

Divieto di modificazione soggettiva nei raggruppamenti temporanei di imprese tra vecchia e nuova disciplina

di Libera Valla

Data di pubblicazione: 13-1-2017

1. In tema di competenza territoriale inderogabile del g.a. il criterio principale è quello della sede dell'autorità che ha emesso l'atto impugnato; tale criterio è sostituito da quello inerente gli effetti "diretti" dell'atto, qualora essi si esplicino in un luogo compreso in una diversa circoscrizione territoriale di Tribunale amministrativo regionale (1).

2. Ai sensi dell'art.37, comma 9, dlgs. n.163/2006 (ora art. 48, comma 9 del dlgs. n.50/2016) non è possibile modificare la composizione dei partecipanti ai raggruppamenti temporanei d'impresе durante l'intero arco della procedura di evidenza pubblica, concernendo le eccezioni contemplate dall'art. 37, commi 18 e 19 dlgs. n.163/2006 (i.e. il fallimento della mandante e del mandatario, la morte l'interdizione o l'inabilitazione dell'imprenditore individuale, nonché le ipotesi previste dalla normativa antimafia) unicamente evenienze relative alla successiva fase dell'esecuzione del contratto (2).

3. La ricorrente legittimamente esclusa non è abilitata a censurare l'ammissione di altri partecipanti alla gara (3).

(1) Conforme Ad. Pl.24.9.2012, n.33, TAR Puglia Bari sent. n.1551/2015.

(2) Conforme Ad. Pl. n. 8/2012, Cons. Stato Sez. V, 20.1.2015, n.169.

(3) Conforme Cons. Stato, Sez. IV, 25 agosto 2016, n.3688.

Guida alla lettura

L'ordinanza in esame si occupa, tra le altre cose, del divieto di modificazione soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese (RTI già associazione temporanea di imprese ATI).

L'istituto del raggruppamento temporaneo di imprese è stato introdotto nella legislazione italiana con la legge n.584/1977, con cui sono state recepite nel nostro ordinamento le direttive comunitarie del 1971.

Tramite i raggruppamenti il legislatore persegue un doppio obiettivo: da un lato garantire alla stazione appaltante la sussistenza in capo all'offerente di capacità e requisiti tecnico economici sufficienti per l'adempimento delle obbligazioni assunte e, dall'altro lato, consentire la più ampia partecipazione degli operatori economici alle procedure di affidamento riconoscendo a piccole e medie imprese la facoltà di associarsi e soddisfare i requisiti richiesti

dalla lex specialis per l'aggiudicazione dell'appalto scongiurando al contempo la creazione di posizioni dominanti nei mercati.

Lo schema organizzativo alla base del raggruppamento temporaneo di imprese va ricondotto ad un conferimento da parte degli operatori economici di un mandato collettivo speciale con rappresentanza, gratuito e irrevocabile, ad uno di essi in qualità di mandatario a cui spetta la rappresentanza esclusiva, anche processuale dei mandanti e, ciò, nei confronti della stazione appaltante e per tutti gli atti relativi all'appalto fino all'estinzione del rapporto.

A differenza del consorzio stabile, pertanto, la nascita del raggruppamento non determina la nascita di un'entità giuridica nuova e, in quanto tale non rappresenta un centro di imputazione di rapporti distinto dalle imprese che lo compongono.

In tale contesto si inserisce il problema della immodificabilità soggettiva del raggruppamento.

Il comma 9 dell'art. 37 del codice 163/2006 affermava "Salvo quanto disposto ai commi 18 e 19, è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta".

Il generale divieto di modificazione della composizione soggettiva dei raggruppamenti temporanei è, infatti, volto a garantire all'amministrazione appaltante la sussistenza dei requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economica nonché la legittimazione delle imprese che hanno partecipato alla gara, oltre che a presidiare la complessiva serietà delle imprese che partecipano alla gara onde assicurare l'affidabilità del futuro contraente dell'amministrazione. Ne deriva che, quando un raggruppamento temporaneo di imprese partecipa ad una gara, non è possibile alcuna modifica, in ordine alla composizione del raggruppamento e a quanto dichiarato in sede di gara con l' "impegno presentato in sede di offerta", di cui parla il comma 9 dell'art. 37 (Cons. Stato, sez. IV, n. 3344/2014).

A tal proposito, vale la pena di specificare che secondo una consolidata giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato Sez. V, 18/09/2003, n. 5309, Cons. Stato Sez. V, 31/05/2011, n. 3256; Cons. Stato Sez. IV, 13/03/2014, n. 1243) la validità della costituzione di un'ATI deve essere giudicata con esclusivo riferimento al momento della formulazione dell'offerta, dovendosi ritenere legittime le offerte congiuntamente presentate da imprese appositamente e tempestivamente raggruppate, singolarmente invitate, anche allorquando la loro costituzione in ATI sia intervenuta dopo la fase di prequalificazione; non sussiste, infatti alcun divieto in tal senso, emergendo per contro un preciso indirizzo legislativo volto a favorire il fenomeno del raggruppamento e ad individuare la presentazione dell'offerta come momento della procedura da cui decorre il divieto di modificabilità soggettiva della composizione dei partecipanti; divieto che non opera per la fase di prequalificazione posto che l'ATI non estingue la soggettività delle imprese già qualificate e, pertanto, non può qualificarsi soggetto ontologicamente nuovo e diverso da quelli invitati.

La giurisprudenza si è poi interrogata sul carattere generale del principio di immodificabilità soggettiva dell'ATI.

Nonostante il citato comma 9 dell'art. 37 confermasse il divieto di qualsiasi modificazione della composizione delle associazioni temporanee di imprese, infatti, in dottrina si erano registrate

delle incertezze circa la natura di principio generale di tale disposizione stante la presenza nell'ordinamento di numerose previsioni di segno contrario.

Sul punto è intervenuto il Consiglio di Stato statuendo che “il divieto di modificare la composizione dei raggruppamenti temporanei riguarda l'arco intero della procedura di evidenza pubblica mentre le eccezioni contemplate ai commi 18 e 19, concernenti il fallimento del mandante e del mandatario, la morte, l'interdizione o inabilitazione dell'imprenditore individuale, nonché le ipotesi previste dalla normativa antimafia, riguardano evenienze relative alla successiva fase dell'esecuzione del contratto (cfr. Cons. Stato, V, n. 4350/2003, che, pronunciandosi con riferimento al disposto dell'art. 94 del D.P.R. n. 554 del 1999, *ratione temporis* vigente, ha puntualizzato che ogni eccezione al principio di immodificabilità dell'offerta e della composizione dei partecipanti dopo l'offerta non può che essere applicata restrittivamente alle sole ipotesi espressamente disciplinate dal legislatore, tra le quali non rientra il caso del fallimento della mandataria di una ATI intervenuto in corso di gara).

L'illegittima modificazione soggettiva del raggruppamento produce, sul piano pubblicistico, le conseguenze disciplinate dall'art. 37, co. 10, D.Lgs. n. 163 del 2006, ossia, a seconda dei casi, l'esclusione dalla procedura, l'annullamento dell'aggiudicazione e la nullità del contratto eventualmente stipulato (Cons. Stato, sez. IV, n. 6446/2012).

L'ordinanza in esame segue l'interpretazione della giurisprudenza prevalente che attribuisce carattere generale al divieto di modificazione soggettiva delle ATI attribuendo alle eccezioni espressamente previste (commi 17 e 18) un ambito di applicazione circoscritto alla fase di esecuzione del contratto.

Come indicato nell'ordinanza in commento, il comma 9 dell'art. 37 è stato trasfuso nel comma 9 dell'art. 48 del dlgs. 50/2016.

Il nuovo articolo ha ampliato le eccezioni alla regola mediante la previsione di nuove ipotesi che ai sensi dei commi 17 e 18 ammettono la sostituzione dell'impresa mandataria o della mandante. Si tratta dei casi di liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo, procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione.

E' chiaro che anche queste nuove ipotesi, in conformità al principio generale di immodificabilità soggettiva delle ATI, devono ritenersi applicabili alla sola fase di esecuzione del contratto.

Unica eccezione al principio di immodificabilità soggettiva nella fase procedurale corrente tra la presentazione delle offerte e la definizione della procedura di aggiudicazione è quella prevista dal nuovo comma 19 del medesimo art. 37 del D.Lgs.163/2006.

Questo traduce con una previsione espressa la giurisprudenza che aveva già ammesso la modificazione soggettiva del raggruppamento temporaneo in caso di recesso di una o più imprese purchè le rimanenti disponessero dei requisiti sufficienti per eseguire i restanti lavori, servizi o forniture.

La disposizione precisa che il recesso è possibile solo dove il raggruppamento non miri, con la modifica della propria compagine, all'elusione delle conseguenze che discenderebbero

dall'accertamento dalla mancanza in capo alla recedente di un requisito di partecipazione alla procedura.

La giurisprudenza aveva infatti precisato che il divieto di modificazione della compagine delle associazioni temporanee di imprese o dei consorzi nella fase procedurale corrente tra la presentazione delle offerte e la definizione della procedura di aggiudicazione, è finalizzato a impedire l'aggiunta o la sostituzione di imprese partecipanti all'ATI o al consorzio, e non anche a precludere il recesso di una o più di esse, a condizione che quelle che restano a farne parte risultino titolari, da sole, dei requisiti di partecipazione e di qualificazione e che ciò avvenga per esigenze organizzative proprie dell'ATI o Consorzio, e non invece per eludere la legge di gara e, in particolare, per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente dell'ATI venuto meno per effetto dell'operazione riduttiva (Cos. Stato, Ad .Plen., n. 8/2012).

La precisazione che la modifica soggettiva non possa eludere la mancanza di un requisito di partecipazione introduce un obbligo di verifica da parte della stazione appaltante della sussistenza dei requisiti necessari per partecipare alla procedura tale da determinare la necessità di valutare caso per caso il rispetto della norma antielusiva.

In dottrina è stata suggerita una possibile soluzione all'incertezza che potrebbe scaturire dall'applicazione della disposizione in questione: il mutamento soggettivo ex comma 19 potrebbe avvenire solo nel caso in cui la stazione appaltante abbia già provveduto alla verifica dei requisiti di capacità e moralità delle imprese costituenti il raggruppamento.

Per contro, ove il recesso avvenisse prima della verifica di detti requisiti, la disposizione in commento potrebbe autorizzare la stazione appaltante a verificare in quella sede l'effettiva sussistenza di tutti i requisiti imposti dalla lex specialis al recedente. Ove così non fosse sarebbe, infatti, impossibile saggiare il concreto rispetto del divieto in esame.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 1340 del 2016, proposto da -OMISSIS-, in proprio e nella qualità di mandataria del RTI con -OMISSIS-, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Gianni C.F. GNNGPP60P06F258J, Gennaro Terracciano C.F. TRRGNR60E08F839R, con domicilio eletto presso l'avv. Luciano Martucci in Bari, via Andrea Da Bari, 125;

contro

Consip s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Alberto Bianchi C.F. BNCLRT54E16G713Z, Maurizio Di Cagno C.F. DCGMRZ57R31A662W, con domicilio eletto presso l'avv. Maurizio Di Cagno in Bari, via Nicolai, 43;
Unione Comuni dell'Alta Murgia (Unicam), non costituita in giudizio;

nei confronti di

-OMISSIS-., rappresentata e difesa dagli avvocati Aldo Loiodice C.F. LDCLDA41E20L328N, Michelangelo Pinto C.F. PNTMHL73S27A662R, con domicilio eletto presso l'avv. Aldo Loiodice in Bari, via Nicolai, 29;

-OMISSIS-I., in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento di imprese con-OMISSIS-., rappresentato e difeso dall'avv. Giacomo Valla C.F. VLLGCM58E14A893T, con domicilio eletto in Bari, via Quintino Sella, 36;

RTI -OMISSIS-non costituiti in giudizio;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

- della comunicazione prot. n. 23809/2016, datata 5.10.2016 di esclusione della ricorrente dalla procedura di gara per l'affidamento del servizio di raccolta rifiuti, raccolta differenziata, trasporto dei rifiuti, igiene urbana e servizi complementari da svolgersi presso i Comuni ricadenti nel territorio dell'ARO BA/4;

- ove occorrer possa, della nota prot. n. 9580/2016 del 14.4.2016 recante il diniego di sostituzione della mandante, -OMISSIS-., *medio tempore* colpita da interdittiva antimafia;

- dell'aggiudicazione provvisoria disposta a favore del -OMISSIS-

- dell'ammissione in gara dell'attuale RTI aggiudicatario provvisorio, del concorrente secondo classificato (-OMISSIS-) e del terzo classificato (RTI -OMISSIS-), nonché dei verbali di gara delle relative sedute;

- di tutti gli atti presupposti, consequenziali e/o connessi, ancorché ignoti alla ricorrente;

e per la condanna dell'Amministrazione al risarcimento in forma specifica del danno ingiusto subito dalla ricorrente in conseguenza dell'illegittimità degli atti impugnati attraverso la riammissione in gara e l'aggiudicazione dell'appalto ovvero, in subordine, per equivalente;

e per la declaratoria di inefficacia del contratto ove *medio tempore* stipulato, con richiesta di subentro;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consip e di -OMISSIS-;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Visto l'art. 55 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Ritenuta la propria giurisdizione e competenza;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2016 il dott. Francesco Cocomile e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Rilevato che secondo quanto affermato da Cons. Stato, Ad. Plen., 24 settembre 2012, n. 33 relativamente alla previsione normativa di cui all'art. 13 cod. proc. amm. «In tema di competenza territoriale inderogabile del g.a. il criterio principale è quello della sede dell'autorità che ha emesso l'atto impugnato; tale criterio è sostituito da quello inerente gli effetti "diretti" dell'atto, qualora essi si esplicano in luogo compreso in una diversa circoscrizione territoriale di Tribunale amministrativo regionale.»;

Ritenuto, pertanto, che in conseguenza della applicazione al caso di specie del principio in precedenza esaminato e del carattere inderogabile delle regole di competenza territoriale indicate dall'art. 13 cod. proc. amm. sussiste la competenza territoriale del T.A.R. adito (venendo in rilievo un appalto indetto dalla CONSIP, società con sede in Roma, ma avente effetti sul territorio regionale pugliese), dovendosi conseguentemente prescindere dalla contraria previsione sul foro territorialmente competente (T.A.R. Lazio - Roma) di cui alla clausola contenuta a pag. 6 del bando (cfr. ordinanza del T.A.R. Puglia, Bari n. 98/2015 e sentenza del T.A.R. Puglia, Bari n. 1551/2015);

Rilevato che, ad un sommario esame proprio della fase cautelare, la ricorrente -OMISSIS- appare essere stata legittimamente esclusa dalla procedura di gara *de qua* in applicazione della regola generale (art. 37, comma 9 dlgs n. 163/2006; regola confermata dall'art. 48, comma 9 dlgs n. 50/2016) che non consente di modificare la composizione dei partecipanti ai raggruppamenti temporanei d'impresa durante l'intero arco della procedura di evidenza pubblica, concernendo le eccezioni contemplate dall'art. 37, commi 18 e 19 dlgs n. 163/2006 (*i.e.* il fallimento del mandante e del mandatario, la morte, l'interdizione o l'inabilitazione dell'imprenditore individuale, nonché le ipotesi previste dalla normativa antimafia) unicamente evenienze relative alla successiva fase dell'esecuzione del contratto, non ricorrenti nella fattispecie in esame (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 20 gennaio 2015, n. 169);

Rilevato, infatti, che la società ricorrente non è l'aggiudicataria che ha in corso l'esecuzione

del contratto;

Rilevato, infine, che il precedente giurisprudenziale di cui all'ordinanza del Consiglio di Stato n. 2326/2016, invocato da parte ricorrente a pag. 11 dell'atto introduttivo, è relativo alla differente ipotesi della sostituzione della ausiliaria "interdetta" nell'ambito di un contratto di avvalimento, questione peraltro oggetto di rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea;

Considerato, altresì, che, essendo stata la ricorrente legittimamente esclusa in forza di quanto in precedenza evidenziato, la stessa non appare abilitata a censurare l'ammissione di altri partecipanti alla gara (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 25 agosto 2016, n. 3688);

Ritenuta, inoltre, l'insussistenza del presupposto cautelare del *periculum in mora* in considerazione della durata di 7 anni dell'appalto per cui è causa che comunque consentirebbe il subentro;

Ritenuto, in conclusione, che non sussistono i presupposti per concedere la richiesta misura cautelare;

Ritenuto che, in considerazione della peculiarità della fattispecie in esame, sussistono giuste ragioni per compensare le spese della presente fase cautelare;

P.Q.M.

respinge l'istanza cautelare.

Compensa le spese della presente fase.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la Segreteria del Tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, comma 1 D. Lgs. 30 giugno 2003 n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la società -OMISSIS-.

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Francesco Cocomile, Primo Referendario, Estensore

Alfredo Giuseppe Allegretta, Referendario

