

Gli istituti a tutela della maggior partecipazione nelle procedure ad evidenza pubblica - le associazioni temporanee d'impresa

Autore: Laura Facondini

In: Diritto amministrativo

La possibilità di partecipare ad una **gara ad evidenza pubblica** è consentita solo agli operatori economici in possesso di determinati requisiti. È possibile distinguere due tipologie di requisiti: quelli soggettivi, di ordine generale di onestà ed affidabilità morale e quelli oggettivi di capacità economica finanziaria e tecnico organizzativa. I requisiti oggettivi attengono alla capacità economica finanziaria e tecnico organizzativa. L'art. 83 comma 1 del d.lgs. n. 50 del 2016, codice dei contratti pubblici, prevede che "i criteri di selezione riguardano esclusivamente: a) i requisiti di idoneità professionale; b) la capacità economica e finanziaria; c) le capacità tecniche e professionali". Il legislatore prevede alcuni istituti a tutela di una più ampia partecipazione di operatori economici che intendono partecipare ad una gara pubblica, consentendo a soggetti privi di requisiti di partecipare alla gara avvalendosi dei requisiti di altro soggetto o formando un raggruppamento.

Volume consigliato

Le associazioni temporanee d'impresa

Le associazioni temporanee di imprese (A.T.I.) o raggruppamenti temporanei (R.T.I) sono formule negoziali attraverso cui si realizza una **forma di collaborazione temporanea e occasionale tra operatori economici, finalizzata alla partecipazione insieme alle gare per l'affidamento di appalti**.

Tale forma ha la funzione di garantire la più ampia concorrenza, in quanto consente la partecipazione alle gare pubbliche anche a quei soggetti che se considerati singolarmente non avrebbero i requisiti per poter partecipare.

L'associazione temporanea di impresa è un **mandato** conferito ad un'impresa (c.d capogruppo o mandataria) da parte di altre imprese (mandanti). In forza di tale mandato la capogruppo concorre alla gara in nome e per conto di tutte le imprese raggruppate, assumendo la piena ed esclusiva

rappresentanza delle stesse nei confronti della stazione appaltante.

Le imprese sono tutte responsabili in solido nei confronti dell'Amministrazione.

Le associazioni temporanee di imprese possono essere **orizzontali**, quando tutte le imprese che partecipano all'associazione sono in possesso della stessa specializzazione e tra loro vi è una ripartizione qualitativa dei lavori.

Le associazioni temporanee di imprese possono essere **verticali** quando la ripartizione è qualitativa, nel senso che la capogruppo esercita il servizio, compie l'opera prevalente, mentre le mandanti realizzano le opere delle altre categorie indicate come scorporabili.

Le associazioni temporanee di imprese possono essere **miste** quando, in presenza di un appalto complesso, le opere della categoria prevalente vengono assunte da un'associazione orizzontale composta da questa e le mandanti.

In Giurisprudenza è consolidato l'orientamento secondo il quale, negli appalti di servizi e forniture, in assenza di diversa previsione specifica nella lex specialis, i requisiti di qualificazione possano essere posseduti dal raggruppamento nel suo complesso. Già anteriormente all'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 27 del 2014 rilevava che "nel settore dei servizi, in mancanza di una predeterminazione normativa o regolamentare dei requisiti di capacità tecnico/organizzativa ed economico/finanziaria - la relativa disciplina non prescrive, quale quota percentuale dei requisiti di qualificazione e/o di capacità debba essere posseduta da ciascuna impresa componente il raggruppamento, affidando le relative determinazioni alla discrezionalità della singola stazione appaltante - per cui spetta alla stazione appaltante il compito di definire nella lex specialis, in relazione al contenuto della prestazione, i requisiti d'idoneità che devono essere posseduti dalle imprese componenti il raggruppamento".

Tale orientamento è stato ribadito anche nel contesto normativo dell'attuale codice in seguito alla pronuncia dell'Adunanza plenaria n. 6 del 2019 (cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 novembre 2019, n. 7805: "Né la conclusione raggiunta trova smentita nel principio di diritto recentemente espresso con decisione dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio, 27 marzo 2019, n. 6, riferendosi quest'ultimo ai soli appalti di lavori (per i quali trova applicazione la disciplina speciale di cui all'art. 92, comma 2, del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207), laddove l'odierna vertenza concerne un appalto di servizi, per il quale trovano dunque applicazione i consolidati principi sovra richiamati").

Ne consegue che nell'ipotesi "di mancata definizione di una "soglia minima" per i predetti requisiti da parte della stazione appaltante, il servizio oggetto di gara ben poteva essere aggiudicato ed eseguito da operatori economici perfino privi del requisito purché, naturalmente, detto requisito fosse posseduto cumulativamente dal raggruppamento. In assenza pertanto di una espressa previsione di requisiti minimi in capo ai mandanti, ben poteva a rigore la sola mandataria - come avvenuto nel caso di specie - indicare il

possesso della totalità dei requisiti prescritti, dei quali si sarebbe giovato il raggruppamento nel suo insieme" (Consiglio di Stato sez. V, n. 8249/2019); laddove invece la stazione appaltante si sia avvalsa della facoltà di definire la soglia minima in cui il requisito di capacità tecnica e professionale deve essere posseduto dal singolo componente del raggruppamento, il mancato possesso dello stesso nella misura predeterminata dal bando è causa di esclusione.

La problematica dei raggruppamenti sovrabbondanti

L'AGCM ha sollevato in passato la problematica delle a.t.i. sovrabbondanti, ovvero la possibilità che imprese si associno, aventi già di per sé i requisiti per partecipare ad una gara, sollecitando le stazioni appaltanti pur nel silenzio del legislatore a limitare tale strumento (cfr. AS 251 7 febbraio 2003).

Tuttavia, la Giurisprudenza prevalente è orientata nel senso che la vigente disciplina in materia di appalti non vieti ad imprese aventi già di per sé i requisiti di partecipazione di associarsi temporaneamente in vista della gara, e che pertanto un'a.t.i. sovradimensionata non sia di per se illecita (cfr. Cons. Stato 588 2008).

Nella segnalazione AGCOM AS880 del 28 settembre 2011 in relazione all'inserimento nei bandi di gara, nonché alla loro applicazione da parte delle stazioni appaltanti, di clausole che escludono a monte la partecipazione alla gara di raggruppamenti temporanei di imprese ("RTI") costituiti da due o più imprese che già singolarmente possiedono i requisiti finanziari e tecnici per la partecipazione alla gara, l'Autorità ha suggerito "l'adozione di un approccio più dinamico rispetto a quanto già suggerito in passato alle stazioni appaltanti", ritenendo che "la possibilità di escludere i raggruppamenti temporanei a seguito di un'analisi che tenga conto della struttura e delle dinamiche caratterizzanti il mercato interessato, nonché di qualsiasi altro elemento da cui possa desumersi una precisa volontà anticoncorrenziale delle imprese coinvolte, appare sicuramente più aderente alla ratio dell'articolo 101 TFUE e all'esigenza di tutelare gli acquisti pubblici dalle inefficienze ricollegabili a possibili comportamenti collusivi delle imprese".

L'ormai consolidato orientamento dell'Autorità pone infatti a fondamento della possibile inclusione di una clausola di esclusione del RTI "sovrabbondante", il principio di proporzionalità, riconoscendo la possibilità di escludere il raggruppamento solo ove questo, nel caso concreto, presenti connotazioni tali da potersi ritenere macroscopicamente anticoncorrenziale e, dunque, in contrasto con l'art. 101 TFUE e/o l'art. 2 l. n. 287/90.

L'avvalimento

L'avvalimento è un istituto di derivazione comunitaria che permette all'operatore economico che intende partecipare ad una gara ma che non abbia taluni requisiti richiesti dal bando di avvalersi di risorse, mezzi

e strumenti di altro operatore economico.

La **ratio** dell'istituto è quella di ampliare la platea dei possibili contraenti della pubblica amministrazione.

L'articolo 89, comma 1, del Codice dei contratti prevede che: "l'operatore economico, singolo o raggruppamento di cui all'articolo 45, per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara, e, in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all'articolo 80, nonché il possesso dei requisiti di qualificazione di cui all'articolo 84, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche di partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste".

L'avvalimento non può risolversi in un prestito meramente cartolare del requisito di partecipazione ma occorre che si possa fare un reale affidamento sui requisiti oggetto di avvalimento. (**Tar Trento, sentenza n. 121 del 1/10/2019** "Il possesso da parte dell'impresa ausiliaria dell'attestazione SOA non accompagnato da un contratto che indichi espressamente quali mezzi e risorse vengono messi a disposizione dell'ausiliata non consente che la stazione appaltante possa confidare su un impegno contrattuale certo e vincolante per le proprie aspettative di buona riuscita del servizio").

Volume consigliato

<https://www.diritto.it/gli-istituti-a-tutela-della-maggior-partecipazione-nelle-procedure-ad-evidenza-pubblica-le-associazioni-temporanee-dimpresa/>