

È legittima l'associazione in a.t.i. da parte di imprese invitate singolarmente alla gara

Claudio Santarelli

CONSIGLIO DI STATO, sez. V, 31 marzo 2014, n. 1548

Pres. Torsello; Est. Tarantino - Coiges di Copertino Idilia (*Avv. ti* Bencivenga e Maggiore) c. Comune di Pisticci (*Avv.* D'Angella) e Simel di Greco Mario & C. s.n.c. (*n.c.*).

Contratti della p.a. - Appalti pubblici - Procedura negoziata - Invito a imprese singole - Partecipazione in a.t.i. - Legittimità - Fattispecie.

Nell'ambito di una procedura negoziata per l'affidamento, tramite cottimo fiduciario, di un appalto di servizi ai sensi dell'art. 125 del codice dei contratti pubblici, in assenza di un esplicito divieto contenuto nella lex specialis, stante la riconosciuta possibilità per gli operatori economici invitati di costituire associazioni temporanee di imprese, sarebbe irragionevole ritenere possibile sino alla presentazione delle offerte una modificazione soggettiva delle a.t.i. costituenti o costituite e allo stesso tempo non consentire che anche gli operatori economici invitati singolarmente possano utilizzare lo stesso strumento associativo.

FATTO E DIRITTO

Omissis

2. La prima doglianza ha ad oggetto l'esegesi dell'art. 37, comma 12, d.lgs. n. 163 del 2006, secondo il quale: "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". La norma in questione non può essere interpretata nel senso indicato dall'appellante, perché in questo modo si darebbe spazio ad un'esegesi inutilmente restrittiva in ordine alla possibilità di utilizzare lo strumento dell'associazione temporanea di imprese, che, contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante, ha una *ratio* profondamente proconcorrenziale, consentendo un più ampio accesso al mercato dei contratti pubblici anche a soggetti che singolarmente non avrebbero i requisiti necessari per risultare aggiudicatari.

Vero è che questo Consiglio con la sentenza 8 marzo 2006, n. 1267, ha ritenuto che due o più imprese concorrenti individualmente prequalificate non possono concorre-

re in associazione temporanea alla successiva competizione mediante la presentazione di un'offerta congiunta, salvo che il bando non preveda diversamente. Ma si tratta di un'impostazione che deve cedere il passo ad altro condivisibile orientamento illustrato nella sentenza di questo Consiglio n. 588 del 20 febbraio 2008 (in senso conforme, Cons. Stato, sez. V, n. 6619 del 2002; n. 5309 del 2003), che ha chiarito come il principio di immutabilità soggettiva viene in rilievo soltanto all'indomani della presentazione dell'offerta e non nelle fasi di gara a questa precedente. Del resto anche dal punto di vista letterale sia l'art. 37, comma 12, che l'art. 125, comma 11, d.lgs. n. 163 del 2006, fanno riferimento alla nozione di "operatore economico" e di "candidato", ossia di un soggetto che ancora deve presentare la propria offerta. Un'opposta interpretazione non potrebbe armonizzarsi con il testo del comma 9 dell'art. 37, d.lgs. n. 163 del 2006, che vieta la modificazione della composizione delle a.t.i. all'indomani dell'offerta.

Sul punto va anche rammentato come un simile divieto sia stato analizzato dalla sentenza n. 8 del 2012 dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio, secondo la quale: "In tema di appalti pubblici, ai sensi dell'art. 13, comma 5-bis, l. 11 febbraio 1994 n. 109, il cui contenuto è stato trasfuso nell'art. 37 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, il divieto di modificazione della compagine delle Associazioni temporanee di imprese nella fase procedurale corrente tra la presentazione delle offerte e la definizione della procedura di aggiudicazione è finalizzato a impedire l'aggiunta o la sostituzione di imprese partecipanti all'a.t.i. e non anche a precludere il recesso di una o più di esse, a condizione che quelle che restano a farne parte risultino titolari, da sole, dei requisiti di partecipazione e di qualificazione e che ciò avvenga per esigenze organizzative proprie dell'a.t.i. o Consorzio, e non invece per eludere la legge di gara (in particolare, per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente dell'a.t.i. venuto meno per effetto dell'operazione riduttiva)". Pertanto, in assenza di un esplicito divieto contenuto nella *lex specialis*, stante la riconosciuta possibilità per gli operatori economici invitati di costituire associazioni temporanee di imprese, sarebbe irragionevole ritenere possibile una modificazione soggettiva delle a.t.i. costituente o costituite e non consentire che gli operatori economici invitati possano utilizzare lo stesso strumento.

Omissis

Commento

1. La sentenza che si annota affronta una problematica che ha avuto negli anni soluzioni giurisprudenziali contrastanti, a partire dalla vigenza della normativa anteriore all'emanazione del codice dei contratti pubblici, per proseguire anche successivamente all'entrata in vigore di questo.

Si tratta della possibilità o meno che più soggetti - prequalificatisi singolarmente nell'ambito di una procedura ristretta (la vecchia "licitazione privata"), o comunque destinatari di inviti (come anche in quella contemplata per l'affidamento c.d. in economia) - possano in un secondo momento presentare un'offerta unitaria, decidendo di formare tra loro un raggruppamento temporaneo di imprese.

Come si vedrà di seguito, detta possibilità era stata in un primo momento esclusa dalla giurisprudenza amministrativa del Consiglio di Stato (con riferimento a procedure importanti una fase di prequalifica), ma è stata successivamente riconosciuta, attraverso un *revirement* dei giudici di Palazzo Spada che trova comunque - anche con la sentenza che qui si annota - una successiva stabile conferma. Senza contare il fatto il legislatore, con l'approvazione del testo normativo codicistico del 2006, sembrerebbe invero aver diradato qualsiasi ulteriore possibile dubbio.

2. La fattispecie sottoposta al giudice amministrativo era la seguente. Il soggetto ricorrente, in proprio e quale capogruppo e mandatario di una costituenda a.t.i., chiedeva l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, della determinazione con la quale il dirigente del settore affari legali e lavori pubblici di un comune aveva approvato il verbale di gara informale relativo alla procedura negoziata per l'affidamento del "*servizio di conduzione, gestione e manutenzione degli impianti di pubblica illuminazione, elettrici, termici e di climatizzazione ed antincendio...*" ed aveva disposto l'aggiudicazione in favore di diversa a.t.i.

In particolare, con il primo motivo del ricorso principale l'impugnante affermava l'illegittimità dell'operato della commissione laddove, in violazione dell'art. 37, comma 12, del codice dei contratti, consentiva ad imprese invitate singolarmente di riunirsi in a.t.i. e di formulare, quindi, un'offerta congiunta. Richiamando al riguardo un importante precedente giurisprudenziale del Consiglio di Stato (sez. VI, 8 marzo 2006, n. 1267) ed una pronuncia dell'Autorità garante per la concorrenza e del mercato (n. AS251/03), il soggetto ricorrente asseriva come la qualifica di concorrente in una procedura negoziata si assuma in realtà sin dal momento in cui la stazione appaltante procede alla comunicazione della lettera di invito. Da ciò discenderebbe che consentire l'associazione di due o più imprese invitate individualmente alla procedura determinerebbe uno snaturamento dello strumento della associazione temporanea di imprese che, da istituto volto ad ampliare la concorrenza, diventerebbe invece un fattore anticompetitivo capace di svilire la concorrenza.

3. Le norme da tenere presenti per un esame della questione sono da rinvenire nell'art. 37 del codice dei contratti. Esso stabilisce al comma 7 che "*è fatto divieto ai concorrenti di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti, ovvero di partecipare alla gara anche in forma individuale qualora abbia partecipato alla gara medesima in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti [...]*".

Il comma 8, inoltre, dispone che "*è consentita la presentazione di*

offerte da parte dei soggetti di cui all'articolo 34, comma 1, lettere d) ed e) [raggruppamenti temporanei di concorrenti e consorzi ordinari, n.d.r.], anche se non ancora costituiti. In tal caso l'offerta deve essere sottoscritta da tutti gli operatori economici che costituiranno i raggruppamenti temporanei o i consorzi ordinari di concorrenti e contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, gli stessi operatori conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, da indicare in sede di offerta e qualificata come mandatario, il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti".

Il comma 9 stabilisce un importante divieto: "[...] è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta". Divieto cui il successivo comma 10 riconnette la seguente sanzione: "l'inosservanza dei divieti di cui al precedente comma comporta l'annullamento dell'aggiudicazione o la nullità del contratto, nonché l'esclusione dei concorrenti riuniti in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti, concomitanti o successivi alle procedure di affidamento relative al medesimo appalto".

Essenziale per una corretta disamina della questione giuridica che ci occupa è infine il disposto di cui al comma 12, ai sensi del quale "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".

Disposizioni analoghe (per lo più anche nella forma testuale) a quelle sopra esposte erano contenute anche nell'art. 13 della l. 11 febbraio 1994 n. 109 (legge quadro in materia di lavori pubblici): rispetto a tale articolo di legge costituisce infatti importante inserimento normativo espresso solo il disposto del comma 12.

4. Come si diceva in precedenza, un arresto molto importante del Consiglio di Stato - difatti richiamato dal ricorrente nella fattispecie che ci occupa - è stato quello del 2006. Sebbene con riferimento al testo dell'art. 13 della l. n. 109/1994 e alla fornitura di un servizio rientrante nel novero dei c.d. "servizi esclusi" (si trattava del servizio di gestione per la ristorazione collettiva per il proprio personale dipendente, mediante l'utilizzo di buoni pasto), detta sentenza (relatore Francesco Caringella) fissava principi ben precisi al fine di sostenere la natura illegittima di un'a.t.i. formata tra soggetti prequalificatisi ed invitati singolarmente in gara.

In quella occasione, i giudici di Palazzo Spada erano chiamati a giudicare sulla riforma di una sentenza (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, n.

161/2005) in cui i giudici di prime cure avevano fatto applicazione di argomentazioni giuridiche condivise da un certo filone giurisprudenziale (cfr.: Cons. Stato, sez. V, 2 dicembre 2002, n. 6619; Cons. Stato, sez. V, 18 settembre 2003, n. 5309). In particolare il Tribunale amministrativo regionale aveva rilevato (rigettando dunque il ricorso) che:

a) la fase di prequalifica è nettamente separata dalla gara vera e propria, per effetto del diaframma costituito, da un lato, dalla lettera d'invito e, dall'altro, dalla conseguente presentazione delle offerte da parte dei potenziali partecipanti alla gara qualificatisi, che solo allora divengono, in base alle regole così fissate, diretti contendenti ai fini della selezione della migliore offerta presentata;

b) fino all'avvio della gara, non possono utilmente trovare applicazione le regole generali in tema di immodificabilità dei soggetti partecipanti, di segretezza delle rispettive offerte e di divieto di reciproci accordi;

c) la partecipazione congiunta di soggetti disgiuntamente prequalificatisi non lede neanche il principio di concorrenza in quanto la *"separazione tra la fase della prequalifica e il momento della gara stricto sensu intesa comporta il precipitato della libera esplicazione dell'autonomia imprenditoriale, secondo basilari criteri di un'economia di mercato basata sulla concorrenza, in ordine alla strategia migliore per utilmente concorrere, se del caso tramite la costituzione di un raggruppamento, all'aggiudicazione secondo le regole date"*.

Tuttavia, il Consiglio di Stato, riformando la sentenza di primo grado, metteva bene in luce i principi lesi da tali conclusioni.

Innanzitutto, sul piano della struttura della gara, veniva evidenziato che la distinzione formalistica tra i due stadi della procedura (prequalificazione e "gara vera e propria"), non coglierebbe l'essenza della sostanziale unitarietà del procedimento di evidenza pubblica, che si apre con la pubblicazione del bando per concludersi con l'aggiudicazione definitiva. Il nesso funzionale che avvince la fase della preselezione e quella della valutazione delle offerte non consentirebbe dunque di distinguere la veste dei concorrenti, nel senso di ritenere che detta qualifica venga assunta solo all'atto della presentazione dell'offerta a valle della fase della prequalifica e della successiva diramazione delle lettere di invito. Per il Consiglio di Stato, infatti, *"la qualifica di concorrente viene assunta ai fini che qui rilevano, sin dal momento della manifestazione della volontà, da parte delle imprese, di partecipare alla procedura in risposta al bando di gara; momento che segna l'assunzione di una posizione formalmente e sostanzialmente differenziata rispetto a quella generica di operatore economico del settore"*, per cui *"la richiesta di partecipazione ad una procedura competitiva costituisce infatti atto che ontologicamente e funzionalmente ascrive all'istan-*

te la veste di competitore così dando la stura una volta per tutte all'avvio della procedura concorrenziale con la conseguente applicazione dei principi in tema di par condicio, di immodificabilità della veste giuridica e, soprattutto, di inammissibilità di una dialettica collaborativa tra imprese concorrenti".

Oltre alla collisione con l'unitarietà della procedura, poi, sul piano dei principi da tutelare il Consiglio di Stato rilevava come il rischio sia quello di innescare effetti potenzialmente negativi sul piano del rispetto della *par condicio*, creando "uno iato tra il numero dei candidati istanti ed offerenti - così come tra il novero delle offerte sollecitate e di quelle presentate - che incide in modo irragionevolmente sacrificativo sull'interesse della stazione appaltante a potere contare su un numero di offerte corrispondente al numero dei soggetti positivamente prequalificatisi e conseguentemente invitati.". L'ammissione del raggruppamento tra soggetti singolarmente prequalificatisi finirebbe quindi per vulnerare in modo non prevedibile l'interesse della stazione appaltante ad avere una "platea variegata di imprese che si facciano realmente concorrenza e ad evitare conseguentemente accordi a valle che possono rarefare il numero dei concorrenti o, al limite, comportare una *reductio ad unitatem delle offerte per effetto della realizzazione di un raggruppamento comprensivo di tutti i soggetti prequalificatisi*". Lo strumento dell'associazione temporanea subirebbe allora - secondo la sentenza del 2006 - uno snaturamento, tale per cui - da istituto pro-competitivo volto ad ampliare le *chance* di partecipazione in capo ad imprese non dotate dei requisiti individuali per la partecipazione - assurgerebbe "a *fattore anticompetitivo capace di strangolare o evitare la concorrenza favorendo intese tra soggetti tenuti a competere per il fatto di avere manifestato la volontà di partecipare separatamente alla procedura*".

Non solo. Secondo il Consiglio di Stato, infatti, emergerebbe anche un rischio ulteriore (legato al divieto di partecipazione alla medesima gara di imprese sostanzialmente collegate): quello per cui "imprese prequalificatesi singulatim possano anche solo tentare un accordo per costituire un raggruppamento, così scambiandosi le relative informazioni sulle future offerte, per poi decidere di mantenere la propria domanda individuale in caso di sbocco non fruttuoso dell'approccio negoziale".

5. Vi è da sottolineare, inoltre, il fatto che la sentenza del Consiglio di Stato n. 1267/2006 facesse riferimento, a sostegno dei propri argomenti, ad una pronuncia dell'Autorità garante per la concorrenza e del mercato (n. AS251, 7 febbraio 2003) con la quale detto organismo auspicava, allo scopo di garantire la partecipazione alla gara del più ampio numero di imprese possibile, un corretto utilizzo di strumenti as-

sociativi quali il raggruppamento temporaneo d'impresе. In proposito, l'Autorità evidenziava come l'a.t.i., proprio in quanto strumento di collaborazione tra le imprese, possa facilmente prestarsi ad un uso restrittivo della concorrenza, attuale o potenziale, tra le imprese stesse, contrastante con la sua *ratio* anti-monopolistica e pro-concorrenziale, volta invece ad ampliare il novero degli offerenti ed accentuare, per tale via, il confronto concorrenziale in sede di gara. L'Autorità riteneva pertanto legittimo che Consip limitasse la possibilità di associarsi in r.t.i. da parte di due o più imprese che singolarmente sarebbero in grado di soddisfare i requisiti finanziari e tecnici per poter partecipare alla gara.

6. Il *revirement* del Consiglio di Stato è poi intervenuto nel 2008 (Sezione VI, 20 febbraio 2008, n. 588).

In quest'occasione il Collegio, dopo aver premesso – anche al fine di giustificare il discostamento dal precedente di peso di soli due anni prima – che la questione veniva nell'occasione affrontata per la prima volta nell'ambito di una gara di appalto di lavori pubblici, sviluppava le seguenti considerazioni.

Innanzitutto, sotto il profilo strutturale della procedura di gara, evidenziava come, pur in presenza di una sostanziale unitarietà del procedimento di evidenza pubblica, che si apre con la pubblicazione del bando per concludersi con l'aggiudicazione definitiva, la fase di pre-qualificazione assolve all'esclusiva funzione di accertare il possesso dei requisiti di partecipazione (con la conseguente selezione delle imprese da invitare) e sia quindi ben distinta dalla gara vera e propria, in cui a seguito delle lettere di invito vengono presentate le offerte.

Sotto il profilo dei principi, il Consiglio di Stato rilevava invece come *“nel diritto comunitario il raggruppamento temporaneo di imprese sia considerato uno strumento pro-competitivo, il cui utilizzo non è limitato alle imprese prive dei requisiti individuali di qualificazione”* e che *“l'ammissibilità del raggruppamento di imprese qualificatesi separatamente non può, inoltre, derivare da un eventuale uso distorto di tale strumento: a fronte di fattispecie, in cui si può ipotizzare che il raggruppamento delle imprese maggiori riduca l'effettiva concorrenza e incida negativamente sull'interesse della stazione appaltante a poter contare su un numero più ampio di offerte, si può presentare il diverso caso dell'introduzione con la lettera di invito di elevati requisiti, richiesti anche solo ai fini della valutazione dell'offerta, che fanno sorgere la necessità di riunione di soggetti già qualificati in modo separato e tale riunione può avere effetti pro-competitivi per impedire che i requisiti elevati finiscano per restringere l'effettivo ambito della competizione. Si tratta in entrambi i casi di situazioni specifiche, da cui non si possono trarre*

elementi per introdurre, o meno, un divieto in via giurisprudenziale, ma che possono essere valutate dal legislatore per decidere se sia opportuno introdurre tale divieto, che - si ribadisce - non è stato finora introdotto".

Proprio l'assenza di un divieto espresso, secondo i giudici di Palazzo Spada, non consentirebbe in alcun modo di introdurre detto divieto per via pretoria. Si tenga presente, peraltro, che tutte le considerazioni che precedono venivano sviluppate con riguardo alla normativa *ratione temporis* applicabile, ossia l'art. 13 della l. n. 109/1994.

7. Tornando alla fattispecie che qui ci occupa, il giudice amministrativo è stato chiamato quindi ancora una volta a prendere posizione sulla questione, sebbene, come già detto, in questo caso non si trattasse di procedura ristretta ma pur sempre di procedimento ad inviti, quale la procedura negoziata.

In primo grado, il T.A.R. Basilicata, Potenza, sez. I, 5 ottobre 2011, n. 488, aveva rigettato il motivo di ricorso, inserendosi dunque nel solco della sentenza del Consiglio di Stato del 2008 (cfr. in termini, ad ogni modo, anche T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 10 marzo 2009, n. 68 e T.A.R. Piemonte, Torino, sez. I, 14 gennaio 2009, n. 82).

In particolare, il Tribunale di Potenza rilevava come nella legge non viga alcun divieto espresso in tal senso. Viceversa, il legislatore avrebbe inteso favorire il fenomeno del raggruppamento di imprese, individuando nella fase di presentazione dell'offerta il momento della procedura da cui decorre il divieto di modificabilità soggettiva della composizione dei partecipanti, divieto non operante nella fase di prequalificazione. La questione veniva inoltre affrontata, a differenza della pronuncia del Consiglio di Stato del 2008, anche alla luce del disposto del comma 12 dell'art. 37, introdotto dal legislatore con l'entrata in vigore del codice del 2006. Per il T.A.R., infatti, proprio da tale disposizione emerge come il legislatore abbia inteso proprio favorire il fenomeno del raggruppamento di imprese e individuare nella fase di presentazione dell'offerta il momento della procedura dal quale scaturisce il divieto di modificabilità soggettiva della composizione dei partecipanti.

8. La sentenza che si annota ha confermato sul punto la pronuncia di primo grado, mettendo ancor maggiormente in luce come, anche dal punto di vista letterale, sia l'art. 37, comma 12, che l'art. 125, comma 11, del codice dei contratti, facciano riferimento alla nozione di "operatore economico" e di "candidato", ossia di un soggetto che ancora deve presentare la propria offerta. Un'interpretazione differente non potrebbe invece armonizzarsi con il testo del comma 9 dell'art. 37 del codice, il quale vieta la modificazione della composizione delle a.t.i. all'indomani dell'offerta.

9. Merita, da ultimo, una menzione anche il parere di precontenzioso n. 48, del 10 aprile 2013, con il quale l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ha sottolineato ancora una volta che la fase esplorativa e la fase di vera e propria competizione - o di gara ancorché con procedura negoziata - devono essere tenute nettamente distinte. Infatti, la circostanza che in sede esplorativa, ed ai soli fini del sorteggio, il concorrente non potesse partecipare aderendo a diversi raggruppamenti temporanei trova la sua giustificazione nell'interesse a che il sorteggio si svolga in condizioni di parità. Per contro, una volta esauritasi la preselezione, ai candidati sorteggiati non potrebbe non riconoscersi la facoltà di associarsi in raggruppamento temporaneo di professionisti, secondo il libero apprezzamento di convenienza imprenditoriale, non rinvenendosi limitazione alcuna a che un concorrente non estratto si riaggreghi in una compagine associativa sorteggiata. Né a questa possibilità osterebbe alcuna disposizione normativa.