

Aumento della concorrenzialità e divieto di partecipare in Ati di imprese già autonome (TAR Sent. N.00029/2012)

Autore: Lazzini Sonia

In: Appalti pubblici

Impossibilità di Ati alle imprese singolarmente idonee a prendere parte alla gara

La giurisprudenza (cfr. Cons. St., 19/6/09 n.4145) ha ritenuto legittimo il bando di gara laddove, in considerazione delle specifiche caratteristiche del mercato oggetto della procedura di gara e al fine di assicurare una maggiore concorrenza, non ammetta la partecipazione in r.t.i. di due o più imprese che siano in grado, “uti singulae”, di soddisfare i requisiti economici e tecnici richiesti.

Ciò, al chiaro fine di evitare che il consentire la riunione fra loro in a.t.i. alle imprese in grado di partecipare singolarmente comporti il rischio d’una restrizione della schiera dei partecipanti alla gara con conseguente riduzione della concorrenzialità.

La scelta effettuata, con la clausola “de qua”, dalla stazione appaltante, è del resto nel senso di quanto indicato dall’Autorità Garante della concorrenza e del mercato (AS251 del 30/1/03) secondo cui, pur essendo i raggruppamenti temporanei di imprese uno strumento idoneo ad accentuare il confronto concorrenziale tra i partecipanti alle pubbliche gare, le stazioni appaltanti possono valutare di prevedere una limitazione alla possibilità di associarsi in a.t.i. per le imprese che, come singole, sarebbero in grado di partecipare alla gara. Nella specie, l’esito negativo della precedente procedura di affidamento, andata deserta in relazione al fatto che era pervenuta una sola offerta valida, ha quindi spinto l’amministrazione a inserire la clausola in questione proprio per garantire maggiore concorrenzialità.

Tenuto conto, pertanto, della ratio anti-monopolistica e pro-concorrenziale del RTI, volta ad ampliare il novero degli offerenti ed accentuare, per tale via, il confronto concorrenziale in sede di gara, appare legittimo che le stazioni appaltanti, e nella fattispecie CONSIP, pur nel silenzio della legge, limitino la possibilità di associarsi in RTI da parte di due o più imprese che singolarmente sarebbero in grado di soddisfare i requisiti finanziari e tecnici per poter partecipare alla gara. D'altra parte, l'imposizione di limiti al ricorso all'istituto del RTI è conforme alla stessa ragion d'essere della gara, che è quella di garantire che la fornitura pubblica abbia luogo alle condizioni che emergono come risultato di un confronto concorrenziale tra una pluralità di fornitori alternativi.

Solo in presenza di esigenze eccezionali dell'amministrazione - che andrebbero debitamente motivate nel bando, in modo da esplicitare le ragioni per cui, nella specie, il raggruppamento delle imprese singolarmente idonee a prendere parte alla gara può avere di per sé una valenza per così dire "virtuosa" - potrebbe ammettersi, in via del tutto straordinaria, il raggruppamento anche tra imprese che singolarmente possiedono i requisiti richiesti dal bando

Al di fuori di queste ipotesi, tale previsione del RTI sarebbe contraria alla ratio dell'istituto.

Ecco il documento dell'Antitrust

AS251 - BANDI PREDISPOSTI DALLA CONCESSIONARIA SERVIZI INFORMATICI PUBBLICI -

CONSIP S.P.A.

Roma, 7 febbraio 2003

Ministero dell'Economia e delle Finanze

Dipartimento dell'Amministrazione Generale,

del Personale e dei Servizi del Tesoro

Ufficio per la razionalizzazione degli acquisti

nella Pubblica Amministrazione

Consip Spa

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nell'ambito dei compiti ad essa espressamente assegnati

dall'articolo 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, ha formulato dei pareri in merito ad alcuni bandi di gara per

l'approvvigionamento di beni e servizi per le amministrazioni pubbliche sottoposti alla sua attenzione dalla

Concessionaria Servizi Informatici Pubblici - CONSIP Spa.

Alla luce dell'esperienza maturata dall'analisi dei suddetti bandi, l'Autorità reputa ora opportuno, ai sensi della citata

disposizione, provvedere all'individuazione e al suggerimento di criteri generali per la predisposizione di bandi di gara

che, nel rispetto della vigente normativa di settore nazionale e comunitaria, siano rispettosi dei principi della

concorrenza.

L'Autorità ritiene che una corretta procedura di gara debba garantire la più ampia partecipazione di soggetti interessati

al processo di selezione. Il raggiungimento di tale obiettivo richiede, da un lato, la definizione di requisiti di accesso alla

gara che siano tali da delineare nuove e maggiori opportunità di partecipazione alle imprese presenti nel settore,

dall'altro, un utilizzo corretto, sotto il profilo concorrenziale, di istituti quali il raggruppamento temporaneo d'impresa.

Con specifico riguardo ai requisiti di accesso, deve evidenziarsi che l'Autorità ha già avuto modo di

segnalare gli effetti

negativi per la concorrenza di disposizioni e prescrizioni contenute nei bandi di gara che non siano redatte in funzione

delle caratteristiche economiche e tecniche del bene o del servizio richiesto, ovvero che limitino ingiustificatamente la

partecipazione delle imprese mediante fissazione di criteri di preselezione eccessivamente rigidi.

In particolare, relativamente ai requisiti economico-finanziari, l'Autorità ha espressamente chiarito che "i requisiti di

idoneità e di solidità economica e finanziaria richiesti alle imprese ai fini della partecipazione alle gare d'appalto

devono rispondere a esigenze oggettive dell'amministrazione e, più in generale, ai principi di ragionevolezza e di

imparzialità che regolano il legittimo esercizio della discrezionalità amministrativa"1.

D'altra parte, la definizione dei requisiti economico-finanziari deve valutarsi alla luce delle disposizioni contenute

nell'art. 13 del Decreto Legislativo 24 luglio 1992, n. 358 (come modificato dal Decreto Legislativo 20 ottobre 1998, n.

402), costituenti la normativa di riferimento per gli appalti pubblici di forniture di beni e, per gli appalti di pubblici

servizi, nell'art. 13 del Decreto Legislativo 17 marzo 1995, n. 157 (come modificato dalla Legge 1° marzo 2002, n. 39),

che al primo rinvia. In particolare, il comma 1 dell'articolo 13 del D.Lgs. 358/92 prevede espressamente che la capacità

economico-finanziaria possa essere dimostrata mediante una dichiarazione attestante il fatturato globale d'impresa e

l'importo relativo a forniture identiche a quella oggetto della gara realizzate negli ultimi tre esercizi (dichiarazione da

presentarsi in via alternativa o cumulativa a idonee dichiarazioni bancarie e bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa); il

comma 3 opportunamente specifica che, "se il fornitore non è in grado, per giustificati motivi, di presentare le referenze

1 [Segnalazione AS187 del 28 settembre 1999, Bandi di gara in materia di appalti pubblici, in Bollettino n. 48/1999.]

richieste, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato

idoneo dall'amministrazione".

Alla luce delle precedenti considerazioni, l'Autorità auspica l'inserimento nei bandi di gara dei seguenti requisiti:

i) l'attestazione di un livello di fatturato specifico conseguito cumulativamente nel biennio precedente all'espletamento

della gara di ammontare non superiore al valore massimo della fornitura indicato nel bando, da computarsi con

riferimento al medesimo arco temporale preso a base per il calcolo del fatturato specifico;

ii) in alternativa al requisito di un determinato livello del fatturato globale, l'attestazione del possesso di requisiti in

grado di fornire un'adeguata garanzia all'ente appaltante senza tuttavia costituire un ostacolo eccessivo alla

partecipazione, quali, ad esempio, il possesso di una referenza bancaria rilasciata da un primario istituto di credito;

iii) il rinvio esplicito al contenuto dell'art. 13, comma 3, D.Lgs. 24 luglio 1992, n. 358 (o dell'omologa disposizione di

cui all'art. 13, comma 3, D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157), che consente alle imprese di provare la propria capacità

economica e finanziaria mediante il deposito di documentazione alternativa al bilancio, anche al fine di evitare la

preclusione alla gara per le imprese la cui costituzione è avvenuta in tempi immediatamente precedenti alla

pubblicazione del bando;

iv) il deposito di una cauzione provvisoria il cui importo sia calcolato sulla base del valore annuale della fornitura,

atteso che la funzione di tale garanzia risiede soltanto nell'assicurare la partecipazione alla gara da parte delle imprese e

non l'esecuzione delle forniture.

Le sopra richiamate previsioni appaiono coniugare l'esigenza avvertita da CONSIP di garantire la continuità e

affidabilità delle forniture con l'obiettivo di ampliare il numero dei partecipanti alla gara, rendendo più agevole la

partecipazione anche ad imprese con disponibilità economico-finanziarie minori.

In relazione alle caratteristiche tecniche richieste per i prodotti oggetto di fornitura, l'Autorità, nella citata segnalazione

AS187, ha già avuto modo di evidenziare come "le amministrazioni aggiudicatrici debbano porre grande cura nel

bandire le gare in maniera che il loro oggetto sia compiutamente identificato da un punto di vista economico e tecnico e

che i prodotti siano identificati con riferimento alle caratteristiche tecniche o economiche desiderate, senza per questo

limitarlo a una marca o a un brevetto specifico".

L'Autorità confida che i requisiti tecnici richiesti non siano tali da escludere, esplicitamente o implicitamente, la

possibilità per determinate imprese di partecipare alla gara. Nel caso di prodotti che per le loro specificità tecniche sono

caratterizzati da elevati switching costs dal lato del consumo, l'Autorità ha già sottolineato che deve essere posta

particolare attenzione alle modalità atte a garantire adeguate dinamiche concorrenziali nella fornitura tramite gara alle

pubbliche amministrazioni². Infatti, la previsione, nei capitolati tecnici, di specifiche caratteristiche, da un lato, può

vanificare la gara predeterminandone l'esito, dall'altro, può lasciare insoddisfatta quella porzione di domanda che

manifesti esigenze di beni con caratteristiche diverse da quelle previste dal bando. Né a tale ultima difficoltà potrebbe

farsi fronte mediante la predisposizione di un bando che, non introducendo restrizioni nelle caratteristiche tecniche dei

prodotti oggetto di fornitura, non precluda la partecipazione di fornitori di prodotti differenti, ciascuno caratterizzato da

elevati switching costs per gli utilizzatori; giacché, inevitabilmente, un solo fornitore risulterebbe aggiudicatario

dell'intera fornitura.

Per tali ragioni, l'Autorità, al fine di evitare sia ingiustificate restrizioni della concorrenza, sia un arbitrario

condizionamento degli utenti finali, suggerisce a CONSIP l'adozione di ogni necessaria misura per il soddisfacimento

dell'utenza che manifestasse esigenze di prodotti con specifiche tecniche differenti, non escludendo, per le relative

commesse, la predisposizione di altre procedure di evidenza pubblica.

Allo scopo di garantire la partecipazione alla gara del più ampio numero di imprese possibile, l'Autorità auspica,

inoltre, un corretto utilizzo di strumenti associativi quali il raggruppamento temporaneo d'imprese (RTI).

In proposito, l'Autorità intende ribadire che il RTI, proprio in quanto strumento di collaborazione tra le imprese, può

facilmente prestarsi ad un uso restrittivo della concorrenza, attuale o potenziale, tra le imprese stesse, esito certamente

2[Nei pareri resi sui bandi di gara predisposti da CONSIP per la fornitura di personal computer, portatili e desktop, l'Autorità ha evidenziato che la

previsione di particolari specifiche hardware e software consentiva la partecipazione alla gara ai soli produttori e/o fornitori di computer

appartenenti alla piattaforma PC-Windows. Cfr. pareri S509, "Fornitura di personal computer portatili e dei servizi connessi", e S520, "Fornitura

di personal computer desktop e dei servizi connessi".]

non desiderato dall'amministrazione appaltante, né tanto meno voluto dal legislatore comunitario e nazionale, stante la

valenza di principio fondamentale che la tutela della concorrenza ha sia nel Trattato CE, sia nella nostra Costituzione³.

Si osserva al riguardo che, secondo la consolidata giurisprudenza amministrativa e civile relativa al RTI⁴, la ratio

fondamentale dell'istituto è da individuarsi nella sua capacità di ampliare il novero dei partecipanti,

abbattendo le

barriere costituite dai requisiti dimensionali e tecnico-finanziari di volta in volta fissati dalle stazioni appaltanti. Questa

ratio esalta le potenzialità del RTI quale strumento idoneo ad accentuare il confronto concorrenziale in gara,

consentendo alla Pubblica Amministrazione di selezionare l'offerta migliore, in termini economici e tecnici, tra quelle

presentate da una platea più ampia di imprese.

Tenuto conto, pertanto, della ratio anti-monopolistica e pro-concorrenziale del RTI, volta ad ampliare il novero degli

offerenti ed accentuare, per tale via, il confronto concorrenziale in sede di gara, appare legittimo che le stazioni

appaltanti, e nella fattispecie CONSIP, pur nel silenzio della legge, limitino la possibilità di associarsi in RTI da parte di

due o più imprese che singolarmente sarebbero in grado di soddisfare i requisiti finanziari e tecnici per poter partecipare

alla gara. D'altra parte, l'imposizione di limiti al ricorso all'istituto del RTI è conforme alla stessa ragion d'essere della

gara, che è quella di garantire che la fornitura pubblica abbia luogo alle condizioni che emergono come risultato di un

confronto concorrenziale tra una pluralità di fornitori alternativi.

Solo in presenza di esigenze eccezionali dell'amministrazione - che andrebbero debitamente motivate nel bando, in

modo da esplicitare le ragioni per cui, nella specie, il raggruppamento delle imprese singolarmente idonee a prendere

parte alla gara può avere di per sé una valenza per così dire "virtuosa" - potrebbe ammettersi, in via del tutto

straordinaria, il raggruppamento anche tra imprese che singolarmente possiedono i requisiti richiesti dal bando⁵. Al di

fuori di queste ipotesi, tale previsione del RTI sarebbe contraria alla ratio dell'istituto.

L'Autorità intende, inoltre, esprimere alcune considerazioni in relazione alla scelta dell'amministrazione appaltante di

articolare la fornitura di un determinato bene o servizio in una pluralità di lotti.

Al riguardo, l'Autorità reputa che la suddivisione della fornitura in più lotti sia coerente con l'obiettivo di garantire la

partecipazione alla gara del maggior numero possibile di concorrenti; tuttavia, affinché si realizzi un effettivo confronto

competitivo tra le imprese, appare indispensabile che il numero dei lotti sia determinato in modo tale da risultare sempre

inferiore al numero dei partecipanti alla gara. Ciò implica, a sua volta, un'attenta considerazione da parte di CONSIP

delle caratteristiche e della struttura dei mercati di riferimento, volta ad una determinazione del numero dei lotti che

tenga conto, caso per caso e nei limiti delle informazioni disponibili, del numero e delle dimensioni degli operatori che

prenderanno parte alle gare.

Nell'ottica di evitare possibili situazioni di scarsa concorrenza tra le imprese in gara, l'Autorità è favorevole

all'inserimento nei bandi di gara di previsioni concernenti il divieto di partecipazione per le imprese - singole ovvero

riunite in raggruppamenti temporanei di impresa o consorzi - che abbiano rapporti di controllo o di collegamento ai

sensi dell'art. 2359, commi 1, 2 e 3 del Codice Civile con altre imprese partecipanti, a loro volta singolarmente o in

quanto componenti di RTI o consorzi, e all'esclusione dalla gara per "i concorrenti coinvolti in situazioni oggettive

lesive della par condicio tra i concorrenti e/o lesive della segretezza delle offerte".

Tali clausole, conformi alle più recenti e autorevoli affermazioni giurisprudenziali, appaiono utilmente volte a tutelare il

corretto e trasparente svolgimento della gara ed a evitare che il libero gioco della concorrenza e la conseguente scelta

del miglior contraente risultino (o anche solo possano risultare) alterate dalla presentazione di offerte che, pur

3 [Cfr. artt. 3 e 4, Trattato CE, artt. 41 e 117 , Costituzione e art.1, comma 1, legge n. 287/90, nonché, da

ultimo, Consiglio di Stato: VI, 1 ottobre 2002, n. 5156;

VI, 16 ottobre 2002, n. 5640.]

4 [Cfr.: Consiglio di Stato, VI, 22 marzo 2001 n.1682; Consiglio di Stato, V, 15 giugno 2001, n.3188; Consiglio di Stato, V, 18 ottobre 2001, n. 5517; Consiglio di

Stato, V, 30 aprile 2002 n. 2294; Consiglio di Stato, 30 gennaio 2001, n. 2641; Corte di Cassazione, I, 2 marzo 1996, n. 1650.]

5 [Cfr. Consiglio di Stato, VI, 8 aprile 2000, n. 2056, e TAR del Veneto 16 marzo 2002, n. 1097. In entrambe le pronunce, l'utilizzo dell'istituto da parte di

imprese singolarmente idonee a partecipare alla gara è ammesso con riferimento ad ipotesi particolari: si tratta di forniture consistenti in servizi di tesoreria di

pertinenza di enti pubblici locali, in cui l'aggregazione delle imprese è strettamente funzionale al soddisfacimento dell'interesse specifico della Pubblica

Amministrazione alla capillarità del servizio di tesoreria. Nella sentenza del Consiglio di Stato, VI, 8 aprile 2000, n. 2056, in particolare, si legge: "...

L'Amministrazione ha consentito e favorito la costituzione di raggruppamenti proprio allo scopo di ottenere offerte meglio rispondenti all'interesse pubblico alla

capillarità del servizio”.]

provenendo formalmente da due o più imprese giuridicamente diverse, siano sostanzialmente riconducibili ad un

medesimo centro di interessi.

In merito, infine, alla scelta del criterio per l’identificazione del soggetto aggiudicatario, l’Autorità intende svolgere le

seguenti considerazioni.

La normativa in tema di appalti pubblici di forniture e di servizi individua due criteri di aggiudicazione, senza

prestabilire un ordine di preferenza tra i medesimi: il prezzo più basso e quello dell’offerta economicamente più

vantaggiosa, per il quale al prezzo si aggiungono altri parametri che possono avere un’importanza anche maggiore. La

scelta tra l’uno e l’altro risulta quindi attribuita alla discrezionalità dell’amministrazione, orientata alla cura dello

specifico interesse pubblico da soddisfare con la commessa. Ciò comporta che la scelta tra un criterio che si esaurisca

nel prezzo ed uno che dia rilievo anche ad altri fattori, potendo questi ultimi essere ritenuti addirittura prevalenti, risulta

essenzialmente condizionata dall'interesse dell'amministrazione all'acquisizione della specifica commessa.

Tenendo conto di tale quadro normativo, l'Autorità rileva che un criterio di aggiudicazione basato sul prezzo - che, in

quanto parametro oggettivo e trasparente, favorisce un più pieno e corretto svolgimento del processo competitivo -

appare tendenzialmente più adeguato, in una prospettiva di promozione della concorrenza, quando le caratteristiche

qualitative del bene o del servizio posto a gara, più appropriate alla cura dell'interesse pubblico da soddisfare con la

commessa, possono essere agevolmente individuate e definite, nella fissazione delle specifiche tecniche, senza che ciò

induca, implicitamente o esplicitamente, una discriminazione tra i fornitori concorrenti.

Il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che associa al prezzo altri parametri di

aggiudicazione, potrebbe, al contrario, rivelarsi preferibile, nella prospettiva concorrenziale, quando più caratteristiche

qualitative del prodotto o del servizio possono concorrere, anche in forme alternative, al soddisfacimento dell'interesse

pubblico.

Si tratta, in altri termini, di assicurare un equilibrato bilanciamento tra l'interesse pubblico ad un confronto competitivo,

che sia semplice, oggettivo e trasparente, e l'interesse pubblico specifico dell'amministrazione di acquisire beni e

servizi le cui caratteristiche complessive siano le più conformi alle proprie esigenze.

In questo quadro, l'Autorità auspica comunque che l'amministrazione committente dia qualificata motivazione nei

bandi di gara del criterio di aggiudicazione prescelto in funzione della natura e delle caratteristiche qualitative del bene

o servizio oggetto della fornitura.

Inoltre, con particolare riguardo alla variabile del prezzo, l'Autorità evidenzia che, allo scopo di rimuovere condizioni

che possano favorire un eventuale coordinamento dei comportamenti dei partecipanti alla gara, CONSIP potrebbe

valutare l'opportunità di fissare il prezzo di riserva (prezzo massimo che la stazione appaltante è disposta a pagare per

un determinato bene o servizio) in modo da tenere conto delle informazioni disponibili sulle caratteristiche tecniche ed

economiche del bene o servizio richiesto, così da renderlo il più possibile prossimo ad una stima plausibile del valore di

mercato. Ciò avrebbe l'effetto di disincentivare la definizione di accordi collusivi o di renderli meno sostenibili in

quanto valori proporzionati, e quindi contenuti, del prezzo di riserva limitano il margine atteso di guadagno per i

membri di un potenziale cartello.

Alla luce delle considerazioni sin qui espresse, appare opportuno ribadire che la corretta formulazione di un bando di

gara non può prescindere da un'attenta analisi delle specifiche caratteristiche del bene o servizio oggetto della fornitura,

oltre che dal numero e dalle dimensioni degli operatori presenti nel mercato di riferimento. La mancata considerazione

di tali elementi, infatti, potrebbe condurre alla redazione di bandi non conformi alle regole ed ai principi della

concorrenza.

L'Autorità confida che le considerazioni suesposte possano essere utili in sede di definizione dei bandi di gara per

l'approvvigionamento di beni e servizi per le amministrazioni pubbliche da parte di CONSIP.

IL PRESIDENTE

Giuseppe Tesauro

Si legga anche

decisione numero 4145 del 19 giugno 2009, emessa dal Consiglio di Stato

IL Consiglio di Stato (decisione numero 4145 del 19 giugno 2009) conferma la sentenza di primo grado (Tar Lazio, Roma sentenza numero 3713 del 7 maggio 2008**) sancendo la legittimità di una clausola della lex specialis di gara con la quale la Stazione appaltante limita < alle imprese che potrebbero concorrere individualmente la possibilità di associarsi in ati>

Peraltro, la clausola non vieta i raggruppamenti né vieta alle imprese maggiori di costituirli, ma impedisce solamente a tali imprese di associarsi fra loro, potendo le stesse farlo con le imprese prive dei requisiti per partecipare singolarmente.

Anche prescindendo dalla verifica dell'interesse alla censura della ricorrente, che ha comunque partecipato singolarmente alla gara, il Collegio ritiene che tale clausola, pur non essendo imposta da alcuna disposizione normativa, sia legittima e che l'introduzione della menzionata limitazione rientri, quindi, tra le opzioni a disposizione della stazione appaltante, da esercitare in relazione alle specifiche caratteristiche del mercato oggetto della procedura.

L'oggetto del giudizio è costituito dalla contestazione da parte della ricorrente. di una gara indetta dalla Consip per la fornitura di ausili per l'incontinenza e dei servizi connessi per le pubbliche amministrazioni.:_con il primo motivo del ricorso l'appellante deduce l'illegittimità del bando e del disciplinare di gara nella parte in cui (punto III.1.3) non è stata ammessa la partecipazione in RTI di due o più imprese che anche avvalendosi di società terze nelle modalità indicate nel disciplinare di gara, siano in grado di soddisfare singolarmente i requisiti economici e tecnici con riferimento al lotto di importo superiore tra quelli per cui il RTI partecipa.:_Tale limitazione si porrebbe in contrasto con il principio generale, anche di derivazione comunitaria, di favor nei confronti dei raggruppamenti temporanei di

imprese e sarebbe di per sé irragionevole: cosa ne pensa il Consiglio di Stato?

l'appellante ha inoltre richiamato l'asserita contraddittorietà tra la contestata clausola e il consentito strumento del sub-appalto o dei consorzi: qual è il contributo del Supremo Giudice amministrativo relativamente a questa questione?.

La censura è priva di fondamento. La Consip ha inserito tale clausola del bando, recependo una indicazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AS251 del 30-1-2003), secondo cui, pur essendo i RTI uno strumento idoneo ad accentuare il confronto concorrenziale tra i partecipanti alle pubbliche gare, le stazioni appaltanti possono valutare di prevedere una limitazione alla possibilità di associarsi in ATI per le imprese che singolarmente sarebbero in grado di partecipare alla gara. In relazione alle specifiche caratteristiche del mercato oggetto della procedura di gara, la Consip ha ritenuto che consentire di riunirsi fra loro in ATI alle imprese in grado di partecipare singolarmente alla gara avrebbe comportato il rischio di una restrizione della platea dei partecipanti e, quindi, del confronto concorrenziale. La clausola contestata è stata, quindi, introdotta con finalità pro competitive. Nel caso di specie, tale mercato è caratterizzato, sotto il profilo dell'offerta, dalla presenza di un numero limitato di imprese di notevoli dimensioni e dalla presenza di numerose altre imprese di dimensioni più ridotte. Come correttamente rilevato dal Tar, in tale contesto i notevoli importi dei singoli lotti della gara determinavano che pochissime imprese operanti nel comparto possedevano individualmente i prescritti requisiti tecnici e finanziari e consentire alle suddette imprese di liberamente associarsi in ATI avrebbe comportato il rischio di ridurre l'effettiva concorrenza tra le imprese di notevoli dimensioni e di rendere più difficile per le imprese di più ridotte dimensioni la partecipazione alla gara anche attraverso i raggruppamenti. Del resto, l'esito della procedura ha confermato tale ipotesi, in quanto ai primi posti delle graduatorie si sono collocate le imprese leaders del settore, le quali, avendo presentato autonome offerte, si sono trovate in una posizione di effettiva concorrenza, che sarebbe potuta venire meno in caso di riunione delle stesse imprese, invece non consentita dalla contestata clausola. Alcun rilievo hanno, infine, le considerazioni con cui l'appellante ha richiamato l'asserita contraddittorietà tra la contestata clausola e il consentito strumento del sub-appalto o dei consorzi. Infatti, il sub-appalto è istituto che opera nel momento esecutivo dell'appalto, e non in quello di presentazione dell'offerta e di confronto concorrenziale. Per i consorzi, invece, è sufficiente precisare che i consorzi stabili costituiscono un unico concorrente con la conseguenza che i consorziati, benché in possesso singolarmente dei requisiti di

partecipazione, non possono partecipare alla gara singolarmente, ponendosi in una situazione del tutto differente rispetto a quella colpita dalla contestata clausola (negli accordi stabili l'accordo preesiste e non modifica quindi le dinamiche concorrenziali)._ **Deve, quindi, ritenersi la legittimità della menzionata clausola limitativa per l'associazione in ATI fra loro di imprese in grado di partecipare singolarmente alla gara**

Riportiamo qui di seguito il testo integrale della sentenza numero 29 del 17 gennaio 2012 pronunciata dal Tar Basilicata, Potenza.

<https://www.diritto.it/aumento-della-concorrenzialita-e-divieto-di-partecipare-in-ati-di-imprese-gia-autonome-tar-sent-n-000292012/>