

La presentazione di offerta in Ati da parte di concorrenti invitati singolarmente: spunti di riflessione nell'evoluzione giurisprudenziale

di Vittorio D'Ambrosio

1. Premessa

Nell'ambito delle procedure ristrette di affidamento di contratti ad evidenza pubblica, è fattispecie piuttosto ricorrente quella in cui imprese che abbiano inoltrato alla stazione appaltante istanza di partecipazione in forma individuale, una volta superata la fase di verifica dei requisiti di capacità previsti nel bando e, pertanto, invitate alla gara *uti singuli* dall'amministrazione, presentino l'offerta in forma associata ai sensi dell'art. 37 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (codice degli appalti) con altre imprese anch'esse in possesso dei requisiti richiesti e qualificate separatamente dalla stazione appaltante. Le finalità astrattamente perseguibili da parte degli operatori economici che danno vita a tale fattispecie possono essere molteplici e tutte più o meno conformi ai principi comunitari di tutela della concorrenza e del mercato.

Si pensi, soprattutto, alle ipotesi in cui le imprese interessate alla gara facciano pervenire individualmente istanza di partecipazione fondando la loro manifestazione di interesse esclusivamente sugli aspetti tecnici ed operativi dell'appalto risultanti dal bando di gara e che, in tale prima fase, spesso risultano illustrati in forma piuttosto generica e senza un approfondito e puntuale livello di dettaglio. In tali casi, infatti, accade di frequente che dette imprese, una volta invitate singolarmente alla gara con contestuale invio del capitolato speciale

d'appalto, soltanto con la piena ed effettiva conoscenza delle specifiche tecniche contenute nel capitolato stesso (conoscenza che, quindi, si realizza soltanto in una fase successiva rispetto a quella in cui avevano inoltrato domanda di partecipazione al bando) ed in vista della redazione del progetto, decidono di presentare una offerta unitamente ad altri operatori economici, anch'essi invitati alla gara e quindi in possesso di tutti i requisiti di partecipazione richiesti nel bando dalla stazione appaltante.

Questa soluzione infatti, poiché nell'ottica della scelta della migliore strategia per concorrere alla gara, consente tecnicamente di formulare una offerta di maggior pregio, da un lato offre più *chance* di aggiudicazione all'impresa stessa e, dall'altro, risulta senz'altro più vantaggiosa per l'amministrazione e quindi più funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico.

Ma si pensi anche ai casi più estremi in cui il ricorso a tale fattispecie associativa, proprio in considerazione della particolare complessità tecnica richiesta nel capitolato, consenta al concorrente di presentare una offerta che, altrimenti, non sarebbe stato in grado di presentare se non in associazione temporanea d'impresе (Ati).

Tuttavia, non sempre le finalità che ispirano tale scelta imprenditoriale dei concorrenti sono animate da uno spirito competitivo e proconcorrenziale, come invece nei casi appena esaminati; infatti, non sono rare le ipotesi in cui la scelta di presentare offerta in forma associata tra imprese singolarmente invitate, sia frutto di una precisa strategia anticoncorrenziale finalizzata ad ingessare il mercato e restringere la platea dei CONCOR-

re ad una licitazione privata in forma individuale. Il provvedimento era stato censurato dai giudici di primo grado (4) che, rifacendosi tra l'altro alle tesi elaborate dal Consiglio di Stato nel 2003, avevano accolto il ricorso e riammesso alla gara l'Ati esclusa.

Nella pronuncia n. 1267 il Collegio demolisce l'impianto argomentativo dell'allora orientamento giurisprudenziale prevalente, così come riproposto dai giudici di primo grado. In particolare, alla distinzione formalistica fra i due stadi (prequalificazione e competizione vera e propria) in cui si articolerebbe la procedura di gara, viene contrapposta una visione monofasica secondo cui il procedimento ad evidenza pubblica rappresenterebbe un *unicum*, ontologicamente inscindibile, che si apre con il bando e si conclude con l'aggiudicazione definitiva, in cui non avrebbe senso distinguere la veste dei concorrenti a seconda che questi operino nella fase della qualifica o in quella ad essa successiva, nella quale vengono presentate le offerte.

Infatti è proprio la manifestazione della volontà di partecipare alla procedura selettiva – e non già la presentazione di una offerta – che attribuisce ai competitori una posizione giuridica soggettiva qualificata e differenziata rispetto a quella di tutti gli altri operatori economici del settore; di conseguenza i principi di *par condicio* tra i concorrenti, di immodificabilità della loro veste giuridica e quindi della inammissibilità di qualsiasi forma di dialettica collaborativa tra gli stessi volta ad inquinare l'assetto competitivo del mercato, operano sin dal momento in cui viene inoltrata alla stazione appaltante la domanda di partecipazione alla gara conformemente alle prescrizioni del bando.

L'utilità della distinzione del duplice segmento qualificazione/presentazione dell'offerta, è utile esclusivamente a circoscrivere e cristallizzare la rosa dei concorrenti e quindi a consolidare l'interesse della stazione appal-

tante a poter far affidamento su un numero di potenziali offerte pari a quello dei soggetti richiedenti così come risulta all'esito della qualificazione dei candidati ai quali, una volta che abbiano manifestato la volontà di partecipare singolarmente alla gara e che in tale veste siano stati individuati ed ammessi al prosieguo della procedura, è fatto divieto di associarsi tra di loro

per la presentazione dell'offerta proprio in quanto si verrebbe così a modificare la platea partecipativa venutasi a configurare dopo la selezione delle imprese interessate a partecipare, da parte della stazione appaltante.

Infatti una incondizionata ammissione in fase di offerta di forme associative tra soggetti invitati individualmente, potrebbe limitare fortemente la concorrenzialità tra i partecipanti e falsare l'andamento della gara, per effetto del drastico ridimensionamento del numero di offerte rispetto a quello su cui l'amministrazione contava dopo la fase

di preselezione.

Ma non basta. Ben potrebbe verificarsi la paradossale situazione in base alla quale, a seguito di un accordo associativo che coinvolga tutte le imprese in gara e che decidano, appunto, di presentare una unica offerta in Ati, la stazione appaltante verrebbe ad essere sostanzialmente impossibilitata ad effettuare una qualsiasi forma di scelta, dovendosi confrontare con una sola offerta che, di fatto, azzererebbe la concorrenzialità a discapito dell'interesse pubblico della scelta della migliore soluzione tra le varie sottoposte al vaglio dell'amministrazione.

Sulla scorta di tali argomentazioni, emerge come una interpretazione in chiave così estensiva dell'istituto dell'Ati che consentisse indiscriminatamente la possibilità per imprese invitate alla gara individualmente di associarsi successivamente in sede di formulazione dell'offerta, porti a snaturare completamente la *ratio*

“ Secondo l'orientamento successivo del Collegio, l'interpretazione che consentisse la possibilità per le imprese invitate alla gara individualmente di associarsi successivamente in sede di formulazione dell'offerta porta a snaturare completamente la *ratio* del fenomeno associativo ”

(4) TAR Lazio, Roma, sez. II, 17 maggio 2005, n. 161.

del fenomeno associativo trasformandolo da strumento volto a favorire la concorrenza e la competizione, ad un'arma anticoncorrenziale finalizzata alla creazione di situazioni di oligopolio o, peggio, di monopolio di fatto.

Al fine precipuo di scongiurare tali patologie di mercato, l'ordinamento promuove le Ati esclusivamente per favorire la partecipazione alle gare da parte del più ampio numero di soggetti e di promuovere ed incentivare forme concorrenziali, proprio in quanto lo strumento associativo in questione consente la possibilità di partecipazione anche ad operatori economici privi dei requisiti richiesti nel bando che, unendo tra loro le forze, possono validamente prendere parte alla gara ed ai quali, altrimenti, in forma individuale, sarebbe preclusa qualsiasi *chance* partecipativa. Le censure mosse dal Collegio alle motivazioni della sentenza gravata e, quindi, anche al precedente orientamento del 2003 cui

i giudici di primo grado si erano riportati, investono altresì il richiamo fatto in tali pronunce (a sostegno della ammissibilità della fattispecie in esame) al tenore letterale degli allora vigenti artt. 11 del d.lgs. n. 157/1995 e 93 comma 2 del d.P.R. n. 554/1999.

Osservano i giudici del 2006 come dal dettato dell'art. 11 (che, come visto, prevedeva che fossero "ammesse a presentare offerte anche imprese appositamente e temporaneamente raggruppate"), non si ricava una delimitazione temporale certa rappresentata appunto dal momento della presentazione dell'offerta a partire dal quale sarebbe consentito il ricorso a forme associative anche da parte di soggetti individualmente invitati alla gara, e ciò proprio in considerazione della natura sostanzialmente unitaria dell'intera procedura di cui si è detto in precedenza. Con riferimento invece all'art. 93, comma 2, secondo cui "l'impresa invitata individualmente ha facoltà di presentare offerta [...] quale capogruppo di imprese riunite", si puntualizza che detta previsione non può trovare applicazione al caso in esame in quanto tale precetto attiene esclusivamente alla

disciplina relativa ai lavori pubblici e non anche a quella relativa alle procedure acquisitive di beni e servizi cui, invece, la fattispecie sottoposta all'attenzione dei giudici si riferisce; inoltre la norma non precisa se le imprese riunite diverse dalla capogruppo mandataria debbano o meno essere state invitate dalla stazione appal-

tante a presentare offerta come invece nel caso in esame in cui l'associazione opera tra imprese selezionate dall'amministrazione e, quindi, tutte in possesso singolarmente dei requisiti di partecipazione. Pertanto, nell'incertezza della lettera della norma, il dubbio andrebbe "allora risolto in omaggio al principio generale in punto di non modificabilità degli esiti del processo di prequalifica con l'accorpamento di più soggetti individualmente qualificatisi".

“ Il Collegio con sentenza n. 588/2008 torna a sostenere che pur in presenza di una sostanziale unitarietà del procedimento di evidenza pubblica, in tali procedure la fase di prequalificazione assolve all'esclusiva funzione di accertare il possesso dei requisiti di partecipazione ed è distinta dalla gara vera e propria

”
4. L'orientamento più recente: un ritorno al passato

La decisione assunta dalla sez. V del Consiglio di Stato con sentenza n. 588 del 20 febbraio 2008, segna una importante inversione di tendenza giurisprudenziale sul tema che ci occupa in quanto ripropone la tesi favorevole all'ammissibilità della fattispecie oggetto di trattazione; tutte le pronunce intervenute successivamente risultano in linea con quanto sostenuto dal Collegio nel provvedimento che ci accingiamo ad esaminare che, pertanto, consacra l'attuale orientamento della giurisdizione amministrativa in materia.

Al fine di ricostruire in maniera compiuta il caso sottoposto all'attenzione del giudice del gravame, è opportuno effettuare un rapido cenno alla complessa vicenda che ha portato all'adozione del provvedimento giurisdizionale di primo grado.

Con sentenza n. 4242 del 10 maggio 2007 il TAR Lazio, sez. III-ter, in aderenza all'orientamento allora prevalente e in ossequio al principio di immodificabilità soggettiva dei raggruppamenti di imprese durante le fasi della gara, negò la possibilità che due costituende Ati, che avevano fatto richiesta di partecipare alla gara individualmente e,

invitata singolarmente alla gara, e da una o più imprese mandanti che non abbiano rivolto istanza di partecipazione alla gara e quindi non già prequalificate.

Stando al tenore letterale del già più volte citato art. 37, comma 12 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i. ("In caso di procedure ristrette o negoziate, ovvero di dialogo competitivo, l'operatore economico invitato individualmente, o il candidato ammesso individualmente nella procedura di dialogo competitivo, ha la facoltà di presentare offerta o di trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti"), il caso prospettato sembrerebbe ammissibile e ciò in considerazione del fatto che la norma non specifica se gli "operatori riuniti" – mandanti debbano anch'essi essere stati invitati o meno dalla stazione appaltante. Ma vi è di più: soffermandosi sul dato testuale della disposizione richiamata e sulla scelta dei termini utilizzati dal legislatore, l'unica fattispecie pienamente legittima

sembrerebbe esclusivamente quella in cui l'offerta sia presentata da una Ati le cui mandanti non abbiano partecipato alla fase di prequalificazione e quindi non abbiano fatto pervenire la loro candidatura in forma individuale e non anche l'ipotesi in cui l'offerta sia formulata da una Ati in cui tutte le imprese del sodalizio siano già state singolarmente invitate dalla stazione appaltante. A tal proposito, infatti, non apparirebbe casuale l'utilizzo nella norma del termine "operatori" e non già "concorrenti" al fine di ammettere l'ipotesi di riunione successiva alla fase di prequalificazione. La *ratio* sottesa all'utilizzo di tale termine risiederebbe proprio nella esigenza di evitare che, se venisse ammessa una associazione tra soggetti concorrenti (in quanto tali già invitati e quindi incardinati nella procedura), l'amministrazione verrebbe esposta al rischio di una chiusura del mercato per effetto di potenziali cartelli tra più partecipanti che si riuniscono tra loro proprio al fine di non farsi concorrenza.

Tuttavia, tale lettura restrittiva della norma è stata criticata da una recente sentenza⁽¹⁰⁾. In particolare, i giudici hanno osservato che, ricomprendendo nel *genus* di

“L'interpretazione secondo cui l'associazione successiva in sede di offerta sarebbe ammessa solo con imprese non invitate, porterebbe a conseguenze quanto meno paradossali

"operatori riuniti" esclusivamente quelli che, non essendo stati prequalificati singolarmente, sono estranei alla procedura fino al momento della presentazione dell'offerta, si arriva ad una interpretazione "chiaramente discriminatoria e limitativa" che "infrange sia il principio del *favor participationis*, sia quello comunitario della libera concorrenza, nonché, specularmente, l'art. 41 della Costituzione sulla libertà di iniziativa economica privata".

La norma in questione, infatti, "nessuna specificazione limitativa aggiunge alla locuzione «operatori riuniti», di talché non è consentito all'interprete opinare che tra costoro, con i quali l'offerente prequalificato singolarmente può manifestare l'intento di associarsi in Ati costituenda, possano essere annoverati solo quelli che non siano stati già preselezionati dall'amministrazione *uti singuli*". Inoltre, l'interpretazione secondo cui l'associazione successiva in sede di offerta sarebbe ammessa

solo con imprese non invitate, porterebbe a conseguenze quanto meno paradossali: innanzitutto consentirebbe una illegittima e discriminatoria riapertura dei termini perentori per partecipare alla gara, a favore di quelle imprese che non avevano manifestato nei termini alcun interesse a prendere parte alla procedura; in secondo luogo non si comprende sul piano logico "per quale ragione debba consentirsi all'impresa prequalificata singolarmente la costituzione di un raggruppamento temporaneo solo insieme ad imprese sconosciute alla stazione appaltante per non aver preso parte alla fase di preselezione" ed anzi, osservano i giudici, "l'interesse pubblico è maggiormente tutelato se alla costituenda Ati con l'impresa invitata individualmente, prendano parte anche imprese già sottoposte al vaglio della prequalificazione dall'amministrazione appaltante, poiché queste, proprio in quanto già scandagliate nei requisiti generali e speciali – sia pure nella forma dell'autocertificazione – appaiono offrire, di sicuro, garanzie maggiori rispetto ad un operatore sconosciuto alla stazione appaltante e cooptato successivamente dall'impresa prequalificata singolarmente".

(10) TAR Piemonte, sez. I, 14 gennaio 2009, n. 82.