**ASSOCIAZIONE TEMPORANEA DI IMPRESA**

Con il nome **associazione temporanea di imprese**, o raggruppamento temporaneo di imprese, spesso indicate con gli acronimi ATI o RTI, nel diritto societario italiano, s’intende una forma giuridica nella quale più imprese si uniscono per partecipare insieme alla realizzazione di un progetto specifico.

Il loro specifico scopo può essere la partecipazione a  delle gare di appalto per le quali le singole imprese non possiedono, in modio individuale, le competenze operative, caratteristiche, categorie o classifiche che il relativo bando richiede.

L’**associazione temporanea** di imprese fu introdotta nella legislazione italiana con la legge 8 agosto 1977, n. 584, con la quale furono recepite nell’ordinamento italiano le direttive comunitarie 304 e 305 del 1971.

L’introduzione fu poi confermata dal d.lgs. 19 dicembre 1991, n. 406 e dalla legge n. 109/94.

Questi provvedimenti normativi sono stati abrogati dall’articolo 256 del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, con decorrenza 1 luglio 2006, ai sensi delle disposizioni dell’articolo 257 dello stesso decreto.

L’associazione temporanea di imprese non costituisce una particolare figura giuridica a sé stante, né porta alla costituzione di un altro ente, mancando di solito qualunque organizzazione o associazione comune, ma si basa essenzialmente sul conferimento a una delle imprese, denominata capogruppo, da parte delle altre di un mandato collettivo speciale, valevole specificatamente per il lavoro da compiere, nonché della rappresentanza di fronte alla stazione appaltante (Cons. St., sez. V, 16 aprile 1987, n. 246).

**Indice**

1. [**La tipologia delle ATI**](https://www.diritto.it/il-ruolo-delle-associazioni-temporanee-di-imprese-nel-diritto-societario-italiano/#la)
2. [**Le caratteristiche delle ATI**](https://www.diritto.it/il-ruolo-delle-associazioni-temporanee-di-imprese-nel-diritto-societario-italiano/#le)

**1. La tipologia delle ATI**

Le ATI possono essere di tipo orizzontale, verticale o misto.

**L’associazione di imprese di tipo orizzontale** è costituita da una mandataria e da alcune mandanti in possesso di qualificazione per la categoria prevalente e per classifica rispettivamente pari:

* mandataria: misura minima pari al 40%.
* mandanti: misura minima pari al 10%.

Le diverse imprese riunite **sono responsabili** nei confronti dell’amministrazione dell’esecuzione dell’intera opera.

**L’associazione di imprese di tipo verticale** si può formare quando un’impresa (mandataria) che sia capace per l’intera categoria prevalente ha bisogno di associarsi ad altra impresa (mandante) che abbia la capacità di realizzare la categoria delle opere scorporabili.

In questo caso le imprese mandanti hanno la responsabilità delle esclusive opere scorporate, salva la responsabilità della capogruppo per l’intera opera.

**L’associazione di imprese di tipo misto**sono costituite sull’associazione di tipo orizzontale per le prestazioni di lavori o servizi prevalenti, e di tipo verticale per le prestazioni scorporabili, vale a dire, due o più imprese omogenee, tra le quali è scelta un’impresa mandataria capogruppo, alla quale si associano una o più imprese eterogenee per eseguire le prestazioni di lavori o di servizi separabili.

**2. Le caratteristiche delle ATI**

**Elementi giuridici**

Nel caso di un’Associazione temporanea di imprese di tipo **verticale**, la mandataria è l’unica responsabile nei confronti del committente della corretta e puntuale esecuzione dell’opera.

In modo diverso, nel caso di Associazione Temporanea di Imprese**orizzontale**, le diverse imprese dovranno essere solidalmente responsabili nei confronti della stazione appaltante (art. 48, comma 5, d. lgs. 50/2016, cosiddetto “Codice degli appalti pubblici”).

La composizione dell’Associazione Temporanea di Imprese di solito non si può modificare, salvo i casi espressamente disciplinati ai commi 17 e 18 dello stesso art. 48, cit.

In questo senso, la mandataria ha anche l’onere di provvedere a sostituire con la propria struttura o con un’altra azienda una mandante che eventualmente non fosse in grado di eseguire la parte dell’opera di propria competenza (ad esempio in caso di fallimento di una delle mandanti).

**Struttura**

Un’associazione temporanea di imprese è composta da **un’azienda capogruppo**, detta **mandataria,** alla quale le altre aziende che ne fanno parte, dette mandanti, danno l’incarico di trattare con il committente l’esecuzione di un’opera, quasi sempre attraverso la partecipazione a gare di appalto.

**Scopi**

Lo scopo dell’Associazione Temporanea di Imprese è partecipare all’assegnazione di **appalti**, in particolare nel settore delle grandi costruzioni.

I vantaggi di questo tipo di aggregazione sono diversi a seconda delle aziende:

* Per le **imprese mandanti**, di solito imprese di dimensioni medio-piccole, l’aggregazione apre la possibilità di partecipare a grandi lavori per i quali singolarmente le stesse non sarebbero qualificate.
* Per l’impresa mandataria, di solito una grande azienda del settore di interesse, l’aggregazione consente di unire alla propria struttura quella di aziende specializzate in particolari campi relativi all’appalto in oggetto, in grado di eseguire parti dell’opera per le quali la stessa non possiede conoscenze, mezzi e strutture adatte.

A titolo di esempio, nel caso della realizzazione di grandi costruzioni, le mandanti potrebbero essere aziende specializzate nell’installazione di impianti tecnologici (impianti elettrici, di riscaldamento e climatizzazione), mentre nel caso di infrastrutture, ad esempio stradali, le mandanti hanno strutture specifiche nei mezzi di sollevamento, nella fabbricazione di elementi prefabbricati, nella fornitura di calcestruzzo preconfezionato e simili.

**Durata**

Un’associazione temporanea di imprese ha di solito una durata che coincide con l’esecuzione dell’opera per la quale è stata costituita e si scioglie nel momento in cui l’opera è conclusa e le diverse partite economiche aperte per la stessa sono state chiuse, vale a dire con l’avvenuto incasso del corrispettivo finale.

Questo non esclude che un**’Associazione Temporanea di Imprese** costituita per la partecipazione a una gara di appalto possa nel frattempo rendersi partecipe di altre gare ed eventualmente aggiudicarsi altre commesse che prolungano la sua esistenza.

Esistono forme particolari di associazione di imprese, i cosiddetti **consorzi stabili**, che costituiscono associazioni che prevedono una durata**indeterminata**, spesso formate da grandi committenti e dai loro abituali subappaltanti, che possono a volte restare inattive per lungo tempo e restare lo stesso giuridicamente in essere.

L’Associazione Temporanea di Imprese (ATI) – anche nota come Raggruppamento Temporaneo di Imprese (RTI) – è nata dall’esigenza di consentire la **partecipazione a gare d’appalto** anche a imprese (soprattutto di piccole e medie dimensioni) che, individualmente, non avrebbero i necessari requisiti tecnici e/o economici per farlo.

Per ATI o RTI, dunque, non si intende un’impresa in senso tecnico-giuridico, ma l’istituto utilizzato da più operatori per **incrementare i rispettivi requisiti di qualificazione** al fine di poter presentare a potenziali committenti un’offerta unitaria.

L’ATI si sviluppa storicamente in ambito di appalti pubblici (cfr. art. 3 del Codice dei Contratti Pubblici – Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), ma rappresenta un proficuo strumento del [diritto d’impresa](https://www.maggipinto.eu/aree-di-attivita/diritto-d-impresa/) anche per l’aggiudicazione di importanti contratti del settore privato.

Caratteristiche e strutture dell’ATI

Con l’obiettivo di cooperare tra di loro, gli operatori economici che si associano in ATI o RTI mettono a disposizione le rispettive risorse (attrezzature, impianti, personale specializzato, know-how, brevetti, e così via) per soddisfare i **requisiti tecnici e professionali richiesti nel bando di gara** del committente o ente appaltante.

La principale caratteristica di un’Associazione Temporanea di Impresa è la temporaneità: la durata del contratto associativo tra le imprese è, infatti, limitata nel tempo e strettamente correlata alla partecipazione alla gara e, in caso di aggiudicazione, all’esecuzione del contratto e all’incasso del corrispettivo previsto.

Qualora il gruppo di imprese, concluso l’appalto, constatassero l’efficacia e la competitività dell’intrapresa cooperazione, gli operatori economici potrebbero decidere di conferire stabilità alla partnership. In tal caso, le imprese potranno optare per la costituzione di un consorzio o di una rete di imprese o, ancora, potranno preferire la via della fusione societaria.

Altra caratteristica dell’ATI è il mantenimento, da parte di ciascuna impresa, della rispettiva autonomia organizzativa, gestionale e fiscale, anche in relazione agli oneri sociali.

Modalità di costituzione e partecipazione alla gara

L’ATI si costituisce mediante un contratto, stipulato per atto pubblico o scrittura privata autenticata, con il quale le imprese partecipanti (mandanti) conferiscono un**mandato collettivo speciale con rappresentanza**all’impresa capogruppo (mandataria), attribuendole in tal modo il potere di interloquire per tutto il gruppo con la stazione appaltante o il committente.

Il mandato di rappresentanza è gratuito e irrevocabile.

A differenza che in passato, la partecipazione alla gara di appalto è possibile non solo per l’**ATI già costituita** (la cui capogruppo sottoscriverà l’offerta anche “in nome e per conto” delle mandanti), ma anche per un’**ATI *costituenda*** (ancora da costituire). In quest’ultima ipotesi, tutte le imprese devono sottoscrivere l’offerta di gara e devono impegnarsi a costituirsi in associazione in caso di aggiudicazione.

Al momento della presentazione dell’offerta, le imprese devono indicare le rispettive quote di partecipazione all’ATI, prestando attenzione a che vi sia corrispondenza tra **quote di qualificazione, quote di partecipazione all’associazione e quote di esecuzione delle prestazioni**. In questo modo, la mandataria risulterà il soggetto più qualificato per l’esecuzione delle opere, in relazione alle prestazioni oggetto di appalto, e la stazione appaltante sarà agevolata nell’effettuare i necessari controlli in fase di esecuzione del contratto.

Tipologie di ATI e responsabilità

Come anticipato, l’istituto in esame è nato in ambito pubblicistico, ragion per cui la relativa disciplina era inizialmente contenuta nel Codice Appalti (D.Lgs. n. 163/2006), poi sostituito dal Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 50/2016).

Tipicamente le ATI possono ricadere in diverse categorie:

* **Raggruppamenti verticali**: la mandataria realizza i lavori della categoria prevalente (o esegue le prestazioni principali), mentre le mandanti realizzano lavori delle categorie scorporabili (o eseguono prestazioni secondarie);
* **Raggruppamenti orizzontali**: le imprese riunite realizzano i lavori della stessa categoria di qualificazione o eseguono medesime prestazioni;
* **Raggruppamenti misti**: raggruppamenti verticali in cui l’esecuzione delle singole categorie di lavoro o delle singole prestazioni di servizi viene assunta da sub-ATI di tipo orizzontale.

La struttura dell’ATI condiziona anche la responsabilità delle singole imprese partecipanti.

**In caso di ATI verticali, la responsabilità dell’intera opera nei confronti dell’appaltante ricade sulla capogruppo,**mentre le imprese associate saranno responsabili per l’esecuzione delle prestazioni di loro competenza.

Nel caso di ATI orizzontali, **ogni impresa è solidalmente responsabile** dell’esecuzione dell’intera opera **nei confronti del committente o stazione appaltante.**La distribuzione del lavoro tra le partecipanti all’associazione ha effetti esclusivamente *inter partes*, ovverosia, non rileva per i terzi (committente incluso).

È di tutta evidenza come le ATI di tipo orizzontale offrano maggiori garanzie alla stazione appaltante, la quale potrà richiedere l’adempimento degli obblighi contrattuali indifferente a ciascuna delle imprese, chiamate a rispondere solidariamente e illimitatamente per l’esecuzione delle opere appaltate.

In ogni caso, l’art. 48, comma 15 del d. lgs. 50/2016 dispone che: “*al mandatario spetta la rappresentanza esclusiva, anche processuale, dei mandanti nei confronti della stazione appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall’appalto, anche dopo il collaudo, o atto equivalente, tuttavia, può far valere direttamente le responsabilità facenti capo ai mandanti*”.

Regolamento interno

Alla luce delle caratteristiche e degli obiettivi dell’ATI, deve essere attentamente valutato il contenuto del contratto con il quale le imprese si associano disciplinando i rispettivi rapporti interni  e stabilendo i reciproci diritti, obblighi e responsabilità.

Si tratta del c.d. **regolamento interno all’associazione temporanea d’impresa**.

In particolare, dovranno essere specificamente dettagliati gli aspetti relativi alle rispettive quote di partecipazione (e i conseguenti riflessi su oneri e proventi), l’imputazione delle eventuali anticipazioni (ad esempio dei costi sostenuti per la fase di partecipazione alla gara), la modalità di ripartizione delle prestazioni (lavori e servizi di rispettiva competenza), le controgaranzie in favore della mandataria, l’individuazione di un eventuale comitato direttivo, la disciplina del recesso e così via.

Particolare attenzione dovrà essere inoltre dedicata anche ai possibili **momenti patologici del rapporto**, quali, ad esempio, l’inadempimento della mandataria e/o delle mandanti, la perdita dei requisiti tecnici da parte di un’impresa, l’insolvenza e/o la dichiarazione di fallimento di una delle partecipanti, le contestazioni mosse dal committente.

ATI e diritto industriale

Nella stesura del regolamento interno all’ATI, non andrà trascurata la specifica disciplina di eventuali licenze d’uso di marchi o di altri diritti di proprietà industriale tra le partecipanti al raggruppamento.

Considerata l’importanza che attualmente rivestono immagine e comunicazione, la possibilità di utilizzare commercialmente un marchio noto può rappresentare un sicuro elemento di vantaggio nell’aggiudicazione di un appalto, così come può essere determinante la possibilità di utilizzare, nell’esecuzione delle opere appaltate, un determinato brevetto o know-how.

Sarà pertanto necessario disciplinare analiticamente i diritti di utilizzo, stabilirne i limiti temporali e di scopo, sancirne eventuali esclusive e divieti di sublicenze, considerare le conseguenze economiche dell’apporto degli stessi in ATI (ad esempio, prevedendo una diversa ripartizione degli utili rispetto alla quota di partecipazione).

In taluni casi, l’associazione temporanea di imprese potrebbe generare ricadute su eventuali risultati di attività di ricerca e sviluppo, con la necessità di disciplinare nel regolamento interno i diritti e la titolarità su eventuali brevetti o know how frutto di lavoro congiunto.

Poiché infatti l’ATI ha durata limitata, ed è destinata a sciogliersi alla conclusione delle opere appaltate, eventuali diritti di proprietà industriale non potranno essere mantenuti in capo al gruppo unitariamente considerato; andranno previsti i criteri di attribuzione di tali diritti e i relativi diritti di sfruttamento una volta cessata l’ATI (riconoscendo, ad esempio, un diritto di licenza a tutte o alcune delle partecipanti per un certo numero di anni dopo lo scioglimento, oppure riconoscendo alle associate determinate royalties sullo sfruttamento economico di quanto sviluppato).

Qualora l’invenzione fosse il risultato di un lavoro d’equipe di un gruppo di dipendenti appartenenti a diverse imprese associate, in mancanza di una specifica disciplina contrattuale tra le imprese si configurerebbe una titolarità congiunta del diritto di proprietà industriale e del relativo diritto di sfruttamento economico dell’invenzione. In forza della previsione dell’art. 6, comma 1, del Codice della Proprietà Industriale, infatti, salvo diversa convenzione tra le parti, trovano applicazione gli artt. 1100 e seguenti del Codice Civile. L’art. 1101, in particolare, stabilisce che le quote dei partecipanti alla comunione si presumono uguali e che il concorso dei partecipanti, nei pesi e nei vantaggi, è in proporzione delle rispettive quote.

Come abbiamo anticipato, è fatta salva la possibilità per le parti di disciplinare in modo diverso i reciproci rapporti e diritti, in considerazione ad esempio del diverso ruolo svolto da ciascuna impresa nell’ambito dell’ATI e nello svolgimento delle attività.

L’associazione temporanea di imprese (Ati) o raggruppamento temporaneo di imprese (Rti) è una forma di collaborazione temporanea ed occasionale tra operatori economici, riuniti al fine della partecipazione a gare per l’affidamento di pubblici appalti e per la loro esecuzione. La disciplina positiva dell’istituto è contenuta nel codice dei contratti pubblici, che regola i profili dei rapporti con la stazione appaltante; le parti possono regolare i rapporti interni nel rispetto dei principi di autonomia negoziale. Per costituire un raggruppamento temporaneo, gli operatori economici devono conferire mandato collettivo speciale con rappresentanza all’operatore designato quale impresa mandataria; il codice prevede tre tipologie di raggruppamento: orizzontale, verticale e misto. Le questioni giuridiche maggiormente discusse riguardano la responsabilità patrimoniale interna ed esterna, la dichiarazione di insolvenza, la modificabilità, la legittimazione processuale e la concorrenza.

PREMESSA E CENNI STORICI

Introduzione

La associazione temporanea di imprese (o Ati) è una forma di collaborazione temporanea ed occasionale tra operatori economici, riuniti al fine della partecipazione a gare per l’affidamento di pubblici appalti ed alla loro esecuzione.

L'Ati nasce dall'esigenza di suddividere tra imprese complementari l'impegno imprenditoriale e il rischio finanziario, necessità avvertita dapprima nella prassi degli appalti internazionali e successivamente recepita a livello legislativo. In disparte i primi interventi settoriali - che neppure si interessavano di definire il fenomeno (quale ad esempio quello avvenuto nel campo della ricerca e della coltivazione di idrocarburi, la coassicurazione, il trasporto cumulativo, la coproduzione cinematografica) - il legislatore è intervenuto nei settori relativi alla esecuzione di lavori, servizi e forniture di natura pubblica.

Sotto il profilo economico il fenomeno del raggruppamento di imprese poggia sulla necessità di eseguire congiuntamente un’opera che per la sua complessità e/o onerosità difficilmente potrebbe esserlo da un’unica impresa. Da un lato viene creato un collegamento tra imprese che sia circoscritto al singolo affare per il quale sorge l’associazione, ferma l’indipendenza delle imprese partecipanti e, dall’altro lato, non viene intaccata la necessità della stazione appaltante di avere un’unica impresa interlocutrice (l’impresa mandataria) e fronte di una pluralità di imprese raggruppate (mandanti) in funzione delle rispettive caratteristiche e/o specializzazioni.

I problemi classificatori nelle prime esperienze

Le prime esperienze nazionali non delineano una figura unitaria, determinando difficoltà di tipo classificatorio e qualificatorio del fenomeno. Insoddisfacente appariva il richiamo all’istituto dell’associazione in partecipazione, per via dell’assenza di un rapporto di finanziamento dell’associato rispetto all’associante o di un titolare dell’impresa con autonomia gestionale e di mezzi, né vi è alcuna suddivisione delle attività. Insufficiente altresì l’assimilazione alla joint venture, schema negoziale applicato nella prassi internazionale, che non risolve i problemi di tipo classificatorio e disciplinatorio. Neppure il consorzio, così come delineato con la riforma appariva essere lo strumento idoneo a disciplinare la nuova forma di associazionismo, a causa delle formalità e al regime pubblicitario richiesti per la costituzione, nonché della complessità gestionale.

Tali difficoltà determinavano spesso il rischio di inquadrare la figura, secondo prassi ampiamente seguita soprattutto dalla giurisprudenza, nello schema della società di fatto o della società irregolare. Per porre un freno al fenomeno iniziano così ad essere utilizzate clausole ad hoc che escludono espressamente la sussistenza dell’esercizio in comune dell’attività di impresa da parte degli associati, sottolineandone di contro la necessaria indipendenza nello svolgimento delle reciproche attività.

Negli anni ’60 che il fenomeno dell’associazione temporanea di impresa inizia ad essere qualificato dalla giurisprudenza quale contratto innominato diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela ai sensi dell’art. 1322 c.c., determinando altresì l’allontanamento definitivo dalla figura del contratto di associazione in partecipazione. Parimenti, il cd. “contratto associativo atipico” prendeva le distanze dal contratto di società in ragione del vincolo tra imprese per lo più inerente all’esecuzione di opere pubbliche.

L’evoluzione legislativa

Il primo rilevante intervento regolatore della materia viene attuato con l. 21.7.1967, n. 613. La disciplina introduce la formula dell’associazione temporanea tra imprese incentrata su un mandato collettivo conferito ad una delle imprese raggruppate a fronte di una posizione di contitolarità del rapporto di concessione verso la pubblica amministrazione concedente. La normativa disciplina i caratteri minimi del rapporto, che per il resto rimane regolato dalla disciplina comune. È in questo quadro, caratterizzato dall’assenza di una disciplina generale e dalle incertezze di dottrina e giurisprudenza, che si va ad inserire la l. 8.8.1977, n. 584, in attuazione della prescrizione contenuta nell’art. 21 della dir. n. 71/305/Cee del 26.7.1971 n. 305.

Viene delineata la figura dei raggruppamenti temporanei di imprese con riferimento alla partecipazione alle gare per l'aggiudicazione di appalti pubblici e le concessioni di costruzione. Sono ammesse a presentare offerte anche imprese appositamente e temporaneamente raggruppate, specificando per ciascuna le parti della fornitura che saranno eseguite dalle singole imprese. Caratteristiche della figura sono: i) la responsabilità solidale nei confronti dell'amministrazione di tutte le imprese raggruppate; ii) il mandato speciale con rappresentanza alla capogruppo designata, risultante da scrittura privata autenticata; iii) la gratuità del mandato; iv) l’irrevocabilità del mandato (salvo giusta causa e, in tal caso, la sua revoca non ha in ogni caso effetto nei riguardi dell'amministrazione); v) la rappresentanza anche processuale in capo al mandatario verso l'amministrazione perdurante fino all'estinzione del rapporto; vi) il permanere della responsabilità nei confronti dell’amministrazione a carico delle imprese mandanti.

La legge precisa che il rapporto di mandato non intacca in nessun caso l’autonomia di ciascuna impresa, non determinando alcuna forma di organizzazione o associazione fra le imprese riunite. Un’apposita disciplina è prevista per il caso di fallimento dell’impresa mandataria o di una delle imprese mandanti (ivi incluse le imprese individuali), nell’ottica di garantire all’amministrazione la continuazione dell’attività per l’esecuzione dell’appalto, nulla viene previsto invece circa la sorte del mandato conferito alla mandataria in caso di fallimento, morte o incapacità sopravvenuta degli imprenditori riuniti.

Il legislatore lascia alle imprese raggruppate piena libertà nel definire l'assetto organizzativo interno, che può articolarsi in mere istanze di coordinamento per quanto riguarda l'esecuzione dei lavori e l'elaborazione di direttive alla capogruppo, quanto in modelli organizzativi più complessi in forma consortile o societaria. La tendenza a non regolare i rapporti interni tra le imprese aderenti alla associazione temporanea viene confermata dalla successiva l. 30.03.1981 n. 113 emanata in esecuzione della dir. 77/62/Cee.

Anche con il nuovo intervento normativo, indipendentemente dalla natura del rapporto fra le imprese, rimane fermo nei confronti della stazione appaltante il principio della responsabilità solidale delle imprese riunite nei confronti della committente (che permane anche laddove, in conformità a quanto disposto dall'art. 23 bis l. n. 584/1977, l'esecuzione dei lavori venga affidata ad una società, anche consortile, costituita appositamente dalle imprese del raggruppamento).

La disciplina fin qui esposta è stata oggetto di puntuali interventi di modifica, tra i quali particolarmente significativo è quello operato dalla l. 19.3.1990, n. 55 recante nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso. L’intera disciplina è poi confluita nel d. lgs. 19.12.1991, n. 406, che recepiva i precedenti interventi sul testo della l. n. 584/1977 e ne ampliava il contenuto con riferimento ai requisiti delle imprese riunite, per poi confluire a sua volta nell’art. 13 della l. 11.2.1994, n. 109 (l. quadro in materia di lavori pubblici) e nel relativo reg. di attuazione, d.P.r. 21.12.1999, n. 554 (artt. 93-96) introducendo, tra l’altro, l’obbligo per le imprese riunite di eseguire i lavori nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento (c.d. principio di corrispondenza tra quote di esecuzione e quote di partecipazione).

DEFINIZIONE E CARATTERISTICHE

Il raggruppamento temporaneo nel Codice dei contratti pubblici

La disciplina fin qui esposta è stata trasfusa nel d.lgs. 12.04.2006 n. 163 (c. appalti). Successivamente tale disciplina è stata riportata senza sostanziali modifiche, nel Codice dei Contratti Pubblici (d.lgs. 18.4.2016, n. 50)

L’art. 3 del Codice citato stabilisce che con il termine «raggruppamento temporaneo» viene individuato un insieme di imprenditori, fornitori, o prestatori di servizi, costituito, anche mediante scrittura privata, allo scopo di partecipare alla procedura di affidamento di uno specifico contratto pubblico, mediante presentazione di una unica offerta, laddove gli artt. 45 e 48 contengono invece la relativa disciplina.

In particolare, l’art. 45, delineando il concetto di “operatore economico”, specifica che sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti da: a) imprenditori individuali anche artigiani, società commerciali e società cooperative, b) consorzi tra società cooperative di produzione e lavoro e consorzi tra imprese artigiane; c) consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615 ter c.c., tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro.

Quanto all’art. 48, esso prevede espressamente che per costituire un raggruppamento temporaneo, gli operatori economici devono conferire, con unico atto, mandato collettivo speciale con rappresentanza all’operatore designato quale impresa mandataria (la quale rappresenta l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti). Il mandato, gratuito ed irrevocabile salvo che per giusta causa (la revoca non ha comunque effetto nei confronti della stazione appaltante) deve risultare quanto meno da scrittura privata autenticata e la relativa procura è conferita al legale rappresentante dell'operatore economico mandatario. Al mandatario spetta dunque la rappresentanza esclusiva, anche processuale, dei mandanti nei confronti della stazione appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto, fino alla estinzione di ogni rapporto. Viene in ogni caso espressamente prevista la facoltà della stazione appaltante di far valere direttamente nei confronti delle imprese mandanti le relative responsabilità.

Tipologie di raggruppamento e relative responsabilità

L’art. 48 prevede tre tipologie di raggruppamento: il raggruppamento orizzontale, il raggruppamento verticale e il raggruppamento misto.

Per raggruppamento orizzontale si intende una riunione di concorrenti finalizzata alla realizzazione di lavori della stessa categoria: si tratta di imprese tutte in possesso dello stesso grado di specializzazione con riferimento alla specifica categoria oggetto dell’appalto. In una tale ottica ciò che viene in rilievo è la suddivisione quantitativa pro quota dell’opera tra le imprese facenti parte del raggruppamento e ugualmente specializzate; esse non hanno l’obbligo di dichiarare in sede di gara le parti dell’opera che ciascuna impresa andrà a realizzare ma soltanto le quote percentuali di spettanza. Nel raggruppamento orizzontale tutte le imprese partecipanti sono solidamente responsabili nei confronti dei subappaltatori, dei fornitori e della pubblica amministrazione.

Viceversa, per raggruppamento di tipo verticale si intende, nel caso di lavori, una riunione di concorrenti nell'ambito della quale uno di essi realizza i lavori della categoria prevalente (i lavori scorporabili sono quelli non appartenenti alla categoria prevalente così come definita nel bando di gara) ovvero, nel caso di servizi e forniture, in cui il mandatario esegua le prestazioni di servizi o di forniture indicati come principali anche in termini economici, i mandanti quelle indicate come secondarie. Ciascuna impresa partecipante al raggruppamento verrà qualificata per categoria e qualifica corrispondente alla parte di opera che la stessa dovrà realizzare. L’impresa capogruppo è solidamente responsabile con tutte le società mandatarie laddove, diversamente dal raggruppamento di tipo orizzontale, ciascuna mandataria è responsabile con la mandante unicamente per la parte di opera di relativa spettanza.

Infine, i raggruppamenti di tipo misto sono una categoria residuale a carattere ibrido, in forza del quale i lavori riconducibili alla categoria prevalente ovvero alle categorie scorporate possono essere assunti anche da imprenditori riuniti in raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale, con riferimento al quale devono essere indicate le mandanti e la mandataria. Avremo quindi due capogruppo: una del raggruppamento cd. principale (misto) e una del raggruppamento cd. secondario (orizzontale), influendo una tale circostanza sul relativo regime di responsabilità. La mandataria del raggruppamento principale sarà responsabile solidamente per tutta l’opera e le mandatarie dello stesso raggruppamento saranno responsabili con la capogruppo solo per la parte dell’opera cd. principale. Quanto alla parte scorporata, la capogruppo e ciascuna impresa mandataria sono responsabili in solido relativamente a tale parte. La struttura della associazione temporanea di tipo misto riunisce in sé il modello di distribuzione del lavoro di tipo quantitativo (che presuppone la possibilità di realizzazione congiunta dell’opera tra le imprese) e quello di tipo qualitativo (che presuppone necessariamente la caratteristica della scorporabilità dell’opera).

Occorre precisare che, a seconda che si tratti di raggruppamento di tipo orizzontale, verticale o misto, al modificarsi del relativo regime di responsabilità variano anche le modalità con cui potranno essere prestate le garanzie richieste dalle stazioni appaltanti. Occorre altresì precisare che la stessa responsabilità solidale del raggruppamento nei confronti della stazione appaltante opera anche nei confronti del subappaltatore e dei fornitori (elencazione che si presume essere meramente esemplificativa e non circoscritta a queste due categorie).

La qualificazione giuridica del raggruppamento

Lo schema legale minimo così previsto si presta a costituire le fondamenta per costruire le strutture più diverse di raggruppamento, in quanto la disciplina speciale del Codice trova applicazione a prescindere dalla struttura effettivamente adottata dal raggruppamento, purché esso poggi formalmente su un mandato. Il legislatore è costante nel prevedere che il contratto di mandato non determina di per sé organizzazione o associazione fra le imprese riunite, che rimangono sempre autonome ai fini della gestione, degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali (previsione prima contenuta all’art. 22, co. 4, l. n. 584/1977, poi ripresa dall’art. 23, co. 10, d. lgs. n. 406/1991 e ora dall’attuale art. 48 del c. appalti).

In realtà l’autonomia privata tende normalmente a dare vita ad un regolamento pattizio che si concretizzerebbe in una forma solo embrionale di coordinamento fra le imprese riunite, che potrebbe quindi anche rivestire i caratteri del comportamento meramente attuatorio. Infatti, laddove si dovesse adottare una forma di coordinamento delle attività che si concretizzi in periodiche riunioni delle imprese in forma assembleare, il passo verso la qualificazione della struttura formata dalle imprese raggruppate come soci sarebbe breve e, pur in assenza di un contratto di società, configurerebbe, attraverso un comportamento concludente, una società di fatto (sul punto Cass. 22.2.2000, n. 1961 e Cass., sez. I, 2.4.1999, n. 3136). È proprio la mancata esteriorizzazione del rapporto societario a costituire il presupposto indispensabile affinché possa legittimamente ricorrere una fattispecie di società occulta (in uno con l’esercizio in comune della attività societaria, il perseguimento di un risultato unitario, la presenza di conferimenti diretti a costituire un patrimonio comune diverso dal patrimonio dei soci). In questa ottica, l’unica particolarità del raggruppamento rispetto ad una struttura societaria consisterebbe nel fatto che le operazioni sono compiute dal mandatario in nome proprio e non già in nome della compagine sociale, ciò nondimeno la formazione di una tale struttura sarebbe ininfluente sul versante dei rapporti con la stazione appaltante, che sarebbero regolati sempre dalla disciplina del mandato e del bando di gara, ferma in ogni caso l’autonomia delle imprese riunite. Secondo un’isolata dottrina, invece, laddove le pattuizioni interne al raggruppamento vengano esteriorizzate anche nei confronti della stazione appaltante e quindi conosciute anche da quest’ultima, essa sarebbe legittimata ad eccepirne l’eventuale inosservanza, di tal che apparirebbe opportuno includere nel mandato (che è il regolamento principale per le imprese raggruppate e per la stazione appaltante) una clausola che consenta alle imprese di modificare gli accordi iniziali, pur mantenendo immutate quelle previsioni che potrebbero eventualmente incidere sui diritti della committente.

Fermo l’assunto che il coordinamento tra le imprese non darebbe vita a un nuovo soggetto giuridico (Cons. St., V sez., 20.5.2002, n. 2719), a prescindere dalla presenza di una struttura organizzativa interna qualificabile giudizialmente in termini societari, agli accordi interni tra le imprese raggruppate è stata talvolta attribuita la natura di contratto normativo, qualificando la struttura come una «unità di gestione senza struttura societaria o comunque associativa», di tal che la «perdita o il lucro inerente a ciascuna parte di lavori sono subiti o acquisiti dalla singola impresa esecutrice cui la parte di lavori pertiene», non essendo configurabili risultati economici comuni. Occorre evidenziare come i problemi qualificatori non abbiano avuto grande rilievo pratico nella soluzione delle problematiche insorte.

Immodificabilità soggettiva del raggruppamento

Il principio di immodificabilità soggettiva dei raggruppamenti temporanei, sancito dall'art. 13 co. 5-bis della l. n. 11.2.1994, n. 109 per i lavori pubblici, poi confermato dalla Corte di Giustizia europea nella decisione del 23.1.2003 (C-57/01), è attualmente trasfuso per i lavori, servizi e forniture, nell'art. 48 del codice. La norma citata vieta qualsiasi modificazione della composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quanto dichiarato in sede di offerta, ad eccezione delle ipotesi contemplate dallo stesso articolo. Il divieto, cui la giurisprudenza ha riconosciuto carattere generale, è posto a presidio dei canoni di trasparenza e di par condicio e, se non rispettato, determina l’annullamento dell'aggiudicazione o la nullità del contratto, oltre che l'esclusione dei concorrenti riuniti (Cons. St., sez. VI, 4.1.2002, n. 35; Cons. St., sez. V, 16.11.2005, n. 6385, Cons. St., sez. V, 18.9.2003, n. 5309).

Il principio di immodificabilità deve intendersi giustificato dall'esigenza di assicurare alle amministrazioni aggiudicatici una conoscenza piena dei soggetti che intendono contrarre con esse, al fine precipuo di consentire un controllo preliminare e compiuto sui 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 (Cons. St., 3.8.2006, n. 5081). È in questa ottica che viene individuato il momento a partire dal quale sorge il divieto di modificabilità soggettiva della compagine nella presentazione dell’offerta. Diversamente, la legge non prevede il medesimo divieto in caso di invio della lettera di invito, rendendo quindi inestendibile una tale disciplina anche alle procedure ristrette. Il divieto dunque non si estenderebbe neppure alla fase di prequalifica (che è fase funzionalmente separata rispetto alla vera e propria gara dalla lettera di invito e dalla conseguente presentazione delle offerte), in quanto non soltanto il divieto non è espressamente previsto dalla legge, ma neppure è configurabile una estensione analogica della disciplina.

Ciò non vuol dire che, prima del momento di avvio della gara, il raggruppamento sia modificabile liberamente, in quanto occorre prestare particolare attenzione alla circostanza che le imprese superstiti rispetto all’impresa receduta dal raggruppamento posseggano i requisiti di qualificazione previsti dalla lex specialis di gara, dovendo alternativamente procedersi all’esclusione del raggruppamento per difetto di qualificazione. La conseguenza della esposta disciplina è che il codice appalti non sembra escludere la possibilità di presentare offerte per il tramite di un raggruppamento di cui fanno parte non soltanto le imprese che siano pre-qualificate ma anche imprese terze non qualificate che sono entrate a far parte del raggruppamento a seguito della sua modificazione soggettiva, così spostando a valle della presentazione delle offerte il momento di verifica del possesso dei requisiti delle imprese sostituite. Una prima interpretazione, avallata per lungo tempo da dottrina e giurisprudenza, ritiene rispettata la ratio della disciplina laddove, successivamente alla presentazione dell’offerta, la modificazione soggettiva del raggruppamento non sia nel senso dell’ingresso nella compagine di un nuovo componente o della sostituzione di un componente con un altro (circostanza questa che determinerebbe l’impossibilità per la stazione appaltante di verificare il possesso dei requisiti anche delle nuove imprese partecipanti) ma ricorra una modifica in senso riduttivo della compagine (recesso dell’impresa dal raggruppamento senza ingresso di una nuova impresa) (Cons. Stato Sez. IV, 23.7.2007). In questo caso, secondo la riportata interpretazione, la modifica sarebbe resa possibile dalla circostanza che la stazione appaltante abbia già provveduto a verificare i predetti requisiti in capo all’impresa o alle imprese superstiti (che in questo caso devono ovviamente possedere anche senza l’impresa receduta i requisiti di partecipazione alla gara) (Cons. Stato Sez. VI, 16.2.2010, n. 842).

Il Consiglio di Stato è tornato di recente ad occuparsi della questione, modificando l’indirizzo sopra riportato e abbandonando l’interpretazione sostanzialistica, in quanto essa risulterebbe in aperto contrasto con la prescrizione contenuta nell’art. 12, co. 1 delle preleggi al codice civile che, nel determinare i criteri di interpretazione della legge, stabilisce la prevalenza del criterio letterale, rispetto a qualsiasi altra forma di interpretazione.

Partendo dal dato testuale del Codice la giurisprudenza ritiene precluse interpretazioni volte a consentire modificazioni soggettive diverse da quelle indicate tassativamente dal legislatore ai co. 18 e 19 dello stesso articolo, di tal che il divieto imposto dalla legge deve necessariamente riguardare qualsiasi modificazione del raggruppamento, incluse quindi quelle in senso riduttivo (Cons. St., sez. IV, 3.7.2014, n. 3344).

Il fallimento dell’operatore economico

In caso di fallimento del mandatario ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, la stazione appaltante può proseguire il rapporto con altro operatore economico che sia già costituito mandatario purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori, servizi o forniture ancora da eseguire; in mancanza delle suddette condizioni la stazione appaltante può recedere dall'appalto. L’idoneità dei requisiti deve essere verificata non solo in rapporto alle disposizioni della lex specialis ma in relazione alla combinazione dei requisiti del mandatario rispetto alle mandanti sopravvissute ed allo stato delle attività già eventualmente svolte; in tal caso la stazione appaltante dovrà fornire una specifica motivazione del recesso per impossibilità di esecuzione delle residue prestazioni. In assenza di indicazioni circa la tempistica, la scelta tra la prosecuzione del rapporto contrattuale ed il recesso va effettuata nei termini eventualmente fissati dal contratto e dal capitolato e, in mancanza di questi, nei termini ragionevolmente necessari e comunque tempestivi, mediante comunicazione scritta al curatore fallimentare. In assenza di una specifica istanza dell'Ati di costituire un nuovo mandatario, la stazione appaltante potrà esercitare la facoltà di recesso, ovvero sollecitare la costituzione di un nuovo mandatario, assegnando alla controparte un termine congruo (Cons. St., sez. comm. spec., 22.1.2008, n. 4575).

In caso di fallimento di uno dei mandanti (ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo) ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire.

Trattandosi di ipotesi speciali, al di fuori dei casi espressamente previsti non è quindi possibile lo scioglimento dell'associazione temporanea aggiudicataria e la prosecuzione del rapporto contrattuale, neppure con uno solo dei componenti nel caso in cui il raggruppamento sia formato da due soli componenti, in quanto si tratterebbe di un soggetto giuridico diverso da quello aggiudicatario l'appalto.

Va considerato che, a parere della giurisprudenza, il fallimento della capogruppo comporta la risoluzione del mandato ai sensi dell'art. 78 del r.d. 16.3.1942, n. 267. Se l'accettazione dell'opera è avvenuta prima della dichiarazione di fallimento la mandante può riscuotere dall'amministrazione appaltante il corrispettivo per l'esecuzione dell'appalto per la quota corrispondente alla parte dei lavori appaltati la cui esecuzione era di sua spettanza (Cass., sez. I, 15.1.2000, n. 421).

In ordine al rapporto tra la normativa fallimentare ed il Codice, l'art. 48 è norma speciale rispetto alla disciplina generale di cui all'art. 81 l. fall., che ha dunque la meglio su quest'ultima norma. Quindi, la stazione appaltante non può intrattenere rapporti contrattuali, relativi a lavori, servizi e forniture, con l'appaltatore fallito, seppure il giudice fallimentare abbia autorizzato l'esercizio provvisorio dell'impresa.

La legittimazione processuale

Al mandatario spetta la rappresentanza esclusiva, anche processuale, dei mandanti nei confronti della stazione appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti fino alla estinzione di ogni rapporto. La norma, così formulata, stabilisce in prima battuta la legittimazione processuale attiva della mandataria di un raggruppamento temporaneo già costituito (ovvero per il quale sia stato conferito all’impresa mandataria un mandato con rappresentanza da parte di tutte le mandanti).

Quanto invece alla diversa questione della legittimazione processuale dell’impresa facente parte di un raggruppamento costituendo, l’approdo non è stato sempre pacifico, passando, tra altalenanti opinioni, anche al vaglio della Corte di Giustizia nonché dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

In particolare, la questione affrontata, riguardava la sussistenza o meno della legittimazione in capo alla mandataria di un costituendo raggruppamento. La Corte di Giustizia si è espressa nel senso che non contrasta col diritto comunitario una normativa nazionale che consenta a ciascun membro di un'associazione temporanea priva di personalità giuridica, la quale abbia in quanto tale partecipato a una gara d'appalto, di impugnare a titolo individuale gli atti della procedura stessa (C. giust. 4.10.2007, C-492/06).

Un tale principio è stato ripreso dal Consiglio di Stato, il quale ha riconosciuto la legittimazione individuale delle singole imprese associate in raggruppamento, in quanto esso discenderebbe direttamente dai comuni principi in tema di legittimazione processuale e di personalità giuridica, tenuto conto che pacificamente il fenomeno del raggruppamento di imprese non dà luogo a un'entità giuridica autonoma che escluda la soggettività delle singole imprese che lo compongono (Cons. St., Ad. Plen., 15.4.2010, n. 2155).

Fermo il principio sopra esposto, il problema si è posto in una diversa prospettiva in relazione alla proposizione del ricorso di primo grado da parte della sola impresa in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento, nonché in relazione alla possibilità o meno di qualificare come parte la mandante, ancorché non sia stata formalmente litisconsorte nel giudizio instaurato dalla mandataria. In questo caso la giurisprudenza ha ritenuto di dover dare soluzione negativa alla questione trattandosi di raggruppamento «costituendo», ossia in presenza del solo «impegno» di ciascuna delle imprese a costituirsi in raggruppamento temporaneo in caso di aggiudicazione. In altri termini, sostiene la giurisprudenza, la spendita da parte dell’impresa della qualità di designata capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento non può che assumere il solo significato di precisare la posizione della ricorrente e non è idonea a manifestare la rappresentanza processuale delle mandanti, poiché alla stessa impresa non era già stato conferito il relativo potere dalle mandanti medesime (Cons. St., sez. III, 14.1.2014, n. 102). Diversamente opinando, si ammetterebbe la sostituzione processuale in violazione dell'art. 81 c.p.c., secondo cui nessuno può fare valere in giudizio in nome proprio un diritto altrui se non nei casi espressamente previsti dalla legge (Cons. St., sez. III, 7.3.2012 n. 1301 e sez. V, 29.12.2009 n. 8918).

Diversamente, può ritenersi che ciascuna impresa componente di un’associazione temporanea costituita o costituenda sia legittimata ad agire in giudizio individualmente e si può ritenere che la legittimazione ad appellare di impresa membro del raggruppamento (costituito o costituendo) non venga meno qualora altra impresa dello stesso raggruppamento non impugni la sentenza sfavorevole o rinunzi all'appello, in quanto in questo caso si tratterebbe di due imprese mandanti iniziali litisconsorti che, in quanto ricorrenti, sono parti del giudizio in primo grado (assieme alla mandataria) e sono quindi conseguentemente legittimate a proporre appello, a norma dell'art. 102, co. 1 citato (Cons. St., Sez. VI, 10.5.2013 n. 2563).

Profili antitrust

I raggruppamenti tra imprese possono inquadrarsi negli accordi di collaborazione tra imprese, astrattamente idonei a restringere la concorrenza. I criteri alla stregua dei quali va quindi considerato lecito un raggruppamento sono quelli propri della disciplina sulla concorrenza che non vede con sfavore le ipotesi in cui le imprese sono posizionate in diverse fasi della catena produttiva, rinvenendo spesso delle criticità negli accordi tra imprese dirette o potenziali concorrenti, che sono considerati suscettibili di limitare l’offerta sul mercato.

In particolare, l’Autorità ha in un primo momento accertato l’esistenza di diffusi comportamenti delle amministrazioni appaltanti in grado di determinare distorsioni della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato, auspicando, affinché le previsioni del bando di gara non risultino in contrasto con i principi sanciti dalla l. 10.10.1990, n. 287, che i) la previsione di raggruppamenti temporanei d’impresa sia limitata ai casi in cui essi siano effettivamente necessari per aumentare il numero dei partecipanti alla gara; ii) nel caso dei raggruppamenti temporanei di imprese, il requisito della capacità tecnica ed economica venga soddisfatto dal raggruppamento nel suo complesso e non dalle singole imprese associate (Agcm, AS, 28.9.1999 n. 187).

Proprio la ratio pro concorrenziale dell’istituto consente alla pubblica amministrazione di selezionare l’offerta migliore, in termini economici e tecnici tra quelle presentate, di tal che, alla luce proprio di questo interesse, secondo l’Autorità è legittimo che le stazioni appaltanti, pur nel silenzio della legge, limitino la possibilità di associarsi in raggruppamento da parte di due o più imprese che singolarmente sarebbero in grado di soddisfare i requisiti finanziari e tecnici per poter partecipare alla gara (Agcm, AS, 30.1.2003, n. 251).

L’Autorità, nonostante le critiche della dottrina e la giurisprudenza oscillante sul punto, non si è discostata da questo orientamento, se mai precisandolo e delimitandolo proprio nell’ottica di un utilizzo ottimale dell’istituto. A tale riguardo si segnala la Comunicazione del 23.12.2014 avente ad oggetto l'esclusione dei raggruppamenti temporanei di imprese costituiti da due o più imprese che già singolarmente possiedono i requisiti finanziari e tecnici per la partecipazione alla gara (cd. raggruppamenti “sovrabbondanti”), pubblicata in conseguenza della segnalazione AS n. 880 del 28.9.2011. Con tale comunicazione il Garante ha fornito ancora una volta chiarimenti 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 sovrabbondanti.

Nella segnalazione citata, l’Autorità aveva già affermato che «la possibilità di escludere i raggruppamenti deve fondarsi … sulla contemporanea convergenza di elementi di carattere formale (il possesso dei requisiti) e sostanziale (le concrete potenzialità concorrenziali del raggruppamento), la cui verifica è previamente operata dalla stazione appaltante», suggerendo conseguentemente «l’adozione di un approccio più dinamico rispetto a quanto già suggerito in passato alle stazioni appaltanti» e 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».

Alla luce di quanto sopra esposto, l’inserimento nei bandi di gara di clausole escludenti la partecipazione di raggruppamenti sovrabbondanti è legittimo solo laddove la clausola: i) espliciti le ragioni della possibile esclusione in relazione alle esigenze del caso concreto, quali la natura del servizio e/o l’assetto del mercato di riferimento; ii) preveda che l’esclusione del raggruppamento non può essere automatica, essendo la stazione appaltante tenuta a dimostrare la sussistenza di rischi concreti e attuali di collusione delle imprese partecipanti alla gara in raggruppamento; iii) disponga che la valutazione della stazione appaltante, relativa alla sussistenza dei possibili profili anticoncorrenziali nella formazione del raggruppamento, tenga conto delle giustificazioni – in termini di efficienza gestionale e industriale, alla luce del valore, della dimensione o della tipologia del servizio richiesto – che le imprese partecipanti al raggruppamento forniscono al momento della presentazione della domanda o su richiesta della stazione appaltante.

Fonti normative

Artt. 3, 45-48 c. appalti pubblici; artt. 1703-1730 c.c.; artt. 78, 81 l. fall.

Bibliografia essenziale