

FAQ – ATI 2022

FAQ. 1 - È possibile vietare a una associazione, o raggruppamento temporaneo di imprese, la partecipazione a una gara d'appalto?

La partecipazione in forma associata, prevista dall'art. 48 del d.lgs. 50/2016, il cd. "codice appalti", è uno dei principali istituti volti a favorire la presenza delle piccole e medie imprese e, più in generale, ad ampliare la concorrenza, in quanto consente a diversi operatori economici, singolarmente non in possesso dei requisiti previsti da uno specifico bando, di associarsi tra loro al fine di partecipare ad una gara, cumulando tra loro i rispettivi requisiti.

Ne consegue che, secondo l'ANAC, è illogico e contraddittorio il divieto di partecipare in raggruppamento, ciò soprattutto se viene, nello stesso bando, consentita la partecipazione ai consorzi stabili nonché il ricorso all'avvalimento, che esprimono la medesima finalità pro concorrenziale, a tutela di operatori economici minori (v. [Delibera ANAC n. 278 del 14 giugno 2022](#)).

Non può quindi essere prevista la limitazione *sic et simpliciter* della partecipazione dei R.T.I. orizzontali e misti nell'assunto che rientrerebbe per intero nella sfera della discrezionalità dell'amministrazione, in quanto direttamente riconducibile alla (sola) selezione e conformazione dei requisiti di ammissione. Infatti, una generalizzata (non altrimenti conformata o qualificata) esclusione dei modelli organizzativi suindicati va oltre e al di là della mera modulazione dei requisiti partecipativi (v. [Consiglio di Stato, sez. V, 4 maggio 2020, n. 2784](#), richiamata nella citata delibera ANAC).

FAQ. 2 - È possibile costituire una associazione, o raggruppamento temporaneo di imprese in cui la mandataria non rappresenti la quota maggioritaria?

La disciplina nazionale, sancita dall'art. 83, comma 8, del d.lgs. 50/2016, il cd. "codice appalti", e, per quanto riguarda i lavori, dell'art. 92, comma 2, del regolamento, DPR n. 207/2010, prevedono che la mandataria deve essere qualificata ad eseguire la quota maggioritaria della prestazione da eseguire.

La Corte di giustizia UE ha tuttavia recentemente chiarito che la legge nazionale non può prevedere l'obbligo per l'impresa mandataria di un'ATI di possedere *tout court* i requisiti di qualificazione in misura maggioritaria (v. [sez. IV, sentenza 28 aprile 2022, C-642/20, Caruter Srl](#)).

Resta comunque ferma la possibilità dell'amministrazione di determinare, basandosi su un approccio di tipo qualitativo e non meramente quantitativo delle prestazioni, quelle che dovrebbero essere svolte da una specifica impresa componente dell'ATI (v., *cf.* [Cons. Stato, sez. VII, sentenza 31 maggio 2022, n. 4425](#) e risposta a quesito del MIMS [n. 1342 del 30 maggio 2022](#)).

Sul punto, è intervenuta anche l'ANAC, la quale ha segnalato, con [atto del 20 luglio 2022](#), a Governo e Parlamento, l'opportunità di intervenire in modifica degli articoli 48, commi 2, 5 e 6 e 83, comma 8, del "codice appalti" e dell'articolo 93 del DPR n. 207/2010, auspicando che tale novità sia introdotta con l'attuazione della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici.

L'ANAC ha quindi provveduto a disapplicare la suddetta norma, sia pure modificando le indicazioni contenute nel bando tipo per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture, intendendola nel senso che la stazione appaltante può imporre che taluni compiti essenziali siano svolti direttamente da un partecipante al raggruppamento.

FAQ. 3 - Sussiste per l'amministrazione la possibilità di pagare separatamente mandataria e mandanti?

Ai sensi dell'art. 48, comma 16, ognuno degli operatori economici riuniti conserva la propria autonomia ai fini della gestione, degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali.

Secondo il Servizio quesiti del MIMS, ne consegue che l'atto costitutivo del raggruppamento può escludere dalle operazioni del mandatario gli adempimenti fiscali, ivi inclusa la riscossione dei pagamenti dei mandanti (v. anche circ. 8 ottobre 2009, n. 29, pubblicata in G.U.R.I. n. 246/2009, con riferimento all'art. 48-bis del DPR 29 settembre 1973, n. 602).

In tal caso, la modalità del pagamento diretto ai mandanti deve essere espressamente prevista nell'atto costitutivo del raggruppamento e la successiva liquidazione degli importi a mandataria e mandante dovrà comunque avvenire solo a seguito dell'esatto adempimento degli obblighi contrattuali (v. risposta a quesito del MIMS [n. 1250 del 24 marzo 2022](#)).

FAQ. 4 - In caso di perdita dei requisiti da parte della mandante o della mandataria è possibile la modifica in gara della composizione del raggruppamento?

Secondo il Consiglio di Stato, la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 d.lgs. 50/2016, il cd. "codice appalti", da parte del mandatario o di una delle mandanti, è consentita non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara, in tal senso interpretando l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter del medesimo codice (v. [Adunanza plenaria di questo Consiglio, 25 gennaio 2022, n. 2](#)).

Laddove si verifichi la predetta ipotesi di perdita dei requisiti, la stazione appaltante - in ossequio al principio di partecipazione procedimentale - è comunque tenuta ad interpellare il raggruppamento e, laddove questo intenda effettuare una riorganizzazione del proprio assetto, onde poter riprendere la partecipazione alla gara, deve assegnargli un congruo termine per la predetta riorganizzazione; ciò, a condizione che il raggruppamento conservi la qualificazione adeguata ai lavori da eseguire.

La rimodulazione in riduzione del raggruppamento è possibile anche in caso la mandante abbia perso la classifica SOA richiesta dal bando in corso di gara (v. [Consiglio di Stato, sez. V, 23 maggio 2022 n. 4068](#)

FAQ. 5 - La quota minima per poter applicare l'incremento del quinto sulla qualificazione della mandante o della mandataria si applica con riferimento all'importo a base di gara?

L'art. 61, comma 2 del d.P.R. n. 207/2010 prevede che la qualificazione in una categoria abilita l'impresa a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto; nel caso di imprese raggruppate o consorziate, la medesima disposizione si applica con riferimento a ciascuna impresa raggruppata o consorziata, a condizione che essa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara.

Secondo, l'orientamento giurisprudenziale prevalente, ma non univoco, la citata previsione di cui all'art. 61, d.P.R. n. 207 del 2010 va interpretata nel senso che la qualificazione pari almeno ad un quinto dell'importo dei lavori (che deve essere posseduta per beneficiare dell'incremento del quinto) non può che essere riferita all'unica categoria di cui il comma fa espressa menzione, ovvero sia la categoria di lavori per la quale occorre dimostrare di essere qualificati e per la quale si invoca l'estensione della portata abilitante dell'attestazione SOA (v. [Tar Napoli, sez. I, 16 luglio 2020, n. 3158](#) con richiamo a [Consiglio di Stato, sez. V, 28 giugno 2018, n. 3993](#) e [ANAC che, nella delibera n. 45 del 22 gennaio 2020,](#)

Secondo, una giurisprudenza minoritaria, deve invece ritenersi che il 20% vede quale parametro di riferimento, da porre nel denominatore della frazione di un quinto, l'importo complessivo a base di gara, sottolineando l'esigenza di evitare che la premialità del quinto esaspera gli effetti della qualificazione virtuale quando le imprese esecutrici (v. [Cons. di Stato, sez. III, 13 aprile 2021, n. 3040](#)).

Su tema, si segnala anche un ulteriore orientamento secondo cui il dato da porre al numeratore deve essere omogeneo e così comprendere le complessive qualificazioni possedute (anche in altre categorie) dalla società partecipante al raggruppamento che intenda usufruire del quinto di incremento (v. [Cons. di Giustizia Amministrativa, sez. I, 11 aprile gennaio 2022, n. 32](#)).

FAQ. 6 - È possibile inserire nei documenti di gara il divieto di formare raggruppamenti temporanei sovrabbondanti?

La partecipazione alle gare da parte di imprese riunite in raggruppamenti temporanei sovrabbondanti, ossia con requisiti di molto eccedenti i minimi previsti dalla stazione appaltante, non è vietata in via generale dall'ordinamento, venendo in rilievo il *favor* del diritto europeo per la partecipazione alle gare da parte di soggetti riuniti, a prescindere dalla forma giuridica prescelta per l'aggregazione (v. ex *multis*, Cons. Stato, Sez. V, n. 560/2017, l'AGCM [comunicazione del 23 dicembre 2014](#) e l'ANAC [Comunicato del Presidente del 3 settembre 2014](#)),

Quindi, ad essere vietato non è, *ex se*, il sovradimensionamento del RTI, ma solo l'utilizzo di tale strumento giuridico per finalità anticoncorrenziali (v., ex *multis*, [Cons. Stato, Sez. VI, n. 5067/2012](#); [TAR Bologna, Sez. II, n. 518/2018](#)).

Vale, inoltre, ricordare che la valutazione in ordine all'eventuale sussistenza di profili anticoncorrenziali di un RTI è demandata alla stazione appaltante ed è tesa ad appurare, nel caso concreto, se il sia macroscopicamente anticoncorrenziale e, dunque, in contrasto con il divieto sancito dall'art. 101 TFUE e/o dall'art. 2 della legge n. 287/1990 (v. [TAR Roma, sez. III, 2 febbraio 2022, n. 1255](#)).

FAQ. 7 - Nell'appalto integrato se i progettisti indicati decidono di impegnarsi a costituire un raggruppamento vi è l'obbligo di prevedere la presenza di un giovane professionista?

L'art. 4 del D.M. 2 dicembre 2016, n. 263 prevede, tra l'altro, che i raggruppamenti temporanei di progettisti devono prevedere la presenza di almeno un giovane professionista, laureato abilitato da meno di cinque anni all'esercizio della professione secondo le norme dello Stato membro.

Il Servizio quesiti del MIMS ritiene quindi che, nel caso in cui i progettisti indicati dall'impresa costruttrice decidano di costituire un raggruppamento (RTP), sussista per quest'ultimo l'obbligo di prevedere la presenza di un giovane professionista ai sensi dell'indicato art. 4 del DM 263/2016 (v. risposta a quesito del MIMS [n. 1388 del 27 giugno 2022](#)).