

LA SOSTITUZIONE E L'INVERSIONE INTERNE ALL'A.T.I.:

FIGURE E CONSIDERAZIONI.

prof. Vittorio Capuzza

docente di Diritto amministrativo nel Dipartimento di Scienze e Tecnologie della Formazione e nella Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali, Dipartimento di Giurisprudenza, dell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

Occorre distinguere la disciplina in relazione ai due momenti principali che formano l'appalto pubblico: la fase della gara ad evidenza pubblica e la fase dell'esecuzione del contratto.

1. LA DISCIPLINA DELL'A.T.I. E LA MODIFICABILITÀ SOGGETTIVA IN GENERALE.

La normativa di riferimento è costituita dall'art. 37 del Codice di cui al D.Lgs. n. 163/06, il quale viene a raccogliere in unità sistematica le precedenti disposizioni contenute nell'art. 13 comma 5-bis della L. n. 109/94 e nell'art. 94 dell'abrogato D.P.R. 21.12.1999, n. 554 (per le modificazioni soggettive dopo l'aggiudicazione dell'appalto).

In particolare, la disposizione che rileva è espressa nel comma 9 dell'art. 37 (corrisponde al comma 5-bis dell'art. 13 dell'abrogata Legge Merloni), il quale dispone un divieto di modificazioni soggettive dopo la presentazione dell'offerta: "*(...) è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari dei concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta*". La violazione di tale divieto - già imposto dall'art. 19, comma 3 della L. 55/90 - è sanzionata pesantemente dall'articolo 37, comma 10 del D.Lgs. 163/06 con l'annullamento dell'aggiudicazione o la nullità del contratto.

In altri termini, il divieto assoluto di cui all'art. 37, comma 9 di modificazioni soggettive nella composizione di un'associazione temporanea è circoscritto alla sole variazioni che possono intervenire "*nel corso della procedura di gara*" (o meglio, tra la presentazione dell'offerta e l'aggiudicazione), in quanto dopo l'eventuale aggiudicazione diviene operativo il regime di cui ai commi 18 e 19 dell'art. 37 che consente, in determinate circostanze, un mutamento soggettivo sia della capogruppo che della o delle mandanti.

Ciò significa che il divieto "assoluto" di modificare la composizione di un'ATI è circoscritto alla sola fase di gara vera e propria, dopo la quale, invece, il legislatore ha ammesso una "limitata" modificabilità soggettiva in ragione di eventi qualificabili sostanzialmente come di forza maggiore.

Lo "spartiacque" tra i due differenti regimi è dato quindi dalla chiusura della procedura di gara, che notoriamente coincide con l'aggiudicazione dell'appalto.

In quest'alveo normativo, rileva tuttavia un altro importante aspetto che riguarda unicamente la procedura di scelta c.d. ristretta (è l'abrogata licitazione privata).

1.1. LA MODIFICABILITÀ SOGGETTIVA NELLE PROCEDURE RISTRETTE.

Nell'ipotesi di procedura ristretta, precedentemente alla presentazione dell'offerta, vi è la fase di prequalifica, in cui l'amministrazione verifica in capo ai concorrenti la sussistenza dei requisiti generali e

speciali per partecipare alla gara; in particolare si tratta di una verifica preliminare dei requisiti dei concorrenti che è prodromica al loro eventuale invito a presentare l'offerta.

Per tali ragioni e finalità, la fase di prequalifica è una fase separata da quella di gara in senso stretto, e proprio sulla base di tale distinzione la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria hanno ritenuto inapplicabile nella c.d. prequalifica il principio di immodificabilità soggettiva previsto dall'art. 37 comma 9 in relazione alla sola gara e, quindi, hanno evidenziato la possibilità di operare modifiche soggettive del concorrente – sebbene limitatamente – per la fase precedente alla presentazione dell'offerta.

In dottrina era già stato rilevato che *“la disposizione contenuta nell'art. 13, comma 5-bis, legge n. 109/94, fissa il principio generale secondo cui è vietata “qualsiasi modificazione alla composizione delle associazioni temporanee e dei consorzi [...] rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta”..... Da tale disposizione consegue, in via immediata, che la preclusione a costituire o modificare una A.T.I. sorge solo al momento dell'avvenuta presentazione dell'offerta”*.¹

La stessa dottrina, con riferimento ovviamente all'allora vigente art. 13 della Legge Merloni, aveva anche specificato che *“il testo dell'art. 13, comma 5-bis, legge n. 109/94, individua con precisione il momento della presentazione dell'offerta come termine preclusivo per modificare una A.T.I.*

In secondo luogo, poi, il Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. V, 18 aprile 2001, n. 2335), recentemente, ha ammesso che “in una licitazione privata, la prequalificazione e il conseguente invito alla gara del soggetto selezionato non escludono che quest'ultimo, entro determinati limiti, possa presentare l'offerta, aggregando in associazione temporanea altre imprese o sostituendo alcune imprese già aggregate in fase di preselezione”.

Inoltre, dalla lettura dell'art. 93, comma 2, d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 (secondo cui, in caso di licitazione privata, di appalto concorso o di trattativa privata, l'impresa invitata individualmente dal soggetto appaltante ha la facoltà di presentare offerta o di trattare per sé e quale capogruppo di imprese riunite) e dell'art. 13 succitato, “emerge che sono ammissibili, nel periodo intercorrente tra la prequalificazione e la presentazione dell'offerta, modifiche soggettive, purché le stesse non siano tali da incidere in modo negativo sulla qualificazione del soggetto invitato alla gara. Deve in particolare ammettersi la possibilità di variazione soggettive anche nelle ipotesi in cui la prequalificazione sia avvenuta in relazione ad una associazione di imprese e la offerta sia presentata da un'associazione con composizione diversa, ma tale comunque da non modificare il soggetto capogruppo e da non incidere negativamente sulla qualificazione del gruppo”.

Pertanto, sempre secondo la giurisprudenza amministrativa, ciò vale “nel caso di semplice ampliamento dell'associazione con l'aggiunta di una o più imprese o anche con la sostituzione di un'impresa con altra in possesso di requisiti per la partecipazione superiori o quanto meno non inferiori a quelli della impresa sostituita”.

Secondo il Consiglio di Stato, pertanto, tali modificazioni sono ammissibili nel limite in cui non interessino il soggetto capogruppo e, comunque, non incidano negativamente sul possesso dei requisiti necessari per la qualificazione del gruppo.

¹ S. Caracciolo, *Brevi note in tema di modificazioni soggettive delle associazioni temporanee d'impresa*, in *www.amministrazione in cammino – Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione*, Appalti pubblici (a cura di Filippo Degni, Dover Scalera e Filippo Lacava), note e commenti, 30.12.2004, p. 1.

Su questo punto, però, per quanto dal contenuto della pronuncia si sia indotti a ritenere che dovrebbero considerarsi illegittime tutte le modifiche che, seppur intervenute nei limiti temporali previsti dalle norme, comportino una riduzione delle qualificazioni del raggruppamento, si ritiene che tale illegittimità sussista solo nei casi in cui la modificazione del numero delle imprese partecipanti o la sostituzione di una di esse comporti una eccessiva riduzione dei requisiti di qualificazione, tali da non garantire sufficientemente l'amministrazione.

Pertanto, alla luce del riferito quadro normativo e dell'orientamento giurisprudenziale anzidetto, si può concludere nel senso di ritenere ammissibili, a certe condizioni, le modifiche soggettive delle A.T.I., che intervengano nel periodo intercorrente tra la fase di prequalificazione e la presentazione dell'offerta".²

Da tale assunto risulta *ictu oculi* la possibilità legale per una ATI di modificare la propria composizione in un momento antecedente alla presentazione dell'offerta (anche se successivo alla fase di prequalificazione) seppure con determinati limiti.

I limiti di modifiche soggettive del raggruppamento indicati dalla stessa Autorità sono i seguenti:

- a) l'impossibilità di modificare il soggetto capogruppo;
- b) l'impossibilità di limitare le garanzie per l'amministrazione attraverso una riduzione dei requisiti (ad esempio attraverso la sostituzione di uno dei componenti del raggruppamento con un soggetto meno qualificato).

1.2. LINEE ERMENEUTICHE.

Anche la giurisprudenza ha indicato nel complesso analoghe argomentazioni ermeneutiche; infatti, già nella sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 20.02.08, n. 588 era stato affermato che *"emerge come il legislatore abbia inteso favorire il fenomeno del raggruppamento di imprese e individuare la presentazione dell'offerta come momento della procedura, da cui scatta il divieto di modificabilità soggettiva della composizione dei partecipanti.*

Tutte le citate disposizioni fanno riferimento all'offerta, che è cosa diversa dalla richiesta di invito, senza ricollegare in alcun modo il principio di immutabilità soggettiva alla fase della prequalificazione in caso di procedura ristretta.

In presenza di disposizioni espresse che non consentono la modifica della composizione dei partecipanti dopo l'offerta e in assenza di analogo divieto per la fase della prequalificazione, deve escludersi che si possa pervenire in via pretoria ad un divieto, non sancito dal legislatore".

Questa decisione del Consiglio di Stato rappresenta una delle più importanti pronunce che si inserisce sulla scia già ampiamente tracciata dai giudici amministrativi; infatti, anche in altre sentenze (*ex multis* cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 5.12.02, n. 6619) è stato rilevato che *"trova lineare applicazione la possibilità, già affermata dalla Sezione, di operare - nel periodo antecedente alla presentazione delle offerte - modificazioni alla compagine del soggetto invitato alla gara, sia esso impresa individuale che associazione temporanea, sempreché le stesse non siano tali (ma non risulta essere il caso) da incidere in modo negativo sulla qualificazione del soggetto medesimo e quindi sul possesso da parte del medesimo dei necessari requisiti (cfr. Cons. Stato, V, 18 aprile 2001, n. 2335)".*

Il Consiglio di Stato, sez. V, 18.09.03, n. 5309 dà quindi atto che *"deve, in sintesi, ritenersi impedito all'interprete introdurre, per via ermeneutica, la limitazione, voluta dalla ricorrente, alla partecipazione*

² S. Caracciolo, *Brevi note*, op. cit., pp. 2 e 3.

alla gara di imprese raggruppate, in assenza di un'espressa (e, in ipotesi, necessaria) previsione normativa in tal senso ed, anzi, in presenza di una disposizione che ammette la costituzione dell'a.t.i. con esclusivo riferimento al momento della presentazione dell'offerta".

Ancora, il Consiglio di Stato (IV, sentenza n. 4101/2007)- relativamente all'art. 13, comma 5-bis della l. 109/94 (come già detto, ora trasfuso nell'art. 37, comma 9 del D. Lgs. 163/2006) ed al caso da esso esaminato di recesso da parte dell'Impresa mandante - si è posto innanzitutto il compito di decifrare la funzione della disposizione da ultimo citata nonché di *"definire, in coerenza con le finalità identificate, i contenuti della sua portata precettiva e descrivere, da ultimo, i confini della fattispecie con la stessa disciplinata, onde verificare l'ascrivibilità del caso di specie al novero delle situazione soggette al relativo divieto (ed alla pertinente sanzione di invalidità)";* ebbene, il Supremo organo di giustizia amministrativa ha statuito al riguardo che *"Il principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle procedure di affidamento degli appalti pubblici, consacrato e cristallizzato dall'art.13, comma 5-bis, l. n.109/94, deve intendersi, in particolare, giustificato dall'esigenza di assicurare alle amministrazioni aggiudicatrici una conoscenza piena dei soggetti che intendono contrarre con esse, al precipuo fine di consentire un controllo preliminare e compiuto dei requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria dei concorrenti ed all'ulteriore scopo di impedire che tale verifica venga vanificata od elusa con modificazioni soggettive, in corso di gara, delle imprese candidate (cfr., da ultimo, Cons. St., sez.V, 3 agosto 2006, n.5081). Così definita la ratio del divieto in esame, si deve, allora, rilevare, in conformità con la finalità della disposizione (per come appena individuata), che lo stesso deve leggersi come inteso ad impedire l'aggiunta o la sostituzione di imprese partecipanti all'a.t.i. e non anche a precludere il recesso di una o più imprese dall'associazione (ovviamente nel caso in cui quella o quelle che restano a farne parte risultino titolari, da sole, dei requisiti di partecipazione e di qualificazione). Mentre, infatti, nella prima ipotesi (aggiunta all'a.t.i., in corso di gara, di un'impresa o sostituzione di un'impresa con un'altra nuova) resta impedito all'amministrazione un controllo tempestivo e completo del possesso dei requisiti anche da parte della nuova compagine associativa, con grave ed irreparabile pregiudizio dell'interesse pubblico alla trasparenza delle procedure finalizzate alla selezione delle imprese appaltatrici ed alla affidabilità, capacità, serietà e moralità di queste ultime, nella seconda (recesso di un'impresa dall'a.t.i. ed intestazione della sua quota di partecipazione all'impresa o alle imprese rimanenti) le predette esigenze non risultano in alcun modo frustrate. Nell'ipotesi da ultimo considerata, infatti, l'amministrazione, al momento del mutamento soggettivo (che, se rilevante, deve intervenire dopo la fase di qualificazione), ha già provveduto a verificare i requisiti di capacità e di moralità dell'impresa o delle imprese che restano, sicchè i rischi che il divieto in questione mira ad impedire non possono più verificarsi (non essendo possibile, nella situazione considerata, l'ingresso nella compagine associativa di imprese prive dei requisiti prescritti). Così descritte ratio e portata precettiva della disposizione, -alla quale rimane quindi estranea la tipologia cui è riconducibile quella che in questa sede viene in rilievo- si deve, peraltro, osservare che, nel caso di specie, riguardato in quella che è stata la sua evoluzione in concreto, non solo la concentrazione del rapporto in capo alla sola I." mandataria (n.d.r.) "non ha determinato alcun effettivo pregiudizio per gli interessi pubblici (sopra identificati) alla cui tutela risulta preordinato il divieto in questione radicalmente sanzionato (non essendo contestato il possesso da parte sua dei requisiti di moralità e di capacità), ma il recesso di S." mandante (n.d.r.) "che costituisce il presupposto della stipula del contratto solo con I., era stato espressamente autorizzato dall'ANAS (che aveva, quindi, avuto modo di controllare contestualmente la permanenza in capo alla sola società rimanente dei titoli di idoneità all'esecuzione dell'appalto), sicchè la modifica soggettiva nella specie censurata dall'Autorità si rivela, in quanto governata ed autorizzata dalla stessa amministrazione aggiudicatrice (custode degli interessi pubblici protetti dalla disposizione), del tutto incapace, anche in concreto (oltre chè in astratto, come già rilevato), di determinare quel danno che il divieto in esame si prefigge di scongiurare. Alla riscontrata inapplicabilità della disposizione in rassegna al caso (qui controverso) della fuoriuscita di un'impresa da un'a.t.i. (e senza l'ingresso, al suo posto, di un'impresa nuova) prima della stipulazione del contratto d'appalto consegue l'illegittimità del provvedimento dell'ANAS impugnato in primo grado, siccome adottato sulla base dell'erroneo presupposto*

della violazione dell'art.13, comma 5-bis, l. n.109/94 e dell'applicazione della sanzione stabilita, per il caso dell'inosservanza del divieto ivi previsto, dall'art.93, comma 3, del d.P.R. 21 dicembre 1999, n.554".

Occorre altresì aggiungere che, ovviamente, la giurisprudenza non ammette una modifica di un concorrente in senso assoluto, bensì vi pone specifiche limitazioni, con conseguente necessità di un successivo e nuovo controllo da parte dell'amministrazione appaltante sul soggetto così come modificato.

Il controllo, come è logico, riguarderà soprattutto i profili *sostanziali* (quali la presenza in capo al soggetto dei requisiti generali o speciali, che nel caso di inversione fra mandante e mandataria sarebbero per quanto concerne la nuova capogruppo diversamente valutati rispetto all'avvenuta prequalifica). In particolare, la stazione appaltante dovrà effettuare un nuovo controllo sull'intera ATI poiché le originarie quote (di qualificazione, di partecipazione e di esecuzione, che devono coincidere per il noto principio di equivalenza) inequivocabilmente mutano. Dunque, poiché la giurisprudenza considera dovuta la corrispondenza tra le tre quote (qualificazione, partecipazione, esecuzione), una semplice modifica delle quote originarie potrebbe comportare una variazione, anche minima, e quindi un'asimmetria tra le stesse, con il conseguente rischio di esclusione dell'ATI stessa. Infatti il Consiglio di Stato (Consiglio di Stato, sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2310) ha chiarito che *"la normativa vigente «si impernia su un principio di corrispondenza sostanziale, già nella fase della offerta, tra quote di qualificazione e quote di partecipazione all'ATI (cfr. art. 13 comma 1 della legge n. 109/1994) e tra quote di partecipazione e quote di esecuzione (art. 93 comma 4 d.P.R. n. 554/1999)» (C.G.A. 13 giugno 2005 n. 358)"*.

2. LA MODIFICABILITÀ SOGGETTIVA NELL'A.T.I. IN FASE ESECUTIVA.

Occorre proseguire con il richiamo al disposto di cui all'art. 37, comma 13 del D.Lgs. n. 163/06, in forza del quale *"i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento"*.

Anche in questa ipotesi l'indicazione delle quote di partecipazione all'ATI deve essere effettuata in sede di offerta; l'assetto fissato in sede di offerta non può subire modificazioni nel corso dell'appalto, in quanto il principio sancito dall'art. 37, comma 13 ha lo scopo di obbligare al rispetto della proporzionalità tra il *quantum* di partecipazione di ogni impresa nell'ATI aggiudicataria e il *quantum* delle prestazioni da eseguire da parte di ognuna delle imprese riunite, sulla base dei requisiti posseduti al momento della gara.

Come già detto, la variazione in aumento o diminuzione della quota di un'impresa associata comporta logicamente simmetricamente la riduzione o l'aumento delle quote di altre imprese dell'ATI, con l'ulteriore conseguenza della variazione dell'entità delle prestazioni da eseguire da ognuna delle stesse imprese. Il che si risolverebbe in una alterazione di fatto delle condizioni in base alle quali è stata accettata l'offerta.

D'altro canto, a conferma della impossibilità di modificare il riparto della partecipazione al raggruppamento come definito in sede di offerta, vigono i su richiamati commi 9 e 10 dell'art. 37 del Codice dei contratti pubblici.

Certo è che in fase esecutiva la legge consente – a determinate condizioni - che le imprese associate facciano richiesta di eventuali modifiche delle rispettive quote per fatti sopravvenuti e, con il consenso della stazione appaltante, che mutino tali rapporti e la conseguente esecuzione/fatturazione delle prestazioni di contratto. La disciplina dettagliata è contenuta nei commi 18 e 19 dell'art. 37 del D.Lgs. n. 163/2006, ai quali – giova sempre precisarlo - non si applica la disciplina contenuta nell'art. 140 del Codice.

Inoltre, due figure debbono essere in breve considerate: il subappalto e l'avvalimento, entrambe infra-ATI.

Il *subappalto*, previsto e disciplinato dall'art. 118 del Codice, è un subcontratto che può certamente essere stipulato, con la relativa autorizzazione della stazione appaltante, con soggetti esterni al raggruppamento temporaneo e non già fra imprese che compongono la stessa ATI. Se così non fosse, l'istituto del subappalto sarebbe *de facto* un mezzo per aggirare le quote dichiarate dalle imprese del raggruppamento.

Dunque, è pacificamente esclusa la possibilità di un subappalto fra l'impresa mandataria di un'ATI e l'impresa mandante.

Discorso in parte diverso è da farsi relativamente all'istituto dell'*avvalimento* "infra-ATI", prima di tutto perché in tal caso il subappalto è tipizzato dal Legislatore, nei limiti dei requisiti prestati.

È noto che venga generalmente riconosciuto l'avvalimento "infra-ATI" in forza della previsione della Direttiva CE del 31 marzo 2004 n. 18, all'art. 47, paragrafo 3°, ed è altrettanto noto in giurisprudenza che il comma 10 dell'art. 49 (risultante dalla modifica apportata al Codice dal I Decreto correttivo, il D.Lgs. 26/1/2007, n. 6): *"expressis verbis ammette, in soluzione di continuità con il precedente testo, che "l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati", conformandosi in tale modo al prevalente indirizzo giurisprudenziale, consolidatosi nel senso di ritenere il subappalto come strumento ordinario di cooperazione tra imprese, in quanto tale idoneo a comprovare il possesso per relationem alle capacità di altro soggetto dei requisiti di idoneità tecnica, economica e finanziaria di partecipazione ad una gara (così Cons. Stato, Sez. V, 7/2/2003, n. 645). E' dunque vero che l'art. 49, IV comma, del codice, nel recepire la, invero stringata sul punto, direttiva comunitaria, ha in qualche modo riconosciuto un "rilievo esterno" all'impresa ausiliaria, la quale è responsabile in solido (con il concorrente) nei confronti della Stazione appaltante in relazione alle prestazioni dedotte in contratto, ma è altrettanto vero che tale disciplina deve essere coordinata con quella del subappalto, ove a tale figura contrattuale si intenda fare ricorso per il "prestito" dei requisiti e la "messa a disposizione delle risorse". Ed allora, non solo alla stregua di quanto espressamente prescritto dall'art. 49, X comma, secondo cui l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati, ma anche in considerazione del fatto che il subappalto rientra nella categoria del contratto derivato (o subcontratto), nozione idonea ad evidenziare la condizione di distinzione e di coesistenza dei contratti, deve ritenersi che la responsabilità solidale del subappaltatore sia limitata alla prestazione subappaltata (altro problema è, evidentemente, quello della compatibilità o meno della "quota subappaltabile" ex art. 118 del codice, e del connesso regime vincolistico, con la disciplina propria dell'avvalimento)"* (TAR, Lazio, Roma, sez. III Ter, n. 14081/2007).

Ma, a fronte di tutto ciò, è pur vero che, il comma 10 dell'art. 49 sancisce che: *"Il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione"*.

Dunque, lasciando in disparte ogni valutazione sull'entità massima che sia legittimo assentire all'impresa ausiliaria nel subappalto (il quale è possibile nei "limiti dei requisiti prestati" - sul punto si fa rinvio a quanto da ultimo precisato dall'AVCP nella Determinazione n. 2 del 01/08/2012), nell'ipotesi in generale in cui l'impresa mandante avesse eventualmente prestato requisiti speciali all'impresa mandataria (o viceversa) dell'ATI stessa, non avrebbe, in sede di esecuzione, comunque diritto al relativo certificato di esecuzione in forza del disposto del comma 10 dell'art. 49 del Codice, che assegna l'esecuzione del contratto unicamente all'impresa ausiliata (e quindi all'ATI, secondo le quote di partecipazione).

prof. Vittorio Capuzza