

Brevi note in tema di modificazioni soggettive delle associazioni temporanee d'impresa

di Sergio Caracciolo

scaracciolo@orrick.com

1. Premessa

Con questo breve scritto si intende tracciare un quadro generale concernente le possibilità ed i limiti che la normativa e la giurisprudenza amministrativa riconoscono alle associazioni temporanee di impresa (A.T.I.) di modificare la propria composizione soggettiva nel corso delle procedure per l'affidamento degli appalti pubblici (lavori, servizi e forniture).

2. Le modificazioni soggettive delle A.T.I. intervenute successivamente all'espletamento della fase di prequalificazione negli appalti di lavori

Nell'ambito degli appalti di lavori pubblici, 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”*. Ciò, sia che si tratti di una associazione già costituita, sia che si tratti di imprese che, seppur non ancora costituite in associazione, si siano impegnate a farlo, ai sensi dell'art. 93, d.P.R. n. 554/99, al momento dell'aggiudicazione.

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.

Il dettato normativo, però, per quanto si presenti sufficientemente chiaro, ha creato, nella pratica, non pochi problemi applicativi.

Infatti, per le gare con il sistema della licitazione privata, che, come noto, consta della fase di prequalifica e di una seconda, consistente nella gara, in cui vengono presentate e verificate le offerte, parte della dottrina e della giurisprudenza (in particolare, Cons. Stato, sez. V, 29 settembre 2003, n. 5509) ha affermato che, nel rispetto del principio della contestualità e

simultaneità della valutazione delle imprese partecipanti, la preclusione a modificare una A.T.I. sorge fin dalla prima fase della procedura di gara.

Tale tesi, però, per quanto non priva di argomentazioni valide, non può essere condivisa.

In primo luogo, infatti, 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, semprechè 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.

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.

Se così non fosse, la procedura e, dunque, l'affidamento, risulterebbe viziato di illegittimità, tanto da comportare, ai sensi dell'art. 93, comma 3, d.P.R. n. 554/99, per tutte le imprese costituenti l'A.T.I. (Tar Lazio, sez. III, 13 marzo 2001 n. 1863), la nullità del contratto d'appalto eventualmente stipulato o, nei casi in cui la stipulazione non sia ancora avvenuta, l'annullamento dell'aggiudicazione.

3. Le modificazioni soggettive intervenute dopo l'aggiudicazione dei lavori

Chiarita la portata del divieto posto dall'art. 13, comma 5-bis, legge n. 109/94, occorre ora esaminare se siano da considerare ammissibili le modifiche soggettive delle A.T.I. intervenute dopo l'aggiudicazione dei lavori.

Sul punto, è utile precisare che già l'art. 25, d.lgs. n. 406/91 aveva previsto tale eventualità in caso di fallimento dell'impresa mandataria o, nei casi in cui si trattasse di impresa individuale, in caso di morte, interdizione o inabilitazione del suo titolare. Al ricorrere di tali ipotesi, veniva riconosciuta all'amministrazione la facoltà di proseguire il rapporto di appalto

con altra impresa, di suo gradimento, costituita mandataria nei modi previsti dall'art. 23 del d.lgs stesso, oppure di recedere dall'appalto.

Inoltre, in caso di fallimento di una delle imprese mandanti ovvero, qualora si fosse trattato di un'impresa individuale, in caso di morte, interdizione o inabilitazione del suo titolare, l'impresa capogruppo, ove non avesse indicato altra impresa subentrante, in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, era tenuta alla esecuzione dell'appalto, direttamente o a mezzo delle altre imprese mandanti.

La formulazione del suddetto articolo 25, abrogato dall'art. 231, d.P.R. n. 554/99, è attualmente ripresa dall'art. 94, d.P.R. n. 554/99, il quale, pur ricalcandone i medesimi principi, inserisce un esplicito richiamo all'aspetto della qualificazione del soggetto subentrante nel rapporto associativo e, quindi, nell'esecuzione del contratto d'appalto.

Infatti, nel caso in cui sia l'impresa mandataria a fallire o, qualora si tratti di impresa individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del suo titolare, la stazione appaltante ha facoltà di proseguire il rapporto di appalto con altra impresa che sia costituita mandataria nei modi previsti dall'art. 93, *purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori ancora da eseguire*, ovvero di recedere dall'appalto.

Nel caso in cui fallisca una delle imprese mandanti o, qualora si tratti di un'impresa individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del suo titolare, l'impresa capogruppo, ove non indichi altra impresa subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuta alla esecuzione, direttamente o a mezzo delle altre imprese mandanti, *purché queste abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori ancora da eseguire*.

Altra disposizione che deroga al generale divieto, stabilito dall'art. 13, comma 5-bis, legge n. 109/94, è quella contenuta nell'art. 12 del d.P.R. n. 252/98 in materia antimafia, a norma del quale se taluna delle situazioni interdittive (relative a tentativi di infiltrazioni mafiose), indicate nell'art. 10, comma 7, dello stesso d.P.R., interessa un'impresa diversa da quella mandataria che partecipa ad un'associazione o raggruppamento temporaneo di imprese, le cause di divieto o di sospensione di cui all'art. 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575, e quelle di divieto di cui all'art. 4, comma 6, del d.lgs. n. 490/94, non operano nei confronti delle altre

imprese partecipanti quando l'impresa interdetta sia estromessa o sostituita anteriormente alla stipulazione del contratto o alla concessione dei lavori. La sostituzione può essere effettuata entro trenta giorni dalla comunicazione delle informazioni del prefetto qualora esse pervengano successivamente alla stipulazione del contratto o alla concessione dei lavori.

4. Modificazioni soggettive delle ATI negli appalti di forniture e di servizi

Le problematiche suesposte si arricchiscono di un ulteriore elemento nel caso ci si trovi ad operare nell'ambito degli appalti di forniture e di servizi.

Difatti, la regola della immodificabilità soggettiva della compagine dell'A.T.I. è positivamente sancita solo per gli appalti di lavori, mentre non è prevista per gli appalti di forniture e servizi.

Si potrebbe, pertanto, essere indotti a ritenere che, negli appalti di forniture e servizi, le modifiche soggettive della A.T.I. siano consentite in tutte le fasi di gara, compresa quella tra la presentazione dell'offerta e la stipula del contratto.

Sul punto, però, la giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, sez. VI, 13 novembre 2001, n. 4062) ha evidenziato che *“dal silenzio della disciplina relativa agli appalti di servizi non può desumersi, per argomento a contrario, l'opposto principio della piena modificabilità della compagine organizzativa dell'A.T.I.”*, dovendosi, invece, ritenere *“esistente un principio generale (valido per ogni tipologia di appalto, n.d.a.) di immodificabilità soggettiva, che può subire deroghe solo nei casi tassativamente previsti nell'ordinamento”*.

A riprova di ciò, infatti, lo stesso giudice ha rilevato come la disciplina sui servizi, all'art. 11, d.lgs. n. 157/95, consenta espressamente la modifica soggettiva di un'A.T.I. nel caso di fallimento di una delle imprese che ne fanno parte, deducendone, perciò, l'eccezionalità della stessa.

Sempre in tema di servizi, il Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. V, 18 settembre 2003, n. 5309) si è espresso in merito alla legittimità di modificare un'A.T.I. fino alla presentazione dell'offerta, rilevando come l'art. 11, d.lgs. n. 157/95 (il quale prevede espressamente che le

imprese temporaneamente raggruppate sono legittimate “a presentare offerte”, con ciò individuando esplicitamente in quest’ultima fase procedimentale il momento che rileva ai fini della legittima costituzione dell’A.T.I.) consente la possibilità di costituire un raggruppamento di imprese non solo con riferimento alla fase immediatamente antecedente lo svolgimento della competizione vera e propria, ma anche fino al momento della presentazione delle offerte.

Alla luce delle suddette pronunce, pertanto, si può ritenere che, anche nell’ambito degli appalti di forniture e servizi, sia consentito modificare la composizione di un’A.T.I. o costituirne una tra imprese singolarmente invitate anche dopo la fase di prequalifica, sempre che, ovviamente, ci si trovi nell’ambito di una procedura indetta con il metodo della licitazione privata.

Invero, la fase di prequalifica nella licitazione privata assolve all’esclusiva funzione di distinguere, in due distinti segmenti procedimentali, l’accertamento del possesso dei requisiti di partecipazione (con la conseguente selezione delle imprese da invitare) dalla gara vera e propria (con le conseguenti valutazione delle offerte presentate e scelta della migliore), al fine di circoscrivere il numero dei concorrenti alle sole imprese idonee, sicché la segnalata diversità delle finalità perseguite dalle due fasi impone di escludere la necessità che i soggetti che hanno partecipato alla prima concorrano alla seconda nella medesima veste soggettiva e, tuttavia, la necessaria coerenza tra i due momenti dell’unica procedura selettiva impedisce la partecipazione alla gara di un soggetto che non ha superato la fase di prequalificazione.

Tale ricostruzione dell’articolazione e della funzione della licitazione privata conferma, in definitiva, la necessità che alla presentazione dell’offerta siano ammesse imprese già selezionate nella fase di prequalificazione ma non impedisce a queste ultime di associarsi temporaneamente in vista della gara, posto che l’A.T.I. non estingue la soggettività delle imprese già qualificate.

Pertanto, poiché un raggruppamento di imprese non costituisce un soggetto ontologicamente nuovo e diverso da quelli invitati, non può configurarsi la violazione del principio di immodificabilità soggettiva delle imprese, soprattutto, nel caso in cui non vi sia

dubbio circa il possesso in capo a ciascuna società dei requisiti di partecipazione in relazione alla tipologia di servizi da eseguire.

Tale conclusione, sempre ad avviso del Consiglio di Stato, risulta, peraltro, avvalorata e corroborata dal disposto di cui all'art. 93, comma 2, d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 (laddove prevede espressamente che l'impresa invitata individualmente possa presentare l'offerta quale capogruppo di imprese riunite) che sancisce positivamente il principio dell'ammissibilità che alla gara vera e propria possa partecipare un'A.T.I. costituita dopo la fase di prequalificazione.

Altra pronuncia giurisprudenziale (Cons. Stato, sez. V, 2 dicembre 2002, n. 6619), in tema di appalto di servizi, ha risolto positivamente il dubbio che, precedentemente, si è avanzato per il settore lavori, e per il quale sarebbe da considerare legittima una modificazione soggettiva anche se interessa l'impresa mandataria dell'A.T.I. o se riduce le qualificazioni complessive del raggruppamento iniziale. Tale pronuncia, tra l'altro, nel motivare in tal senso, ha richiamato espressamente la sentenza che tale dubbio interpretativo aveva ingenerato.

Il giudice amministrativo, infatti, in una fattispecie in cui l'impresa mandataria di una A.T.I. costituenda, aveva rinunciato a presentare l'offerta dopo aver superato la fase di prequalificazione, ha ritenuto legittima l'aggiudicazione all'unica impresa mandante sull'assunto che *"in mancanza di sintomi di violazione della par condicio tra i concorrenti o di significative alterazioni del normale corso della sequenza procedimentale, e non essendo inoltre in contestazione ... il possesso dei necessari requisiti ... trova lineare applicazione la possibilità ... di operare - nel periodo antecedente alla presentazione delle offerte - modificazioni alla compagine del soggetto invitato alla gara, sia esso impresa individuale che associazione temporanea"*.

Altra recente pronuncia (Tar Campania, Napoli, Sez. I, 22 gennaio 2003, n. 375), invece, si è espressa in merito alla problematica dell'esistenza o meno di un principio di immodificabilità del raggruppamento offerente nella fase delimitabile fra la presentazione della offerta e la esecuzione del contratto. Il giudice, in tal caso, dopo aver osservato che l'art. 11, d.lgs. n. 157/95, prevede ipotesi tassative, che consentono di modificare legittimamente la composizione

delle associazioni temporanee solo nella fase dell'esecuzione del contratto, ha concluso nel ritenere illegittima qualsiasi modificazione soggettiva intervenuta dopo la presentazione dell'offerta e prima che si sia dato inizio all'esecuzione del contratto.

6. Conclusioni

A prescindere dalle peculiarità dei singoli casi, si può concludere, affermando che, in generale, nel corso delle pubbliche gare per l'affidamento degli appalti (di qualunque tipologia si tratti), le A.T.I., tra la fase di prequalifica e la presentazione dell'offerta, possono legittimamente modificare – sostituendo, aggiungendo o escludendo una o più imprese – la propria composizione soggettiva. Nel fare ciò, però, si dovrà necessariamente tener conto della qualificazione complessiva del raggruppamento, che dovrà comunque soddisfare i requisiti minimi richiesti dal bando di gara.

La stessa possibilità, inoltre, anche se limitatamente ad ipotesi tassativamente previste dalla normativa, è riconosciuta nella fase dell'esecuzione del contratto di appalto.

Assolutamente vietate, invece, sono le modificazioni soggettive intervenute nella fase intermedia della procedura di aggiudicazione di lavori pubblici: ossia dal momento della presentazione dell'offerta fino alla stipula del contratto.