimilabilità degli uni alle altre si rinviene poi nell’espressa previsione dell’articolo 27-bis del d.lgs.c.p.s. n. 1577 del 14 dicembre 1947 [...] Nessun rilievo ha l’assenza del riconoscimento, in capo al consorzio in questione, della personalità giuridica con decreto ministeriale [...] tale riconoscimento è superfluo atteso che il consorzio già possiede la personalità giuridica, quale società cooperativa a responsabilità limitata”* (TAR Puglia-Lecce, Sez. II, 26 giugno 2003, n. 4476).

Del tutto isolate sono rimaste, invece, le pronunce volte a segnalare la non assimilabilità tra i consorzi di cui agli artt. 27 e 27-bis della legge “Basevi”.

Tra queste, TAR Puglia-Bari, Sez. I, 11 febbraio 2010, n. 386: *“la ricorrente invoca alcune pronunce (Consiglio di Stato, Sezione terza, 17 marzo 1987 n. 1543; T.A.R. Puglia, Bari, Sezione I, 27 aprile 1994 n. 882; T.A.R. Sardegna, 19 settembre 2001 n. 973), che riconoscevano l’ammissibilità alle gare per appalti pubblici non solo dei consorzi costituiti con decreto presidenziale, ai sensi della legge 25 giugno 1909 n. 422, ma anche a quelli di altra natura previsti dall’art. 27 d.lgs.c.p.s. 14 dicembre 1947 n. 1577, costituiti come società cooperative ai sensi degli art. 2511 e seguenti del codice civile. A prescindere dalla circostanza della non identità delle questioni affrontate e decise dai precedenti citati, per smentire la tesi propugnata dalla ricorrente – dell’attuale e sostanziale equiparazione tra l’acquisto della personalità giuridica delle società cooperativa a responsabilità limitata e il riconoscimento ministeriale previsto dalla normativa di settore –, però, sarebbe sufficiente considerare che, nonostante l’emersione di tali diverse opzioni interpretative, espresse dalle decisioni appena menzionate, il decreto legislativo del 2006 è tornato, sic et simpliciter, a riferirsi esclusivamente ai “consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422 e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577”. Ciò impedisce di poter intendere evolutivamente ed estensivamente tale categoria di consorzi, così specificamente disciplinati, e, perciò, di poter ammettere la (ingiustificata e contraddittoria) ipotizzabilità di forme di costituzione e di riconoscimento equivalenti a quelle legislativamente previste (analogamente: Consiglio di Stato, Sezione quinta, 28 maggio 2004 n. 3465, cit.)”*. In realtà, la citazione, operata nella sentenza appena menzionata, di Consiglio di Stato, Sez. V, 28 maggio 2004, n. 3465, appare inconferente ove si consideri che in quella pronuncia il Consiglio di Stato aveva ritenuto *“trattarsi di comune consorzio di concorrenti (costituito in forma di società consortile ai sensi dell’art. 2615-ter c.c.) di cui agli artt. 2602 e ss. c.c.”*, e per questo aveva affermato che *“non può condividersi il ragionamento del giudice di primo grado, non solo nella parte in cui ha ommesso di valutare attentamente la presenza delle caratterizzazioni pubblicistiche proprie dei consorzi di cooperative previsti dalla l. 25 giugno 1909 n. 422 e dal r.d. 12 febbraio 1911 n. 278, ma anche laddove ha sostenuto la assimilazione dei consorzi in esame ed i comuni consorzi di cooperative ammessi ai pubblici appalti”*.

Sul piano legislativo, fu il d.p.c.m. 27 febbraio 1988 (*“Approvazione dei requisiti minimi di carattere economico-finanziario e*

tecnico-organizzativo, dei criteri di selezione delle imprese, nonché della convenzione-tipo per l'affidamento dei lavori in concessione, di cui all'articolo 3 della legge 17 febbraio 1987, n. 80, recante norme straordinarie per l'accelerazione dell'esecuzione di opere pubbliche”), ad equiparare per la prima volta in maniera espressa, all'art. 3, le due tipologie di consorzio: “*i consorzi di cooperative di produzione e lavoro, disciplinati dalla legge 25 giugno 1909, n. 422, e relativo regolamento approvato con regio decreto 12 febbraio 1911, n. 278, dal decreto legge del capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, nonché dalla legge 17 febbraio 1971, n. 127, e successive modificazioni e integrazioni, partecipano alle gare di cui alla legge n. 80 del 1987 – singolarmente ovvero riuniti in raggruppamenti temporanei o in consorzi con altre imprese [...]*”.

Il d.lgs. 17 marzo 1995, n. 158 (“*Attuazione delle direttive 90/531/CEE e 93/38/CEE relative alle procedure di appalti nei settori esclusi*”), all'art. 23, pur non menzionando espressamente i consorzi di cui all'art. 27 della legge “Basevi”, ma solo i consorzi ex l. 422/1909, estendeva tuttavia l'ammissibilità della partecipazione per questi ultimi anche agli appalti di servizi e di forniture, oltre agli appalti di lavori.

La svolta da parte del legislatore, con un pieno recepimento dell'orientamento giurisprudenziale maturato sin dalla fine degli anni '80 del XX secolo nel senso dell'assimilazione e dell'estensione, avvenne con il **d.lgs. 31 luglio 2007, n. 113** (“*Ulteriori disposizioni correttive e integrative del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, a norma dell'articolo 25, comma 3, della L. 18 aprile 2005, n. 62*”), il quale, all'art. 2, comma 1, lett. g), stabili espressamente – con scelta gravida di significato – che “*all'articolo 34, comma 1, alla lettera b), dopo le parole: «costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422», «sono inserite le seguenti: «e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577»*”.

Per effetto di tale correttivo al primo Codice dei contratti pubblici del 2006, l'art. 34 dello stesso d.lgs. 163/2006, intitolato “*Soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici*”, al comma 1, lett. b), veniva a ricomprendere, per tutti i tipi di contratti

pubblici e dunque non solo per i lavori ma anche per i servizi e le forniture, omnicomprensivamente “*i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422, e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, e successive modificazioni*”, con una completa equiparazione tra i consorzi di cooperative di cui agli art. 27-*bis* e 27 della legge “Basevi”. Tale modifica si ripercuoteva anche sul regolamento attuativo di cui al d.p.r. 207/2010, rispetto ai richiami da quest’ultimo operati, più volte, ai consorzi tra cooperative di cui al comma 1, lett. b), dell’art. 34 del d.lgs. 163/2006 (cfr. gli artt. 3, comma 1, lett. c] e lett. nn.), 78, comma 3, 79, commi 3, 9 e 13, 86, comma 8, 100, comma 2, 102 e 170, comma 4, del d.p.r. 207/2010).

Tale assetto è oggi rispecchiato fedelmente dal nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 50/2016, nel testo vigente: all’art. 45, comma 2, lett. b), esso stabilisce che rientrano nella nozione di “*operatori economici*”, abilitati alla partecipazione a tutti i tipi di appalto e concessione, “*i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422, e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, e successive modificazioni*” (identicamente dispone, in altra sede, l’art. 197, comma 1, dello stesso Codice; cfr. altresì gli artt. 47, comma 1, 48, commi 7, 7-*bis* e 19-*bis* e 83, comma 2, d.lgs. 50/2016).

3. La tendenziale convergenza tra le figure del consorzio fra cooperative e del consorzio stabile nella legislazione sui contratti pubblici, a partire dagli anni ‘90 del XX secolo

Come è noto, il modello tipico dei “*consorzi stabili costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell’articolo 2615-ter del codice civile, tra imprese individuali, anche artigiane, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro*” fece la sua comparsa con la l. 109/1994, sin dall’inizio affiancando “topograficamente” quello dei consorzi di cooperative di cui alla l. 422/1909 (introdotto già dalla l. 584/1977: v. *supra*): basti pensare che, in seno al comma 1 dell’art. 10 della legge Merloni, ai con-