

Procedure ristrette e negoziate: ok alle ATI tra imprese già prequalificate

24 Aprile 2014

Con la sentenza in oggetto, il Consiglio di Stato ha affrontato la questione della esatta definizione dell'ambito di applicazione del principio di immodificabilità soggettiva dell'offerente, ai fini della corretta esegesi del disposto del comma 12 dell'art. 37, D.lgs. 163/2006.

Più precisamente, la questione sottoposta all'attenzione del giudice amministrativo concerne l'individuazione precisa del momento in cui il divieto di modificazione soggettiva, relativo al partecipante ad una procedura di affidamento di un contratto pubblico, venga in rilievo : cioè se tale divieto si configuri soltanto all'indomani della presentazione dell'offerta ovvero anche nelle fasi di gara a questa precedente.

Al riguardo, dev'essere preliminarmente significato che l'art. 37, comma 12, del Codice dei Contratti Pubblici prevede che *"In caso di procedure ristrette o negoziate, ovvero di dialogo competitivo, l'operatore economico invitato individualmente, o il candidato ammesso individualmente nella procedura di dialogo competitivo, ha la facoltà di presentare offerta o di trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti"*.

Il Consiglio ha, in primo luogo, rammentato come, sul punto, il medesimo consesso si era già espresso con la sentenza 8 marzo 2006, n. 1267, ritenendo di escludere la possibilità che due o più imprese concorrenti, individualmente prequalificate, potessero concorrere in associazione temporanea alla successiva competizione, mediante la presentazione di un'offerta congiunta, salvo che il bando non prevedesse diversamente.

Tuttavia, lo stesso Consiglio ha ritenuto di non condividere tale precedente orientamento, anche alla luce di quanto illustrato nella sentenza n. 588 del 20 febbraio 2008 (in senso conforme v. anche Cons. Stato, Sez. V, n. 6619 del 2002; n. 5309 del 2003). È stato, infatti, chiarito, in tale provvedimento, che il principio di immodificabilità soggettiva viene in rilievo soltanto all'indomani della presentazione dell'offerta e non nelle fasi di gara a questa precedente.

Del resto anche dal punto di vista letterale, sia l'art. 37, comma 12, che l'art. 125, commi 8 e 11, del d.lgs. n. 163/2006, fanno riferimento alla nozione di "operatore economico" e di "candidato", ossia di un soggetto che ancora deve presentare la propria offerta.

Un'opposta interpretazione non potrebbe, inoltre, armonizzarsi con il testo del comma 9 dell'art. 37, d.lgs. n. 163/2006, che vieta la modificazione della composizione delle ATI, soltanto, all'indomani dell'offerta.

A conferma di quanto detto, il giudice amministrativo fa presente che, nella sentenza n. 8 del 2012, l'Adunanza Plenaria ha ritenuto che il divieto di modificazione della compagine delle Associazioni temporanee di imprese nella fase procedurale, corrente tra la presentazione delle offerte e la definizione della procedura di aggiudicazione, fosse finalizzato a impedire l'aggiunta o la sostituzione di Imprese partecipanti all'ATI e non anche a precludere il recesso di una o più di esse, a condizione che quelle restanti fossero 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.

Pertanto, stante la riconosciuta possibilità per gli operatori economici invitati di costituire associazioni temporanee di imprese, sarebbe irragionevole ritenere possibile una modificazione soggettiva delle ATI costituite o costituite e non consentire che gli operatori economici invitati possano utilizzare lo stesso strumento.

Sulla base delle considerazioni svolte, i Giudici di Palazzo Spada hanno affermato, con la sentenza n. 1548 del 31 marzo 2014, il seguente principio di diritto : *“Deve ritenersi ammessa, nel caso di procedure ristrette o negoziate, in difetto di espresso divieto della lex specialis, la partecipazione alla gara - sotto forma di ATI - di imprese che si sono prequalificate separatamente, non potendosi ravvisare in ciò una violazione dell’art. 37, comma 12, del D.lgs. 163/2006”*.

In conclusione, si ritiene opportuno evidenziare, in via generale, come una diversa interpretazione della norma in esame darebbe luogo ad un’esegesi ingiustificatamente restrittiva, in ordine alla possibilità di utilizzare lo strumento del raggruppamento temporaneo di imprese. Ciò, in contraddizione con la *ratio*, profondamente proconcorrenziale, di tale istituto, volto a consentire l’accesso al mercato dei contratti pubblici, anche a soggetti che singolarmente non avrebbero i requisiti necessari per risultare aggiudicatari.

Dunque, a nostro avviso, quand’anche tale divieto fosse previsto dalla *lex specialis*, non sembrerebbe comunque conforme alla normativa vigente, anche alla luce del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui al comma 1 bis dell’art. 46 del Codice dei Contratti Pubblici, escludere, in assenza di una esplicita previsione normativa, la possibilità, per gli operatori invitati, di ricorrere ad un istituto di carattere generale, quale quello della partecipazione in raggruppamento.

In allegato alla presente news il testo integrale della decisione.

[15953-CdS sentenza 1548 del 31 marzo 2014.pdf](#)[Apri](#)