

CAPITOLO IV

I SOGGETTI AMMESSI A PARTECIPARE ALLE GARE

SOMMARIO: 1. L'art. 34 del Codice degli appalti: elencazione dei soggetti ammessi alla gara. - 2. Consorzi tra società cooperative di produzione e lavoro e i consorzi tra imprese artigiane. - 3. I consorzi stabili. - 4. I raggruppamenti temporanei d'impresa ed i consorzi ordinari. - 5. Il G.E.I.E. - Gruppo Europeo di interesse economico: cenni.

1. L'art. 34 del Codice degli appalti: elencazione dei soggetti ammessi alla gara

L'art. 34, d.lgs. 163/06, ripropone, sostanzialmente, quanto previsto dall'art. 10 dell'abrogata legge n. 109/94, estendendone l'ambito applicativo anche ai settori delle forniture e dei servizi, nell'ambito dei quali la previgente normativa (rispettivamente l'art. 10 del d.lgs. 358/02 e l'art. 11 del d.lgs. 157/95) ammetteva alle gare i soli raggruppamenti temporanei di imprese, sebbene, ormai, la giurisprudenza amministrativa ammettesse, di fatto, anche i consorzi. Pertanto, sono legittimati a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici:

- a) gli imprenditori individuali, anche artigiani, le società commerciali, le società cooperative;
- b) i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422 e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, e successive modificazioni, e i consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443;
- c) i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro, secondo le disposizioni di cui all'articolo 36;
- d) i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti dai soggetti di cui alle lettere a), b) e c), i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti; si applicano al riguardo le disposizioni dell'articolo 37;
- e) i consorzi ordinari di concorrenti di cui all'art. 2602 del codice civile, costituiti tra i soggetti di cui alle lettere a), b) e c) del presente comma, anche in forma di società ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile; si applicano al riguardo le disposizioni dell'articolo 37;
- f) i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo Europeo di interesse economico (GEIE) ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240; si applicano al riguardo le disposizioni dell'articolo 37;

Anche negli appalti di servizi e forniture sono ammessi a partecipare alle gare i consorzi

f-bis) operatori economici, ai sensi dell'articolo 3, comma 22, stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi.

Secondo il disposto di cui all'art. 34, comma 1, lett. a), del Codice, sono ammessi a partecipare alle gare gli **imprenditori individuali**, dove la qualifica di imprenditore deve essere *strictu sensu* intesa, posto che deve trattarsi di soggetti che esercitano professionalmente l'attività descritta dall'art. 2082 c.c., ossia un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni e servizi.

Viene in rilievo, dunque, una sostanziale differenza con la nozione di appalto disciplinata nell'ambito del diritto privato, in quanto, ai sensi dell'art. 1655 del codice civile, "l'appalto è il contratto con il quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro".

Da tale disposizione si evince che, ai fini della configurazione del contratto di appalto, il legislatore, all'art. 1665 c.c., non richiede quella professionalità che, diversamente, caratterizza l'impresa e l'imprenditore in senso tecnico.

Ad ogni buon conto, stante il generico richiamo alla figura dell'imprenditore, deve ritenersi aggiunta *ad abundantiam*, nel testo dell'art. 32, comma 1, lett. a, cit., l'espresso riferimento all'**imprenditore artigiano**, posto che tale soggetto rientra, comunque, nella nozione di piccolo imprenditore di cui all'art. 2083 c.c..

Al riguardo, la definizione di impresa artigiana si rinviene nella legge n. 443/85, che la qualifica come impresa avente per scopo prevalente lo svolgimento di un'attività di produzione dei beni, anche semilavorati, o di prestazione di servizi, escluse le attività agricole e le attività di prestazione di servizi commerciali, di intermediazione nella circolazione dei beni o ausiliarie di queste ultime, di somministrazione al pubblico di alimenti e bevande, salvo il caso che siano solamente strumentali e accessorie all'esercizio dell'impresa, purché il titolare la eserciti assumendo la piena responsabilità con tutti gli oneri ed i rischi inerenti alla sua direzione e gestione e svolgendo in misura prevalente il proprio lavoro, anche manuale, nel ciclo produttivo ed entro ben precisi limiti dimensionali (*cf.* art. 2, 3 e 4 della citata legge n. 445/85).

Accanto alla figura dell'imprenditore individuale, anche artigiano, l'art. 34 in commento prevede, tra gli operatori economici che possono partecipare alle procedure di pubblica selezione, anche le società commerciali e le società cooperative.

Le **società commerciali** sono quelle, iscritte nel registro delle imprese, aventi ad oggetto l'esercizio delle attività elencate dall'art. 2195 c.c., ossia:

- 1) un'attività industriale diretta alla produzione di beni o di servizi;
- 2) un'attività intermediaria nella circolazione dei beni;
- 3) un'attività di trasporto per terra, o per acqua o per aria;

Gli imprenditori individuali: soggetti che esercitano professionalmente l'attività di cui all'art. 2082 c.c.

Sono ammessi a partecipare alle gare anche gli imprenditori artigiani

Le società commerciali devono essere iscritte nel registro delle imprese e devono avere ad oggetto una o più delle attività elencate dall'art. 2195 c.c.

- 4) un'attività bancaria o assicurativa;
- 5) altre attività ausiliarie delle precedenti.

Inoltre, stante la previsione di cui all'art. 2249 c.c., deve trattarsi di società costituite in forma di società in nome collettivo, società in accomandita semplice, di società per azioni o in accomandita per azioni o di società a responsabilità limitata; viene esclusa, dunque la società semplice, destinata all'esercizio di attività non commerciali.

Diversamente, le **società cooperative**, sono quelle disciplinate dagli artt. 2511 s.s., ossia società a capitale variabile con scopo mutualistico, caratterizzato dall'espletamento di attività svolte prevalentemente in favore dei soci, consumatori o utenti di beni esercizi; si avvalgono prevalentemente, nello svolgimento della loro attività, delle prestazioni lavorative dei soci e degli apporti di beni o servizi da parte dei soci medesimi.

Accanto all'evidenziato scopo mutualistico può coesistere anche uno scopo propriamente lucrativo, caratterizzato da attività svolte nei confronti di terzi; tuttavia, in tali ipotesi il legislatore ha previsto il divieto di distribuzione integrale degli utili per disincentivare il ricorso a tali forme associative per meri fini lucrativi, animanti dall'intento di ricavare dalla partecipazione alla cooperativa la più alta remunerazione possibile del capitale investito (*cf.* art. 2514 c.c.).

La lett. b), dell'art. 34 del Codice, contempla, poi, i **consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro e i consorzi tra imprese artigiane**, ossia due particolari topologie di consorzi, di norma finalizzati alla riduzione dei costi a procurare occasioni di sviluppo economico, riconducibili allo schema dei consorzi di cui agli artt. 2612 c.c..

Per un esame compiuto di tale forme associative ammesse a partecipare a pubbliche gare, si rimanda al successivo paragrafo.

Anche l'analisi dei **consorzi stabili**, dei **raggruppamenti temporanei** di concorrenti, dei **consorzi ordinari** di concorrenti e del **gruppo Europeo di interesse economico**, di cui alle lett. c), d), e) ed f), stante le complesse problematiche sottese a tali operatori economici, sarà oggetto di approfondimento nell'immediato prosieguo della trattazione.

Prima, però, non può non rilevarsi come il novero dei soggetti ammessi a partecipare a pubbliche gare sia stato ampliato dal giudice comunitario, nonché nazionale, che ha evidenziato come l'elencazione di cui all'art. 34 del Codice non può considerarsi tassativa.

Tale conclusione trova conforto anche in altre norme del codice degli appalti che definiscono la figura dell'imprenditore o fornitore o prestatore di servizi nell'ambito degli appalti pubblici (art. 3, commi 19 e 20) e nelle disposizioni comunitarie (art. 1, comma 8, 4 e 44 della direttiva 2004/18/CE) ai sensi delle quali il soggetto abilitato a partecipare alle gare pubbliche è l'"operatore economico" che offre

Le società cooperative: società a capitale variabile con scopo mutualistico che svolgono le attività prevalentemente nei confronti dei soci

L'elencazione di cui all'art. 34 non è tassativa. Ammessi a partecipare anche ONLUS, Università e istituti di ricerca

sul mercato lavori, prodotti o servizi, secondo un principio di libertà di forme (persone fisiche o persone giuridiche)¹.

Conseguentemente, sono stati ammessi a partecipare anche le O.N.L.U.S., le Università e gli istituti di ricerca.

Con riferimento alle O.N.L.U.S., è stato rilevato che detti soggetti possono esercitare un'attività economica in concorrenza con altri operatori, posto che la circostanza in base alla quale, a seguito del fatto che i loro collaboratori agiscono a titolo volontario, tali associazioni possano presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli di altri offerenti, non impedisce loro di partecipare alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici previste dalla direttiva comunitaria in materia².

Con riguardo, invece, alle Università e agli istituti di ricerca, è stato precisato che la direttiva 2004/18 deve essere interpretata nel senso che essa osta all'interpretazione di una normativa nazionale che vieti a soggetti che, come le Università e gli istituti di ricerca, non perseguono un preminente scopo di lucro, di partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, benché siffatti soggetti siano autorizzati dal diritto nazionale ad offrire sul mercato i servizi oggetto dell'appalto considerato³.

2. Consorzi tra società cooperative di produzione e lavoro e i consorzi tra imprese artigiane

I consorzi sono disciplinati, in via generale, dal codice civile, agli artt. 2602 ss., salva l'applicazione delle leggi speciali in materia.

In particolare, con il contratto di consorzio, ai sensi della richiamata normativa, più imprenditori istituiscono un'organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese.

Caratteristica di tale figura consortile è la sua rilevanza esterna, posto che detto consorzio si pone in una posizione centrale tra le imprese consorziate ed i terzi, andando ad intermediare tra detti soggetti, stipulando, eventualmente, contratti in nome proprio ma per conto delle consorziate.

Ciò posto, con specifico riferimento ai consorzi tra società cooperative di produzione e lavoro ed i consorzi tra imprese artigiane, deve rilevarsi che tali soggetti rappresentano proprio le prime forme consortili del nostro ordinamento.

Disciplinate *ab origine* dalla legge n. 422/1909 e dal suo regolamento attuativo, r.d. n. 278/1911, tali forme consortili permettevano alle società cooperative di produzione e lavoro, costituite fra operai, di unirsi in consorzio, dotato di personalità giuridica, che ben poteva partecipare alle procedure di selezione aventi ad oggetto gli appalti di lavori per conto delle imprese consorziate.

¹ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 16 giugno 2009, n. 3897.

² Cfr. Corte Giustizia UE, 23 dicembre 2009, in causa C-305/08.

³ Cfr. Corte Giustizia UE, 29 novembre 2007, in causa C-119/06.

Nella medesima ottica tendente a favorire la partecipazione alle gare dei soggetti in parola, nonché a rafforzarne lo scopo mutualistico, l'art. 15 della legge n. 57/1962, istitutiva dell'Albo Nazionale costruttori, prevedeva espressamente che anche tali consorzi potevano iscriversi al citato Albo.

Del pari, anche ai consorzi di imprese artigiane, di cui alla l. 443/85, il legislatore consentiva di estendere le agevolazioni previste dalla relativa normativa per le singole imprese artigiane.

Entrambe le citate forme consortili ai quali è riconosciuta autonomia patrimoniale perfetta per le obbligazioni contratte in nome degli stessi dalle persone fisiche che ne hanno la rappresentanza, sono considerati soggetti giuridici, autonomi centri di interesse rispetto ai singoli consorziati, dei quali, in virtù di tale riconoscimento, deve essere accertata la sussistenza dei requisiti giuridici al fine della partecipazione alle pubbliche gare⁴, aspetto, questo, che verrà dettagliatamente affrontato congiuntamente all'esame della disciplina relativa ai consorzi stabili.

Proprio la riconosciuta autonomia di tale tipo di consorzi ha indotto il legislatore della legge n. 109/94 a disporre che la loro partecipazione alle gare dovesse avvenire secondo le norme e i principi fissati per la partecipazione delle singole imprese.

Tale previsione non risulta riprodotta espressamente dal legislatore nel Codice dei contratti; tuttavia, dalla lettura organica dell'art. 36 non sembrerebbe potersi ammettere diversamente.

3. I consorzi stabili

I consorzi stabili rappresentano un esempio evolutivo dell'originaria figura di consorzio di cui all'art. 2602 e ss. del codice civile e sono, ad oggi, definiti dall'art. 36 del Codice dei contratti pubblici; norma che, sostanzialmente, ricalca il contenuto della precedente disciplina di cui all'art. 12 della legge n. 109/94, con la differenza, di non poco conto, che l'odierna previsione normativa ne estende la relativa disciplina anche agli appalti di servizi e forniture.

Difatti, prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 163/06, parte della dottrina e della giurisprudenza avevano ritenuto che l'ambito applicativo della disciplina prevista espressamente per i consorzi stabili nell'ambito degli appalti di lavori non potesse essere estesa in via analogica anche ai settori dei servizi e delle forniture, stante l'espresso riferimento dell'art. 12, legge 109/94 al "settore dei lavori pubblici".

Diversamente, interpretazioni di più ampio respiro ritenevano estendibile la normativa in parola anche a tipologie di contratti diversi da quelli aventi ad oggetto lavori pubblici, posto che la normativa speciale in tema di servizi e forniture non presentava alcun riferimento all'istituto dei consorzi stabili.

⁴ Cfr. TAR Sicilia, Catania, 25 marzo 1996, n. 394.

Chiarito, dunque, l'ambito applicativo della disciplina dei consorzi stabili, si evidenziano di seguito le caratteristiche essenziali di tali forme consortili, ammesse a partecipare a pubbliche gare di appalto.

L'art. 36, innanzitutto, dispone che si è in presenza di un consorzio stabile quando:

- a) sussistono almeno tre consorziati;
- b) possiede i requisiti previsti dall'art. 40 del Codice;
- c) con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, i consorziati hanno stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni⁵;
- d) è stata istituita una comune struttura di impresa.

Tale ultimo requisito risulta particolarmente rilevante, posto che caratterizza l'istituto dei consorzi stabili, individuando in tali strutture consortili forme di cooperazione tra imprese che, sebbene non costituiscano un soggetto unitario, creano un'unica struttura imprenditoriale, fermo restando l'autonoma soggettività delle singole imprese consorziate.

Ne discende la concreta capacità dei consorzi stabili di assumere direttamente in proprio l'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto⁶.

I soggetti che possono formare consorzi stabili ammessi a partecipare a pubbliche gare sono, ai sensi dell'art. 43, comma 1, lett. c), del Codice, gli imprenditori individuali, anche artigiani, le società commerciali e le società cooperative di produzione e lavoro.

L'individuazione di tali soggetti, come rilevato dall'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture⁷, deve considerarsi tassativa e, di conseguenza, deve escludersi che possano essere ammesse a partecipare a consorzi stabili i consorzi di cooperative o i consorzi di imprese artigiane.

Ai fini dell'individuazione di un consorzio stabile sussistono due orientamenti, uno di matrice formalistica ed uno di stampo sostanzialistico, sostenuti, rispettivamente, dall'Organo di Vigilanza sui contratti pubblici e dalla giurisprudenza amministrativa.

Secondo il primo orientamento, i consorzi stabili devono essere costituiti mediante atto pubblico, devono riportare nella propria denominazione sociale la dicitura "consorzio stabile", devono espressamente indicare nell'atto costitutivo o nello statuto che sono costituiti ai sensi della legge n. 109/94 (oggi d.lgs. 163/06) e devono avere quale oggetto sociale quello di operare in modo congiunto nel

Possono formare consorzi stabili: imprenditori individuali, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro. Attenzione: l'elencazione è tassativa

⁵ Al riguardo, l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, con Determinazione del 29 ottobre 2003, n. 18, ha chiarito che la previsione di una durata quinquennale non comporta un divieto di scioglimento del consorzio, né il divieto di recesso dei singoli consorziati prima della scadenza di tale periodo; in tale ultima ipotesi è fatto obbligo al consorzio di chiedere l'adeguamento della qualificazione posseduta al nuovo assetto del consorzio stesso.

⁶ Cfr. P. De Lise e R. Garofoli, Codice degli appalti pubblici, Nel diritto editore, 2007, p. 184.

⁷ Cfr. Determinazioni del 29 ottobre 2003, n. 18 e del 9 giugno 2004, n. 11

settore dei lavori pubblici, senza che possa essere estesa ad ulteriori attività⁸.

Secondo l'orientamento di tipo sostanziale del giudice amministrativo, invece, i dati formali non sono sufficienti ad individuare compiutamente i consorzi stabili, essendo necessario accertare che, di fatto, nella realtà, al di là della veste formale, il consorzio presenti le caratteristiche proprie della figura in parola, prima fra tutte un'autonoma organizzazione di impresa.

Il secondo comma dell'art. 36 cit., poi, rimette al Regolamento attuativo del Codice dei contratti, di cui all'art. 5, la definizione delle condizioni e dei limiti alla facoltà del consorzio di eseguire le prestazioni anche tramite affidamento ai consorziati, fatta salva la responsabilità solidale degli stessi nei confronti del soggetto appaltante o concedente; stabilisce, inoltre, i criteri di attribuzione ai consorziati dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi maturati a favore del consorzio in caso di scioglimento dello stesso, purché ciò avvenga non oltre sei anni dalla data di costituzione.

Pertanto, come disposto dall'art. 253, comma 3, d.lgs. 163/06, per i lavori pubblici, fino all'entrata in vigore del Regolamento in parola, continua a trovare applicazione, nei limiti di compatibilità con le previsioni del Codice, il d.P.R. 34/00, nonché il d.P.R. 554/99, che, per i fini che qui rilevano, stabilisce, all'art. 97, che i consorzi stabili hanno la facoltà di far eseguire i lavori dai consorziati senza che ciò costituisca subappalto, sempre ferma la responsabilità solidale e sussidiaria degli stessi nei confronti della stazione appaltante.

Ciò posto, con riferimento ai requisiti che devono possedere tale tipologia di consorzi per partecipare alla gare, l'art. 35, dispone, in via generale, che i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria devono essere posseduti e comprovati dagli stessi, secondo quanto previsto dal Regolamento, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate.

Tale previsione risulta completata dal d.P.R. 34/00, che, come dianzi evidenziato trova applicazione in materia di lavori pubblici nelle more dell'entrata in vigore del Regolamento.

Ai sensi dell'art. 18, comma 13, d.P.R. 34/00, infatti, i consorzi stabili possono dimostrare il requisito relativo alle attrezzature tecniche mediante l'attrezzatura in dotazione stabile ai propri consorziati e possono dimostrare il requisito relativo all'organico medio annuo attraverso il costo del personale dipendente proprio e dei soggetti consorziati.

L'art. 20, d.P.R. 34/00, oggi trasfuso nell'art. 36, comma 7, del Codice, stabilisce, poi, che i consorzi stabili si qualificano per le categorie possedute dai singoli consorziati e sommano le relative

Secondo il giudice amministrativo i meri dati formali non sono sufficienti ad individuare i consorzi stabili

Requisiti speciali: ai fini della qualificazione i soggetti consorziati cumulano le proprie categorie possedute singolarmente e sommano le relative classifiche

⁸ Determinazione del 9 giugno 2004, n. 11.

classifiche, con la conseguenza che, ai fini della qualificazione, detti soggetti cumulano in sé tutti i requisiti dei singoli consorziati.

In altri termini il consorzio si pone come elemento neutro in cui confluiscono tutti i requisiti delle imprese consorziate, al fine di accrescere, nell'ambito dello scopo mutualistico proprio del consorzio, le proprie capacità operative e i propri margini di mercato.

Orbene, il confluire dei singoli requisiti presuppone che gli stessi vengano stabilmente attribuiti al consorzio nella loro interezza, ivi compresa la certificazione afferente ai sistemi di qualità, quale unico interlocutore della stazione appaltante.

Diversamente, sarebbe difficile conciliare la richiesta del possesso dei requisiti speciali in capo alle singole imprese consorziate, esecutrici, con la *ratio* sottesa alla costituzione dei consorzi stabili, rappresentata, come evidenziato, proprio da finalità mutualistiche.

Dal complesso della normativa dianzi richiamata, si evince, altresì, argomentando *a contrario*, che, a differenza dei requisiti speciali, i requisiti generali (di moralità professionale ed ordine pubblico economico, di cui all'art. 38 del Codice), devono essere accertati anche in capo ai singoli consorziati per conto dei quali il consorzio ha dichiarato di concorrere⁹.

Trattasi, dunque, di requisiti che devono essere verificati nei confronti dell'imprenditore chiamato ad eseguire effettivamente il contratto e non soltanto nei confronti del consorzio, poiché il ruolo di questo si esaurisce per legge nella fase prodromica di partecipazione alla gara¹⁰.

L'art. 36, poi, al sempre al comma 7, dopo aver disposto che il consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate, precisa che, in ipotesi di lavori, la qualificazione è acquisita con riferimento ad una determinata categoria di opere generali o specialistiche per la classifica corrispondente alla somma di quelle possedute dalle imprese consorziate, chiarendo che, per la qualificazione alla classifica di importo illimitato, è in ogni caso necessario che almeno una tra le imprese consorziate già possieda tale qualificazione, ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno una con qualificazione per classifica VII e almeno due con classifica V o superiore, ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno tre con qualificazione per classifica VI.

Inoltre, il medesimo comma 7, dispone che per la qualificazione per prestazioni di progettazione e costruzione, nonché per la fruizione dei meccanismi premiali di cui all'art. 40, comma 7, del Codice (ossia il beneficio della riduzione della cauzione provvisoria e definitiva di cui, rispettivamente, agli artt. 75 e 113); è in ogni caso sufficiente che i corrispondenti requisiti siano posseduti da almeno una delle imprese consorziate.

Qualora la somma delle classifiche delle imprese consorziate non coincida con una delle classifiche di cui al Regolamento di attuazione

I requisiti verranno attribuiti al consorzio nella sua interezza, ivi compresa la certificazione di qualità

Requisiti generali: devono essere posseduti singolarmente dai singoli consorziati

Beneficio della riduzione della cauzione: è sufficiente che la certificazione di qualità sia posseduta da almeno una delle imprese consorziate

⁹ Cfr. TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, 2 agosto 2007, n. 1904.

¹⁰ Cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. III, 22 giugno 2009, n. 5979.

del Codice, d.P.R. 554/99, la qualificazione è acquisita nella classifica immediatamente inferiore o in quella immediatamente superiore alla somma delle classifiche possedute dalle imprese consorziate, a seconda che tale somma si collochi rispettivamente al di sotto, ovvero al di sopra o alla pari della metà dell'intervallo tra le due classifiche.

Ai sensi del precedente comma 6, inoltre, sempre ai fini della partecipazione del consorzio stabile alle gare per l'affidamento dei lavori, la somma delle cifre d'affari in lavori realizzate da ciascuna impresa consorziata, nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, è incrementata di una percentuale della somma stessa. Tale percentuale è pari al 20% nel primo anno; al 15% nel secondo anno; al 10% nel terzo anno fino al compimento del quinquennio.

Ad ogni buon conto, quello della qualificazione dei consorzi stabili, non è un problema che riguarda le stazioni appaltanti, posto che agli stessi viene rilasciata apposita attestazione da parte delle S.O.A. che, nello svolgere le loro funzioni, verificano esse stesse il possesso dei requisiti.

Quindi, le stazioni appaltanti devono fermarsi ad accertare il possesso della S.O.A. anche in capo ai consorzi stabili.

In base a quanto disposto dall'art. 36, comma 5, poi, i consorzi stabili sono tenuti ad indicare in sede di offerta per quali consorziati il consorzio concorre; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara.

In caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio sia il consorziato e si applica l'art. 353 del codice penale (turbata libertà degli incanti); è vietata, inoltre, la partecipazione a più di un consorzio stabile.

Detta disposizione è frutto di una modifica apportata dalla legge n. 69/09 (art. 17) con la quale è stata disposta, a far data dal 1° luglio 2009, l'abrogazione della previgente formulazione del comma 5 in parola, nonché, come vedremo più avanti, dell'art. 37, comma 7, relativo alle ATI, ai sensi della quale il divieto contenuto nell'art. 36, comma 5, primo capoverso, era stato esteso, dal d.lgs. 152/08, c.d. terzo decreto correttivo, a tutte le imprese facenti parte del consorzio stabile concorrente ad una pubblica gara, nell'ipotesi in cui la stazione appaltante si avvallesse del criterio dall'esclusione automatica delle offerte anomale (consentita per gli appalti di valore inferiore a 1.000.000 di Euro, per i lavori pubblici, o a 100.000 Euro, per servizi e forniture, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso).

Orbene, con la novella contenuta nella legge n. 69/09 è stata cancellata la disposizione in parola, liberalizzando sostanzialmente la partecipazione alle medesime gare dei consorzi stabili e delle consorziate non indicate come esecutrici in sede di offerta.

Tale intervento legislativo è stato motivato dall'esigenza di fronteggiare la straordinaria situazione di crisi economica in atto, al fine di incentivare la partecipazione alla gare pubbliche delle piccole e medie imprese.

La S.A. deve limitarsi ad accertare il possesso della S.O.A. anche in capo ai consorzi stabili

In sede di offerta il consorzio deve indicare per quali consorziati il consorzio concorre

Resta fermo, invece, come evidenziato, l'obbligo normativo di indicare le consorziate per le quali il consorzio concorre, che si sostanzia soltanto nell'indicare il nome dei soggetti consorziati che diverranno, in caso di aggiudicazione, materiali esecutori del servizio, non richiedendo la norma che vengano specificate, analogamente a quanto disposto dall'art. 37 del Codice per le ATI, anche le parti del servizio rese da ciascuna consorziata¹¹.

4. I raggruppamenti temporanei d'impresa ed i consorzi ordinari

L'art. 34, comma 1, lett. d) ed e), d.lgs. 163/06, ammette a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, rispettivamente, i raggruppamenti temporanei ed i consorzi di concorrenti.

I primi sono costituiti dai soggetti di cui alle lett. a), b) e c) della medesima disposizione, sopra esaminati, che abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti.

I consorzi ordinari di concorrenti sono disciplinati dall'art. 2602 del codice civile, costituiti tra i soggetti di cui alle lettere a), b) e c) del presente comma, anche in forma di società ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile.

Entrambe le forme di raggruppamento sono disciplinate dal successivo art. 37 del Codice, stante la loro configurazione giuridica, sotto alcuni profili, piuttosto simile, tale da indurre il legislatore a prevedere, come vedremo, una regolamentazione unitaria con riguardo ad alcune tematiche (a titolo meramente esemplificativo: raggruppamenti e consorzi costituenti, responsabilità solidale, divieto di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti).

In particolare, l'equiparazione di tali consorzi ai raggruppamenti temporanei di imprese, di origine giurisprudenziale, è stata disposta dall'art. 6 della legge 17 febbraio 1987 n. 80, completata con l'art. 13 della legge 109/94 e confermata dalla normativa vigente sopra richiamata.

Tale impostazione, inizialmente, è stata fortemente criticata da quella parte della dottrina che sosteneva che, nel caso dei consorzi e società consortili, il richiamo alle associazioni temporanee di imprese non appare sia congruo, in quanto si sarebbe trattato di applicare al consorzio, dotato di una propria organizzazione, le norme che regolano un rapporto che non comporta automaticamente una organizzazione comune.

Tale critica, tuttavia, può considerarsi sopita a seguito della diversa articolazione soggettiva che il legislatore ha progressivamente conferito agli operatori economici in grado di partecipare alle

**Equiparazione dei
consorzi ordinari
alle ATI**

¹¹ Cfr. TAR Veneto, Venezia, Sez. I, 27 gennaio 2010, n. 174.

procedure di gara e di realizzare le attività loro affidate¹², posto che, come anticipato, non esiste, ad oggi, un'unica figura di consorzio.

Tuttavia, ci si soffermerà con particolare attenzione sul tema dei raggruppamenti temporanei di imprese, che rappresenta una tra le forme più utilizzate per partecipare a pubbliche gare e che, come vedremo, presenta profili applicativi di non facile ed immediata soluzione.

Dunque, prima di addentrarci nel districato ambito delle associazioni temporanee di imprese, risulta d'obbligo soffermarsi sull'istituto del consorzio ordinario, anche per coglierne le differenze con la già esaminata figura del consorzio stabile, per poi analizzarne la disciplina unitamente a quella inerente i raggruppamenti temporanei.

Ebbene, nonostante le diverse tipologie di consorzio siano materialmente riconducibili al principio comunitario di partecipazione alle procedure di gara di soggetti raggruppati, i consorzi ordinari, diversamente dalle altre figure di consorzio previste dall'art. 34 del Codice, non comportano la creazione di una impresa *strictu sensu* intesa, né di una persona giuridica.

In particolare, la reale distinzione tra consorzi stabili e consorzi ordinari, risiede nel dato di fatto che il consorzio ordinario, diversamente da quello stabile, non presenta una durata ed una composizione consortile minima prefissata e non è caratterizzato dalla presenza di una impresa comune effettivamente costituita.

Le caratteristiche proprie delle diverse organizzazioni consortili, che comunque presentano connotazioni giuridiche comuni, giustificano il regime differenziato previsto dal Codice.

I consorzi stabili, infatti, sono destinati *ab origine* a svolgere tutta una serie di attività miranti all'accrescimento della qualificazione che permangono nel tempo e presentano una composizione minima articolata su tre operatori economici.

Diversamente, i consorzi ordinari sono generalmente finalizzati a partecipare ad una determinata procedura di gara e alla realizzazione di un singolo appalto, possono essere costituiti anche solo tra due imprese e hanno l'obbligo di indicare tutti gli operatori consorziati.

Sul piano giuridico, invece, la differenza tra raggruppamento e consorzio ordinario risiede nel negozio ostensibile alla S.A.: rispettivamente mandato con rappresentanza conferito ad una impresa del raggruppamento e atto costitutivo del consorzio e relativo statuto¹³.

Inquadrata la figura del consorzio ordinario si analizza, di seguito, la figura dell'associazione temporanea di imprese e la relativa disciplina, che, come anticipato, risulta essere, per alcuni profili, in comune con quella prevista in tema di consorzi ordinari.

Il consorzio ordinario non ha una durata e una composizione consortile minima prefissata

I consorzi stabili sono destinati *ab origine* allo svolgimento di attività permanenti nel tempo

I consorzi ordinari sono finalizzati alla partecipazione alla gara ed alla realizzazione di un singolo appalto

¹² Cfr. M. A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 1152.

¹³ Cfr. M. A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, op. cit., pp. 1154, 1155.

L'istituto dell'associazione temporanea di imprese (c.d. ATI) realizza una particolare forma di cooperazione tra imprese, costituite in gruppo, in vista dell'aggiudicazione delle procedure concorsuali, nonché dell'esecuzione del contratto di appalto.

In materia di lavori pubblici, la legittimazione di gruppi temporanei di imprese a concorrere alle gare d'appalto di opere pubbliche, e quindi a costituirsi parte nel relativo contratto, ha trovato un primo riferimento normativo nella legge 8 agosto 1977, n. 584.

In particolare, innovando le tradizionali procedure di affidamento degli appalti, l'art. 20 della citata normativa stabiliva che *“sono ammesse a presentare offerte per gli appalti di cui alla presente legge ...omissis ... imprese riunite che abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una di esse, qualificata “capogruppo”*.

L'evidente assenza di una regolamentazione dei rapporti tra i membri dell'ATI, e tra questi ed i terzi, ha conferito una rilevanza primaria alle norme del codice civile in materia di mandato.

Infatti, la normativa speciale non prevedeva (né a tutt'oggi prevede) alcuno strumento di disciplina dei reciproci rapporti che si fondano, dunque, sui principi generali o su definizioni pattizie¹⁴.

Tale impianto normativo veniva integralmente modificato dal d.lgs. 19 dicembre 1991, n. 406, che recepiva, ricalcandola quasi fedelmente, la Direttiva 89/440/CEE, con alcune novità rappresentate dall'esplicita menzione delle concessioni (di costruzione e gestione) e dei consorzi di imprese.

In tale contesto, il fenomeno dell'ATI si caratterizzava (e si caratterizza) per il fatto che i singoli imprenditori associati continuavano (e continuano) a svolgere la propria precedente attività; infatti, ognuna delle imprese riunite conserva la propria autonomia ai fini della gestione e degli adempimenti fiscali, nonché degli oneri sociali, ferma restando la responsabilità solidale delle imprese riunite nei confronti del soggetto appaltante.

Il d.lgs 406/91, inoltre, confermava il divieto di raggruppamento temporaneo o associazione in partecipazione, concomitante o successivo all'aggiudicazione della gara, originariamente contenuto nell'art. 19 della legge n. 55/1990, recante “Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale”.

La violazione di tale disposizione comportava l'annullamento dell'aggiudicazione o la nullità del contratto, nonché l'esclusione delle imprese interessate dalle nuove gare relative ai medesimi lavori.

Inoltre, veniva disposto che le imprese associate, oltre a non poter eseguire più del 20% dell'importo dell'appalto, come prescritto anche dalla disciplina precedente, dovessero avere delle iscrizioni all'Albo

Ognuna delle imprese riunite mantiene la propria autonomia, non genera un'entità giuridica nuova e distinta

¹⁴ Cfr. G. A. Tedeschi, *Consorzi, riunioni temporanee*, Geie, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 343 e 346.

Nazionale Costruttori almeno pari complessivamente all'importo dei lavori loro affidati¹⁵.

La disciplina delle ATI veniva successivamente modificata per effetto della Legge quadro in materia di lavori pubblici, 11 febbraio 1994, n. 109.

Tuttavia, detta legge, dopo l'approvazione, subiva sospensioni, "ripensamenti" e differimenti che conducevano ad un forte "disordine" normativo, che sembrava essere risolto dal d.l. n. 101/1995, convertito con legge 2 giugno 1995, n. 216, c.d. "Merloni bis", e dai successivi interventi normativi ("Merloni ter e quater").

Peraltro, deve evidenziarsi che le procedure aventi ad oggetto gli appalti di servizi e forniture risultavano disciplinate, in maniera sostanzialmente analoga agli appalti aventi ad oggetto lavori pubblici, rispettivamente dall'art. 11 del d.lgs. 157/95, e dall'art. 10 del d.lgs. 358/92.

Da ultimo, l'impianto contenuto nella legge 109/1994 è stato sostanzialmente recepito dal d.lgs. 163/06 e s.m.i. (Codice dei contratti pubblici) che disciplina in modo unitario, all'art. 37, i raggruppamenti temporanei di imprese ed i consorzi ordinari, regolando per la prima volta alcuni profili relativi agli appalti di servizi e di forniture, mai disciplinati dalla normativa previgente.

Il citato art. 37, come vedremo, chiarisce, dunque, i principi applicabili ai vari tipi di contratti, introducendo, altresì, numerosi ed ulteriori elementi di novità.

Da questo breve *excursus*, risultano già evidenti quelle che sono le caratteristiche fondamentali dell'ATI: l'occasionalità, la temporaneità e la limitatezza del raggruppamento.

Più specificatamente, il gruppo si costituisce solo in vista dell'aggiudicazione e dell'esecuzione dell'appalto e cessa la propria esistenza in esito alla mancata aggiudicazione, ovvero al completamento della fornitura o del servizio (nell'ipotesi, si intende, in cui esso sia risultato aggiudicatario).

La costituzione del raggruppamento di imprese non dà luogo ad un'entità giuridica nuova con un proprio patrimonio e non rappresenta un centro di imputazione di rapporti distinto dalle imprese che lo compongono, bensì pone in essere uno strumento per assumere ed eseguire un contratto d'appalto particolarmente impegnativo e complesso.

Ne consegue che la singola impresa subisce la perdita o acquista il lucro in relazione ai lavori, forniture e servizi ad essa pertinenti, giusti i principi generali in materia di rischio imprenditoriale.

L'art. 37, come anticipato, disciplina le ATI, distinguendole in ATI orizzontali ed ATI verticali in ragione della disciplina applicabile in tema di requisiti e qualificazione delle imprese partecipanti alla gara; il legislatore, prevede, altresì, come vedremo, la possibilità di costituire anche ATI c.d. miste.

Le caratteristiche delle ATI:
- occasionalità
- temporaneità
- limitatezza

¹⁵ Cfr. G. A. Tedeschi, op. cit., p. 380.

Difatti, il legislatore, fornisce, al comma 1 dell'art. 37 cit., una definizione espressa dei raggruppamenti di tipo verticale ed orizzontale con riferimento agli appalti di lavori pubblici, e al comma 2 del medesimo articolo introduce, per la prima volta nella materia degli appalti pubblici, la suddetta definizione con riguardo a servizi e forniture.

In particolare, ai sensi del secondo periodo del richiamato comma 1, per raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale, nell'ambito degli appalti di lavori, si intende una riunione di concorrenti finalizzata a realizzare i lavori della stessa categoria, mentre in caso di forniture e servizi, quello in cui gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione; in tale ultima ipotesi le stazioni appaltanti sono tenute ad indicare nel bando di gara la prestazione principale e quelle secondarie.

Pertanto, con riferimento a tale tipologia di ATI, le capacità tecnico-finanziarie di ciascuna impresa partecipante si collegano e si completano, con pari responsabilità, per l'esecuzione di un'opera omogenea.

Tale assetto organizzativo, quindi, non assume rilevanza esterna con riferimento alle singole quote di lavoro eseguite da ciascuna impresa associata.

La valutazione relativa all'omogeneità o meno di un'opera, oltre a basarsi su elementi tecnico-economici, concerne la divisibilità o meno della stessa e ogni impresa assume una parte di opera strutturalmente uguale a quella assunta dalle altre consociate.

Pertanto, compete alla stazione appaltante la determinazione, nel bando di gara, della natura dell'opera da eseguire e da cui consegue la scelta tra l'una o l'altra tipologia di associazione temporanea di imprese, in base alla complessità o meno della stessa.

Tuttavia, va rilevata l'illegittimità di un eventuale accordo tra le imprese associate che ponga in capo ad una sola di esse l'esecuzione dell'intera opera.

Diversamente, ai sensi del primo periodo del comma 1, del citato art. 37, in caso di lavori, per raggruppamento temporaneo di tipo verticale si intende una riunione di concorrenti nell'ambito della quale uno solo di essi realizza i lavori della categoria prevalente e gli altri quelle delle categorie scorporabili; per lavori scorporabili si intendono, come vedremo, lavori non appartenenti alla categoria prevalente e così definiti nel bando di gara, assumibili da uno dei mandanti.

Dunque, con particolare riferimento agli appalti di lavori, nell'ATI verticale le parti delle opere scorporabili, indicate nel bando o avviso di gara, possono essere eseguiti dalle imprese minori, le quali risponderanno soltanto delle obbligazioni relative all'esecuzione delle opere di loro spettanza. L'impresa capogruppo, invece, risponderà solidalmente per tutte le obbligazioni derivanti dalla gara, dal contratto di appalto e anche dalle opere scorporate.

Tale meccanismo interno consente, dunque, l'esecuzione dell'intera opera senza dover necessariamente ricorrere al subappalto.

**ATI orizzontale:
integrazione delle
capacità tecnico-
finanziarie per
l'esecuzione di un'opera
omogenea**

**ATI verticale:
integrazione delle
capacità tecnico-
finanziarie per
l'esecuzione di un'opera
complessa**

**I raggruppamenti verticali
presuppongono lavori
caratterizzati da una
categoria prevalente ed
opere scorporabili**

Pertanto, i raggruppamenti verticali presuppongono l'esecuzione di lavori complessi, caratterizzati cioè da una categoria prevalente e da altre scorporabili.

Diversamente, i raggruppamenti orizzontali, presuppongono l'esecuzione di prestazioni nell'ambito della stessa categoria di lavori. Nell'ipotesi di associazione di tipo verticale si realizza, inoltre, una suddivisione qualitativa dell'opera, ovvero una integrazione di risorse e non un cumulo delle stesse, e ciascuna delle imprese assume una posizione differenziata rispetto alla pubblica amministrazione.

Negli appalti di lavori il mandatario deve possedere e "spendere" requisiti preminenti rispetto ai mandanti, atteso che la sua responsabilità si estende in via solidale a tutte le lavorazioni.

I mandanti, invece, rimangono obbligati solo limitatamente alla parte di opere scorporabili che eseguono¹⁶.

Deve evidenziarsi, inoltre, che, prima dell'intervento del terzo decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici, d.lgs. 152/08, l'art. 37, comma 11, del d.lgs. 163/06 cit., prevedeva un'ipotesi di costituzione obbligatoria di ATI di tipo verticale qualora il concorrente, che intendesse partecipare ad una selezione pubblica, non fosse in possesso di tutti i requisiti richiesti dalla *lex specialis* di gara ma solo quelli della categoria prevalente.

Si trattava del caso in cui, nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori, rientrassero, oltre ai lavori prevalenti, opere per le quali fossero necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, e qualora una o più di tali opere superasse altresì in valore il 15% dell'importo totale dei lavori.

Nel caso prospettato, si parlava, quindi, di ATI obbligatoria, in quanto i lavori diversi da quelli rientranti nella categoria prevalente non potevano essere affidati in subappalto e dovevano essere eseguiti esclusivamente dai soggetti affidatari, componenti l'ATI¹⁷.

A seguito del richiamato intervento legislativo, in base all'attuale versione dell'art. 37, comma 11, "*qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrano, oltre ai lavori prevalenti, opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, e qualora una o più di tali opere superi in valore il quindici per cento dell'importo totale dei lavori, se i soggetti affidatari non siano in grado di realizzare le predette componenti, possono utilizzare il subappalto con i limiti dettati dall'articolo 118, comma 2, terzo periodo; il regolamento definisce l'elenco delle opere di cui al presente comma, nonché i requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione, che possono essere periodicamente revisionati con il regolamento stesso. L'eventuale subappalto non può*

Nel caso di opere complesse che richiedono lavori di notevole contenuto tecnologico la costituzione dell'ATI verticale era, ed in parte è ancora, obbligatoria

¹⁶ Cfr. M. A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, op. cit., p. 1163.

¹⁷ Cfr. per una più ampia disamina della questione "La qualificazione SOA nei lavori pubblici e la redazione dei bandi anche alla luce del nuovo regolamento di attuazione del d.lgs. 163/06". Quaderni Quadrimestrali del Cersap, n. 1/2008.

essere, senza ragioni obiettive, suddiviso. In caso di subappalto la stazione appaltante provvede alla corresponsione diretta al subappaltatore dell'importo delle prestazioni eseguite dallo stesso, nei limiti del contratto di subappalto; si applica l'articolo 118, comma 3, ultimo periodo”.

Con la suddetta modifica il legislatore ha inteso recepire le contestazioni formulate dalla Commissione Europea, che aveva ritenuto la norma in contrasto con le Direttive appalti, laddove vietava il subappalto delle opere superspecialistiche, ed imponeva agli operatori di partecipare assumendo una forma giuridica determinata (ATI verticale).

Tuttavia, tali contestazioni non sono state recepite a pieno dal nostro legislatore, considerato che permane, difatti, l'obbligo di costituzione di un'ATI verticale – oppure di ricorso all'istituto dell'avvalimento - nel caso in cui il soggetto che intenda partecipare alla gara non possieda, oltre alla qualificazione nella categoria prevalente, anche l'attestazione per le categorie superspecialistiche.

La sola novità introdotta dal d.lgs. n. 152/08 è costituita dalla circostanza che l'operatore economico possa partecipare *uti singuli* alla gara, nel caso in cui, oltre ovviamente alla qualificazione nella prevalente, possieda anche l'attestazione per le superspecialistiche che copre soltanto il 70% del requisito richiesto dalla legge di gara; quindi, in tale ipotesi, l'ATI non è obbligatoria.

Ciò in quanto la normativa novellata consente all'operatore di subappaltare il residuo 30%.

Sempre con riferimento agli appalti di lavori, il comma 3 dell'art. 37, dispone che i raggruppamenti temporanei, nonché i consorzi ordinari di concorrenti, sono ammessi se gli imprenditori partecipanti al raggruppamento, ovvero gli imprenditori consorziati, abbiano i requisiti indicati nel regolamento, d.P.R. 554/99.

Per quanto concerne, invece, gli appalti di servizi e forniture, il comma 4 del citato art. 37 prevede che, nei raggruppamenti di tipo orizzontale, gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione, mentre nell'ambito dell'associazione di tipo verticale il mandatario esegue le prestazioni di servizi o di forniture indicati come principali, i mandanti quelle indicate come secondarie; le stazioni appaltanti devono indicare nel bando di gara la prestazione principale e quelle secondarie.

Diversamente da quanto previsto per i lavori pubblici, negli appalti di servizi e forniture la distinzione tra prestazione principale e secondaria non avviene sulla base del solo criterio della prevalenza economica ma sulla scorta di una qualificazione datane dalla stazione appaltante, avuto riguardo alle proprie esigenze e all'oggetto contrattuale.

Sulla base di tale disciplina spetta, dunque, alla stazione appaltante stabilire nel bando se e quali parti di servizio abbiano caratteristiche di autonomia e di scorparabilità in grado di incidere sul regime di responsabilità da applicare.

Servizi e forniture.

ATI orizzontale:
gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione

ATI verticale:
il mandatario esegue le prestazioni di servizi o di forniture indicati come principali, i mandanti quelle indicate come secondarie

Attenzione:
spetta alla P.A. indicare nel bando di gara la prestazione principale e quelle scorparabili

Il comma 4 dell'art. 37 cit. prevede, poi, che le imprese associate o consorziate debbano indicare in sede d'offerta le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti.

Con riferimento, invece, alle ATI c.d. miste, deve rilevarsi che la loro costituzione è prevista dal comma 6, dell'art. 37, del Codice, ai sensi del quale i lavori riconducibili alla categoria prevalente, ovvero alle categorie scorporate, possono essere assunte anche da imprenditori riuniti in raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale.

L'ATI mista

Pertanto, l'ATI mista si ha quando, in presenza di lavorazioni ripartite tra categorie prevalente e scorporata, le imprese associate si ripartiscono solo la lavorazione di una delle categorie.

Quindi, qualora la stazione appaltante abbia previsto nel bando di gara la presenza di lavori appartenenti alla categoria prevalente e alla categoria scorporabile, sia la prima sia la seconda possono essere ripartite nell'ambito di un'ATI di tipo orizzontale¹⁸, che si pone in ATI verticale con il soggetto che assume la categoria residuale.

Tale previsione comporta, quindi, l'applicazione al sub-raggruppamento di tipo orizzontale della disciplina propria di tale fattispecie, che, come evidenziato, differisce da quella relativa alla imprese raggruppate verticalmente.

Dalla collocazione della disposizione in oggetto, nell'ambito dei requisiti che i raggruppamenti devono soddisfare nel settore dei lavori, sembrerebbe discendere l'ammissibilità di tale tipologia di ATI solo con riferimento ai lavori.

Tuttavia, sembrerebbe potersi ritenere che detto modello associativo sia estensibile anche al settore dei servizi e delle forniture, a condizione che il bando di gara abbia previsto una prestazione principale e delle prestazioni secondarie.

Tuttavia, la previsione di un'associazione temporanea di imprese di tipo misto lascia irrisolta, a ben vedere, la problematica relativa all'interferenza tra i mandati.

Infatti, costituendosi un'associazione di tipo verticale in cui l'opera prevalente viene assunta da un'associazione di tipo orizzontale, rimane aperta la questione di stabilire se le singole imprese debbano conferire un mandato unico alla capogruppo dell'ATI orizzontale o diversamente alla capogruppo dell'ATI verticale, e in che modo tale conferimento incida sul diverso regime delle responsabilità.

Il successivo comma 5 affronta, invece, la complessa problematica della responsabilità dei concorrenti raggruppati o consorziati, stabilendo che la loro offerta determina la responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante, nonché nei confronti del subappaltatore e dei fornitori, con la precisazione che per gli assuntori di lavori scorporabili e, nel caso di servizi e forniture, per gli assuntori di prestazioni secondarie, la responsabilità è limitata alle prestazioni di

Responsabilità dei concorrenti raggruppati o consorziati

¹⁸ Cfr. M. A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, op. cit., p. 1169.

rispettiva competenza, ferma restando la responsabilità del mandatario.

Di conseguenza, la capogruppo è sempre impegnata in solido, mentre le mandanti saranno obbligate solidalmente solo nell'ipotesi in cui sia stata costituita un'ATI orizzontale.

La solidarietà tra le imprese nei raggruppamenti temporanei, così come nei consorzi, si manifesta sia nei confronti del committente, sia nei confronti dei subappaltatori e dei fornitori.

Il comma 7, del medesimo art. 37, prevede il divieto ai concorrenti di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti, ovvero di partecipare alla gara anche in forma individuale qualora abbia partecipato alla gara medesima in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti. I consorzi di cui all'articolo 34, comma 1, lettera b), ossia fra società cooperative di produzione e lavoro ed i consorzi tra imprese artigiane, sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara; in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio sia il consorziato; in caso di inosservanza di tale divieto si applica l'articolo 353 del codice penale. Ai sensi del successivo comma 8, poi, è consentita la presentazione di offerte da parte dei soggetti di cui all'articolo 34, comma 1, lettere d) ed e), ossia raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari, anche se non ancora costituiti.

In tal caso, l'offerta deve essere sottoscritta da tutti gli operatori economici che costituiranno i raggruppamenti temporanei o i consorzi ordinari di concorrenti e contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, gli stessi operatori conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, da indicare in sede di offerta e qualificata come mandatario, il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti.

Al riguardo, i successivi commi 14, 15, 16 e 17, statuiscono che:

- ai fini della costituzione del raggruppamento temporaneo, gli operatori economici devono conferire, con un unico atto, mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di esse, detto mandatario;
- il mandato deve risultare da scrittura privata autenticata. La relativa procura è conferita al legale rappresentante dell'operatore economico mandatario. Il mandato è gratuito e irrevocabile e la sua revoca per giusta causa non ha effetto nei confronti della stazione appaltante;
- 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, fino alla estinzione di ogni rapporto. La stazione appaltante, tuttavia, può far valere direttamente le responsabilità facenti capo ai mandanti;
- il rapporto di mandato non determina di per sé organizzazione o associazione degli operatori economici riuniti, ognuno dei quali

L'impresa capogruppo è sempre impegnata in solido, le mandanti sono obbligate in solido solo in caso di ATI orizzontale

Divieto di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti

**ATI costituente:
l'offerta deve essere sottoscritta da tutti gli operatori economici che costituiranno il raggruppamento o consorzio**

**Requisiti ATI costituente:
mandato collettivo speciale con rappresentanza alla mandataria che risulti da scrittura privata autenticata**

conserva la propria autonomia ai fini della gestione, degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali.

Con riferimento ai lavori, l'art. 37, comma 13, del d.lgs. n. 163/06, stabilisce che le imprese riunite in associazione temporanea devono eseguire i lavori nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento.

Dunque, mentre per i lavori risulta necessaria l'indicazione delle "quote" del raggruppamento, per le forniture ed i servizi vale il principio delle "parti".

Nonostante la diversa terminologia utilizzata dal legislatore, è possibile affermare, comunque, che tali disposizioni erano, e sono a tutt'oggi, sottese alla medesima *ratio*, ovvero quella di conoscere sostanzialmente la ripartizione interna delle prestazioni tra le diverse imprese raggruppate al fine di accertare il corretto adempimento delle obbligazioni¹⁹ e, quindi, le relative responsabilità.

La prevalente giurisprudenza amministrativa in materia sancisce, sul punto, il principio di effettiva corrispondenza tra quote di qualificazione e quote di partecipazione al raggruppamento e tra quote di partecipazione e quote di esecuzione²⁰.

Detto principio si desume dal combinato disposto dell'art. 37, comma 3 e dall'art. 37, comma 13, del Codice.

Ci si è chiesti, dunque, se l'indicazione di tali quote di partecipazione debba essere contenuta nell'offerta di gara, o possa essere formulata successivamente all'aggiudicazione.

La giurisprudenza, in merito, ha sostenuto che dal principio di effettiva corrispondenza, qui richiamato, discende che le quote di partecipazione delle singole imprese ad un raggruppamento devono essere previamente indicate in sede di offerta, non essendo sufficiente che esse vengano evidenziate *ex post* nella fase esecutiva. Tale principio vale anche per le ATI costituenti²¹.

L'obbligo di indicazione delle quote di partecipazione, quand'anche non esplicitato dalla *lex specialis*, costituisce un requisito di ammissione, la cui inosservanza determina l'esclusione dalla gara²², tipizzando, di fatto, una clausola di estromissione implicitamente prevista dal legislatore.

L'indirizzo seguito dalla giurisprudenza consente l'emersione dei patti interni tra i vari operatori raggruppati ancor prima della formale costituzione dell'ATI, e permette, dunque, una preventiva verifica di corrispondenza tra le qualificazioni possedute e le quote di lavori da realizzare²³.

E' vietata, poi, ai sensi del comma 9, l'associazione in partecipazione, nonché qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti

Le imprese riunite in associazione temporanea devono eseguire i lavori nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento.

Principio di effettiva corrispondenza tra quote di qualificazione e quote di partecipazione al raggruppamento e tra quote di partecipazione e quote di esecuzione

Le quote di partecipazione delle singole imprese ad un raggruppamento devono essere previamente indicate in sede di offerta

Immodificabilità della composizione delle ATI e dei consorzi ordinari

¹⁹ Cfr. M. A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, op. cit., p. 1182.

²⁰ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 8 febbraio 2008, n. 416; TAR Calabria, Reggio Calabria, 22 marzo 2007, n. 249.

²¹ Cfr. TAR Sicilia, Catania, Sez. IV, 8 febbraio 2007; 19 giugno 2006, n. 1025.

²² Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 8 febbraio 2008, n. 416.

²³ Cfr. TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, 7 maggio 2007, n. 1274.

temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta, salvo quanto previsto dai successivi commi 18 e 19, relativi, rispettivamente al fallimento del mandatario e di uno dei mandanti.

In particolare, il comma 18 dell'art. 37 cit. disciplina il fallimento della mandataria, cui sono equiparate in caso di imprenditore individuale, la morte, l'interdizione, l'inabilitazione o il fallimento del medesimo, ovvero i casi previsti dalla normativa antimafia.

In tali ipotesi, la disciplina richiamata attribuisce alla stazione appaltante la facoltà di proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal Codice, purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori, servizi o forniture ancora da eseguire. Se non sussistono dette condizioni la stazione appaltante può recedere dal contratto di appalto. Dunque, tale disposizione facoltizza l'amministrazione aggiudicatrice a proseguire il rapporto ovvero a recedere dal contratto, subordinando l'eventuale scioglimento del vincolo contrattuale alla motivata ed accertata impossibilità di esecuzione delle prestazioni residue.

Diversamente da quanto previsto dal citato comma 18 per il fallimento del mandatario, il comma 19 del medesimo art. 37 del Codice, prevede che *“in ipotesi 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”*.

Dunque, a tale obbligo posto a carico dell'impresa mandataria corrisponde, nel caso in cui possa essere effettuato il subentro o l'assunzione in proprio delle attività residuali, il diverso obbligo per l'amministrazione di prosecuzione del rapporto contrattuale.

Ne consegue che, se i requisiti di idoneità dell'ATI restano immutati non si hanno ripercussioni sul contratto, mentre, nell'opposta ipotesi in cui subentri altra impresa mandante, in possesso dei requisiti richiesti, si ritiene necessaria la stipulazione di un mandato specifico con rappresentanza che rispetti le prescrizioni previste dal medesimo art. 37 del Codice.

Con riferimento, invece, alla diversa ipotesi di recesso di una o più imprese dell'ATI, deve rilevarsi che, inizialmente, il prevalente orientamento giurisprudenziale (Cass. Civ. Sez. I, 1 maggio 1998, n. 1728; TAR Veneto, Sez. I, 26 febbraio 1999, n. 127), consentiva il recesso unilaterale delle mandanti con conseguente obbligo per le altre imprese riunite di continuare da sole il rapporto con la stazione appaltante, mentre non era ammesso il recesso della mandataria, in quanto lo stesso si riteneva comportasse la sostanziale modifica del soggetto aggiudicatario.

Se fallisce la mandataria, la S.A. ha la facoltà di proseguire il rapporto con altra impresa costituita mandataria purché sia in possesso dei requisiti adeguati alle prestazioni ancora da eseguire

Se fallisce la mandante, il mandatario, se non indica altro operatore, esegue direttamente i lavori ancora da eseguire, purché qualificato

Il recesso di una o più imprese dall'ATI

Successivamente, è prevalso, invece, l'orientamento più restrittivo in base al quale in caso di recesso anche di una sola delle mandanti non è possibile proseguire il rapporto con il committente, anche se le imprese "superstiti" sono in possesso dei requisiti di qualificazione per eseguire i restanti lavori (*cf.* TAR Lazio, Sez. III, 24 gennaio 2007, n. 401).

Tuttavia, sul punto, deve segnalarsi un recente, nonché innovativo, indirizzo del Consiglio di Stato (Sez. IV, 23 luglio 2007, n. 4101), in base al quale, in ipotesi di recesso di una o più imprese dell'ATI, non viene violato il principio di immodificabilità soggettiva, a condizione che l'impresa o le imprese che restano siano in possesso dei requisiti di capacità e di moralità per l'esecuzione delle prestazioni oggetto di affidamento.

Il divieto di modifica della compagine soggettiva dei raggruppamenti temporanei, dunque, secondo tale orientamento, deve leggersi come inteso ad impedire l'aggiunta o la sostituzione di imprese partecipanti all'ATI e non anche a precludere il recesso di una o più imprese dall'associazione (ovviamente nel caso in cui quella o quelle che restano a farne parte risultino titolari, da sole, dei requisiti di partecipazione e di qualificazione). Mentre, infatti, nella prima ipotesi (aggiunta all'ATI in corso di gara, di un'impresa o sostituzione di un'impresa con un'altra nuova) resta impedito all'Amministrazione un controllo tempestivo e completo del possesso dei requisiti anche da parte della nuova compagine associativa, con grave ed irreparabile pregiudizio dell'interesse pubblico alla trasparenza delle procedure finalizzate alla selezione delle imprese appaltatrici ed alla affidabilità, capacità, serietà e moralità di queste ultime, nella seconda (recesso di un'impresa dall'ATI ed intestazione della sua quota di partecipazione all'impresa o alle imprese rimanenti) le predette esigenze non risultano in alcun modo frustrate.

Nell'ipotesi da ultimo considerata, infatti, l'Amministrazione, al momento del mutamento soggettivo, ha già provveduto a verificare i requisiti di capacità e di moralità dell'impresa o delle imprese che restano, sicché i rischi che il divieto in questione mira ad impedire non possono più verificarsi (non essendo possibile, nella situazione considerata, l'ingresso nella compagine associativa di imprese prive dei requisiti prescritti).

Peraltro, è opportuno rilevare che il giudice amministrativo, nella sentenza richiamata, non sembra distinguere neppure tra mandante e mandataria, sicché, anche in caso di recesso della mandataria e di contestuale richiesta della mandante di continuare nel rapporto, non sembrerebbe concessa alla stazione appaltante la facoltà di recedere dal contratto come previsto in caso di fallimento.

Successivamente, tale innovativo orientamento è stato smentito dallo stesso Consiglio di Stato, che ha riaffermato la precedente, rigorosa posizione sul punto, stabilendo che il legislatore ha individuato la presentazione dell'offerta come momento della procedura da cui scatta

il divieto di modificabilità soggettiva della composizione dei partecipanti (*cf.* Sez. VI, 20 febbraio 2008, n. 588).

Tuttavia, con pronuncia del 3 maggio 2009, n. 2964, il Supremo Consesso ha confermato nuovamente la posizione espressa con la precedente sentenza n. 4101/2007, riaffermando l'ammissibilità del recesso di una raggruppata dall'ATI, con la conseguente intestazione della sua quota di partecipazione alle ditte "superstiti".

Le citate decisioni non possono, tuttavia, non essere coordinate, per lo meno per quanto attiene alla fase esecutiva dell'appalto, con il parere 22 gennaio 2008 n. 4575, reso dalla Commissione Speciale del Consiglio di Stato.

Con tale parere, infatti, i giudici amministrativi hanno affermato che, in caso di fallimento della società mandataria dell'ATI, se il raggruppamento originario si componeva, oltre che della capogruppo, di una sola mandante, il rapporto contrattuale non può proseguire con la sola mandante originaria, anche nel caso in cui questa sia, in astratto, in possesso dei necessari requisiti; ciò in quanto la sostituzione di un'impresa singola al raggruppamento originario affidatario, oltre a contrastare con il dettato testuale dell'art. 37, comma 18, d.lgs. 163/06, priverebbe la stazione appaltante di un soggetto responsabile degli eventuali inadempimenti posti in essere dalla mandataria anteriormente al fallimento.

Pertanto, nelle more di un intervento chiarificatore da parte dei giudici amministrativi, si suggerisce, in ipotesi di recesso in caso di ATI, di effettuare una ponderata valutazione dei diversi interessi coinvolti, proprio alla luce dell'ondivaga giurisprudenza formatasi sulla questione oggetto di indagine.

Da ultimo, il legislatore, al comma 12, si è preoccupato di prevedere che, in ipotesi si 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.

La richiamata distinzione tra raggruppamenti verticali ed orizzontali, nell'ambito di lavori, di servizi e forniture, assume, come anticipato, particolare rilevanza con riguardo alla disciplina dei requisiti di partecipazione alle gare.

a) Requisiti di partecipazione alla gare delle ATI di tipo verticale

1. Appalti di lavori

Con riferimento al settore dei lavori, il comma 6 dell'art. 37 cit. prevede che, per i raggruppamenti temporanei di tipo verticale, i requisiti di cui all'art. 40 del Codice, sempre che siano frazionabili, devono essere posseduti dalla mandataria per i lavori della categoria prevalente e per il relativo importo; per le opere scorporabili ciascuna mandante deve possedere i requisiti previsti per l'importo della categoria dei lavori che intende assumere e nella misura indicata per il concorrente singolo. I lavori riconducibili alla categoria prevalente

**ATI verticale:
la mandataria deve
possedere i requisiti per la
categoria prevalente e per
il relativo importo, le
mandanti devono
possedere i requisiti per
l'importo della categoria
dei lavori da assumere**

ovvero alle categorie scorporabili possono essere assunti anche da imprenditori riuniti in ATI di tipo orizzontale, dando così vita ad un'ATI di tipo misto.

2. Appalti di servizi e forniture.

Con riferimento ai servizi e alle forniture, la capogruppo mandataria deve essere in possesso dei requisiti per eseguire la prestazione di carattere principale, mentre le mandanti dovranno essere qualificate in relazione alle prestazioni di ordine secondario.

b) Requisiti di partecipazione alla gare delle ATI di tipo orizzontale

1. Appalti di lavori

Con riguardo ai raggruppamenti di tipo orizzontale, il Codice non stabilisce specifici parametri per individuare i requisiti che devono possedere le singole imprese mandanti e mandatarie.

Tuttavia, nel colmare tale lacuna, limitatamente ai lavori pubblici, l'art. 95, comma 2, del d.P.R. 554/99, stabilisce che i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi, richiesti nel bando di gara per le imprese singole, devono essere posseduti dalla mandataria o da una impresa consorziata nella misura minima del 40%; la restante percentuale è posseduta cumulativamente dalle mandanti o dalle altre imprese consorziate ciascuna nella misura minima del 10% di quanto richiesto all'intero raggruppamento.

Tale disposizione, inoltre, stabilisce che la mandataria deve in ogni caso possedere i requisiti in "misura maggioritaria".

Pertanto, nel settore dei lavori, si è in presenza di una ripartizione percentuale, predeterminata a livello legislativo, dei requisiti all'interno dell'ATI di tipo orizzontale che trova applicazione anche qualora il bando di gara non stabilisca al riguardo alcunché.

L'applicazione della regola secondo la quale i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi²⁴ richiesti in bando devono essere posseduti, in ogni caso, dalla mandataria "in misura maggioritaria", è stata, ed è a tutt'oggi, al centro di un dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

Difatti, in primo luogo, si sono riscontrate difficoltà operative nel caso in cui il bando prescriva la qualificazione per più categorie.

Al riguardo, parte della giurisprudenza ha affermato che, poiché la norma di cui all'art. 95, comma 2, d.P.R. 554/99 è applicabile sia alle categorie prevalenti sia a quelle scorporabili, è necessario che l'impresa posseda in misura maggioritaria la qualificazione sia per le une sia per le altre singolarmente considerate²⁵.

Secondo diverso orientamento giurisprudenziale, invece, la norma richiamata si riferisce all'appalto nella sua interezza, e quindi risulta

**ATI orizzontale:
per appalti di lavori la
mandataria deve possedere i
requisiti nella misura minima
del 40%, la restante
percentuale è posseduta
cumulativamente dalle
mandanti ciascuna nella
misura minima del 10%**

**Nell'ATI orizzontale
la mandataria deve in
ogni caso possedere i
requisiti in "misura
maggioritaria"**

²⁴ A seguito dell'abolizione dell'Albo Nazionale Costruttori, il riferimento ai requisiti economico-finanziario e tecnico-organizzativi per lavori superiori a € 150.000,00 deve intendersi alla qualificazione SOA di cui al d.P.R. n. 34/2000.

²⁵ Cfr. TAR Sicilia, Palermo, Sez. III, 25 settembre 2006, n. 1946; TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 19 settembre 2005, n. 1400.

sufficiente il possesso in misura maggioritaria dei requisiti dell'appalto complessivamente considerato in capo alla mandataria²⁶.

In secondo luogo si è posto il problema di stabilire se i requisiti di qualificazione debbano essere posseduti dalla mandataria in astratto o, diversamente, debbano essere valutati in concreto rispetto alla singola gara.

Al riguardo, dottrina²⁷ e giurisprudenza²⁸ prevalente ritengono che debba farsi riferimento non alle dimensioni in assoluto delle imprese associate, bensì ai requisiti prescritti e concretamente spesi per lo specifico appalto, senza aver neanche riguardo alla tipologia di opera.

Difatti, secondo il preminente orientamento giurisprudenziale, per la verifica dell'osservanza dell'art. 95, comma 2, del D.P.R. n. 554/1999, occorre far riferimento alla misura della classifica di qualificazione concretamente spesa dalle imprese raggruppate ai fini del raggiungimento dei requisiti minimi di ammissione alla gara; tale misura è esattamente segnata dalle rispettive quote di partecipazione al raggruppamento dichiarate in sede di offerta²⁹.

Sul punto, la stessa Autorità per la Vigilanza sui lavori pubblici ha precisato che *“l'espressione - l'impresa mandataria in ogni caso possiede requisiti in misura maggioritaria - deve essere interpretata con riferimento ai requisiti minimi richiesti per la partecipazione allo specifico appalto con la conseguenza che non è consentito che la percentuale coperta dalle mandanti, al fine di dimostrare da parte dell'associazione temporanea il possesso del 100% dei requisiti minimi, sia costituita da una quota di una mandante che sia di importo superiore a quella della mandataria. Qualora la disposizione non si riferisse ai requisiti minimi richiesti per lo specifico appalto ma ai requisiti posseduti in assoluto dai concorrenti, si creerebbe un vincolo restrittivo al mercato, in contrasto con il principio della libertà di determinazione delle imprese in sede associativa, in quanto sarebbero privilegiate comunque le imprese di maggiori dimensioni”*³⁰.

Pertanto, la stazione appaltante si deve limitare a verificare se le quote di partecipazione e di esecuzione dichiarate dalle imprese dell'ATI corrispondano alle qualificazioni dalle stesse possedute, senza far riferimento alcuno alle potenzialità in astratto di tali imprese.

2. Appalti di servizi e forniture.

Il richiamato art. 95, comma 2, del d.P.R. 554/99 disciplina esclusivamente i requisiti che devono possedere le singole imprese mandanti e mandatarie nell'ambito degli appalti di lavori, lasciando, quindi, un ampio margine di libertà in caso di appalti di forniture e servizi.

ATI orizzontale: per appalti di servizi e forniture non è dettata una specifica disciplina, lasciando un ampio margine di libertà nella determinazione dei requisiti

²⁶ Cfr. TAR Campania, Salerno, Sez. I, 19 dicembre 2006, n. 2231.

²⁷ Cfr. R. Garofoli, G. Ferrari, op. cit., p. 200.

²⁸ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 19 febbraio 2007, n. 832.

²⁹ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 11 dicembre 2007, n. 6363; id. 19 febbraio 2007, n. 832.

³⁰ Cfr. Determinazione del 18 luglio 2001, n. 15.

Le stazioni appaltanti, pertanto, potranno indicare nel bando di gara, per servizi e forniture, i parametri di idoneità tecnico-economica dei singoli partecipanti al raggruppamento.

Nel rispetto delle regole concorrenziali, posto a fondamento dell'istituto dell'ATI, parte della giurisprudenza amministrativa, sul punto, ha affermato il principio del c.d. "cumulo dei requisiti"³¹, in virtù del quale il possesso dell'idoneità tecnica può essere dimostrato facendo riferimento alla sommatoria dei mezzi e delle qualità delle imprese partecipanti al raggruppamento.

Secondo un diverso orientamento giurisprudenziale, tuttavia, la facoltà di prevedere nel bando di gara il divieto di cumulo dei requisiti troverebbe giustificazione nella peculiarità dell'oggetto della prestazione, fino a consentire all'amministrazione aggiudicatrice di richiedere all'impresa mandataria il possesso dei requisiti nella misura intera³².

Al fine di pervenire ad un equilibrio tra gli opposti orientamenti richiamati, si suole ricorrere alla distinzione tra i requisiti tecnico-economici soggettivi e quelli oggettivi previsti dal Codice dei contratti, ai fini della partecipazione alla gara.

Infatti, il possesso dei requisiti di carattere tecnico-economico oggettivi può essere dimostrato facendo riferimento alla sommatoria dei mezzi delle imprese qualora il bando di gara non prescriva una soglia minima quantitativa per ciascuna di esse; mentre, il possesso dei requisiti tecnico-economici di carattere soggettivo, quale ad esempio la certificazione di qualità, se richiesto ai fini della partecipazione della procedura, deve essere dimostrato da tutti gli operatori raggruppati.

La *lex specialis* del bando, pertanto, può definire i requisiti di idoneità che le imprese componenti l'ATI devono possedere nel rispetto, comunque, del principio di proporzionalità e di ragionevolezza, prevedendo requisiti soggettivi di partecipazione che siano omogenei rispetto al trattamento previsto per gli altri soggetti ammessi alla gara.

In particolare, risultano irragionevoli e contrarie al principio di proporzionalità quelle clausole del bando di gara che impongono a ciascuna delle partecipanti al raggruppamento di imprese di dimostrare lo stesso fatturato richiesto all'impresa singola³³.

Per contro, le stazioni appaltanti possono prevedere requisiti di partecipazione e di qualificazione più rigorosi e restrittivi di quelli minimi stabiliti dalla legge, purché tali ulteriori prescrizioni siano giustificate da esigenze imposte dal peculiare oggetto dell'appalto e si rivelino rispettose dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza, senza comprimere indebitamente l'accesso alla procedura³⁴.

**Il principio del c.d.
"cumulo dei requisiti"
nell'ATI orizzontale**

**Il cumulo dei requisiti
delle imprese riunite in
ATI orizzontale non può
riguardare i requisiti di
ordine generale né
requisiti tecnici di
carattere soggettivo**

³¹ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 24 ottobre 2006, n. 633.

³² Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 16 ottobre 2006, n. 6144; id, 24 agosto 2006, n. 4969.

³³ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 30 aprile 2002, n. 2294.

³⁴ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 31 dicembre 2003, n. 9305.

5. Il G.E.I.E. – Gruppo Europeo di interesse economico: cenni

L'art. 34, comma 1, lett. f), ammette a partecipare alle procedure di affidamento i soggetti che hanno stipulato il contratto di gruppo Europeo di interesse economico (c.d. G.E.I.E.), estendendone l'ambito applicativo non più ai soli lavori pubblici, ma anche al settore dei servizi e delle forniture, sebbene la giurisprudenza, anche prima dell'entrata in vigore del Codice dei contratti, avesse già ammesso la partecipazione di tali soggetti anche agli appalti aventi ad oggetto settori diversi dai lavori, in via analogica.

Il GEIE è un istituto creato nell'ambito della Comunità Europea³⁵ al fine di favorire la cooperazione tra imprese appartenenti a diversi Stati membri.

Difatti, lo scopo del gruppo è quello di agevolare o di sviluppare l'attività economica dei suoi membri, di migliorare o di aumentare i risultati di questa attività; il gruppo, infatti, non ha lo scopo di realizzare profitti per se stesso e la sua attività deve collegarsi all'attività economica dei suoi membri e può avere soltanto un carattere ausiliario rispetto a quest'ultima.

Trattasi, dunque, di una forma associativa con funzione prevalentemente mutualistica, della quale possono essere membri le società e gli altri enti giuridici di diritto pubblico e privato, nonché le persone fisiche che esercitano un'attività industriale, commerciale, artigianale, agricola, una libera professione o prestano altri servizi per l'Autorità.

Il gruppo, inoltre, deve essere composto da almeno:

- due società o altri enti giuridici aventi l'amministrazione centrale in Stati membri diversi;
- due persone fisiche che esercitino un'attività a titolo principale in Stati membri diversi;
- da una società o altro ente giuridico e da una persona fisica, di cui il primo abbia l'amministrazione centrale in uno stato membro e la seconda eserciti la sua attività a titolo principale in uno stato membro diverso.

La sede, da menzionarsi nel contratto, deve esser situata, nella Comunità economica Europea, nel luogo in cui il gruppo ha l'amministrazione centrale, oppure nel luogo in cui uno del gruppo ha l'amministrazione centrale o, se si tratta di persona fisica, l'attività a titolo principale, purché il gruppo vi svolga un'attività reale.

Nei confronti dei terzi, soltanto l'amministrazione, o se sono più di uno, ciascuno degli amministratori, rappresenta il gruppo e, con riguardo ai profitti, sono considerati come profitti dei membri del gruppo i profitti risultanti dall'attività del gruppo.

Con riguardo, invece, alla ripartizione delle responsabilità, i membri del gruppo rispondono illimitatamente e solidalmente per le obbligazioni di qualsiasi natura poste in essere dal gruppo.

**Scopo del gruppo:
agevolare o di
sviluppare l'attività
economica dei suoi
membri, di
migliorare o di
aumentare i risultati
di questa attività**

**I membri del gruppo
rispondono
illimitatamente e
solidalmente per tutte
le obbligazioni**

³⁵ Cfr. Regolamento n. 2137 del 25 luglio 1985, recepito nel nostro ordinamento con il d.lgs. n. 240/91.

Questi, *in nuce*, le caratteristiche essenziali del GEIE, per la cui disciplina, ai fini dell'ammissione alle gare, il legislatore del Codice dei contratti rinvia interamente all'art. 37, in materia, di raggruppamenti temporanei di imprese e consorzi ordinari, posto che, come evidenziato, la struttura e le funzioni del gruppo coincidono con quelle dei consorzi di cooperazione con rilevanza esterna, ma a differenza di questi ultimi, se ne discosta, in quanto la natura di soggetto imprenditoriale non risulta *conditio sine qua non* per essere membro del gruppo.

Si rimanda, pertanto, al precedente paragrafo, per le considerazioni in ordine alle prescrizioni di cui all'art. 37 del Codice.

CASI E MATERIALI

1. Le singole imprese costituenti l'ATI, relativamente alla propria quota di lavori eseguiti, devono fatturare direttamente alla stazione appaltante?

Argomentando sulla scorta di una nota sentenza della Suprema Corte di Cassazione (*cf.* Sez. I, 11 maggio 1998, n. 4728), si può affermare che l'associazione temporanea di due o più imprese nell'aggiudicazione ed esecuzione di un contratto di appalto con la P.A. o altri soggetti tenuti all'osservanza delle norme pubblicistiche per la scelta del contraente, è fondata su di un rapporto di mandato con rappresentanza, gratuito ed irrevocabile, conferito da una o più imprese, collettivamente, ad altra impresa capogruppo legittimata a compiere, nei rapporti con l'Amministrazione, ogni attività giuridica connessa o dipendente dall'appalto e produttiva di effetti giuridici direttamente nei confronti delle imprese mandanti sino all'estinzione del rapporto, ferma restando l'autonomia negoziale delle imprese riunite per quanto concerne la gestione delle prestazioni a ciascuna di esse affidate ed i rapporti con i terzi (con riguardo, in particolare, agli adempimenti fiscali ed agli oneri sociali).

Con specifico riferimento alla fatturazione, va evidenziato che – dopo alcune “oscillazioni” interpretative – è unanime il giudizio degli interpreti circa la necessità che la fatturazione nei confronti della S.A. in caso di ATI avvenga “pro-quota” da parte delle imprese associate. E ciò sulla base della evidente considerazione che la partecipazione in ATI al contratto non determina la costituzione di un soggetto nuovo che si sostituisce alle singole imprese raggruppate (*cf.* Corte dei Conti, Sez. Contr. Stato, n. 66/91).

Ad analoghe conclusioni, è pervenuto anche il Dicastero delle Finanze che, con diverse risoluzioni succedutesi negli anni, ha segnalato l'obbligo di fatturazione diretta alla S.A. da parte delle singole imprese costituenti l'ATI, relativamente alla propria quota di lavori eseguiti.

Pertanto, correttamente, ogni liquidazione deve essere corredata delle fatture delle imprese – intestate alla S.A. – che hanno contribuito alla contabilizzazione del relativo importo (*cf.* Ris. Min. Finanze n. 530742/92).

Ciò non di meno, il pagamento della fattura o del SAL, nella loro interezza, andrà effettuato esclusivamente a mani della impresa capogruppo, risultando illegittima ogni diversa modalità operativa (es.: pagamento pro-quota alle singole mandanti).

Orbene, tanto premesso, deve evidenziarsi che ai sensi dell'art. 96 d.P.R. n. 554/1999, le imprese riunite dopo l'aggiudicazione possono costituire tra loro una società, anche consortile, per l'esecuzione unitaria, totale o parziale, dei lavori. Tale società subentra, senza che ciò costituisca ad alcun effetto subappalto o cessione di contratto e senza necessità di autorizzazione o di approvazione, nell'esecuzione

totale o parziale del contratto, ferme restando le responsabilità delle imprese riunite.

La società cd. “a valle”, dunque, che può assumere anche veste consortile, può essere costituita da imprese riunite per l’esecuzione unitaria dei lavori.

Con tale ultima locuzione il legislatore non ha affatto ammesso un’ipotesi di “cessione lecita” del contratto, posto che la richiamata “unitarietà” rappresenta solo una modalità organizzativa, dato che permane la responsabilità diretta delle imprese associate nei confronti dell’ente appaltante per la esecuzione dei lavori.

Pertanto, la costituzione della società cd. “a valle”, che subentra nella sola esecuzione dell’appalto, non incide in alcun modo sulla titolarità del contratto, che rimane in capo alle singole imprese (*cf.* Corte dei Conti, Sez. Contr. Stato, n. 66/91; Ris. Min. Finanze n. 530742/92; Corte dei Conti, Sez. Contr. Stato, n. 32/90), le quali conservano, comunque, la propria individualità e autonomia anche ai fini fiscali.

In tale contesto, deve escludersi che la società consortile “a valle” possa fatturare direttamente alla S.A., non avendone il titolo fiscale, permanendo in ogni caso la titolarità del contratto in capo alle singole imprese.

2 L’art. 95, comma 2, del d.P.R. n. 554/99, che prescrive il possesso in capo alle mandanti dei requisiti tecnici nella misura minima del 10%, trova applicazione anche nell’ambito degli appalti di servizi e forniture?

L’art. 95, comma 2, del d.P.R. n. 554/99, prescrive il possesso in capo alle mandanti dei requisiti tecnici nella misura minima del 10% si applica agli appalti di lavori, e non si rinviene disposizione analoga nell’ambito degli appalti di servizi e forniture.

Al riguardo, per completezza, non si può sottacere che l’art. 253 del d.lgs. n. 163/2006 stabilisce che “*al fine dell’applicazione dell’art. 37, fino all’entrata in vigore del regolamento, i raggruppamenti temporanei sono ammessi se il mandatario e i mandanti abbiano i requisiti indicati nel d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, e nel d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34*”.

Il riferimento all’art. 37 del Codice, che disciplina l’associazionismo di imprese sia per gli appalti di lavori che per quelli di servizi e forniture, potrebbe far ritenere che l’art. 95, comma 2, del d.P.R. n. 554/1999 possa trovare applicazione anche agli appalti di servizi e forniture.

Senonché il successivo richiamo anche al d.P.R. n. 34/2000, che riguarda esclusivamente la qualificazione nei lavori pubblici, fa sì che si possa escludere l’applicazione dell’art. 95 cit. anche agli appalti di servizi e forniture.

D’altro canto, diversamente, questa sarebbe un’ipotesi in cui il d.P.R. n. 554/99 trova applicazione in un ambito diverso da quello dei lavori pubblici.

Se questa fosse stata effettivamente la volontà del legislatore, si deve ritenere che questi l'avrebbe previsto in maniera esplicita.

3. In una gara per l'affidamento di servizi, in caso di partecipazione da parte di ATI non ancora costituita, da quale dei soggetti associandi deve essere emessa la cauzione provvisoria?

Secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente (*cf.* Cons. Stato, Ad. Plen., n. 8/2005; Cons. Stato, Sez. VI, n. 893/2006; C.G.A., n. 180/2006), in caso di ATI, la polizza fideiussoria deve essere intestata non solo alla società capogruppo, ma anche alle mandanti individualmente responsabili delle dichiarazioni rese per la partecipazione alle gare di loro comune interesse.

Un simile orientamento mira al perseguimento dell'interesse pubblico e tende ad evitare il configurarsi di una carenza di garanzia per le stazioni appaltanti. In caso di ATI costituenda, il soggetto garantito non è né il raggruppamento temporaneo, nel suo complesso, né la sola capogruppo designata.

Ne consegue che per assicurare, in modo pieno, l'operatività della garanzia di fronte ai possibili inadempimenti "coperti" dalla cauzione provvisoria, si deve aver riguardo a tutte le imprese associate, le quali operano, individualmente e responsabilmente, nell'assolvimento degli impegni connessi alla loro partecipazione alle singole gare (*cf.* TAR Lazio, Roma, Sez. I ter, 3 luglio 2006, n. 5362; Cons. Stato, Sez. V, 25 luglio 2006, n. 4655; TAR Lazio, Roma, Sez. III ter, 27 novembre 2006, n. 13196).

Per completezza, si segnala che esiste un altro orientamento giurisprudenziale (*cf.* Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2006, n. 893), invero minoritario rispetto a quello precedentemente enunciato, secondo cui, in presenza di una ATI costituenda, il soggetto garantito non è il raggruppamento nel suo complesso (non essendo ancora costituita), né tanto meno la sola capogruppo designata. Garantite sono tutte le imprese associande che, durante la gara, operano individualmente e responsabilmente nell'assolvimento degli impegni connessi alla partecipazione alla procedura, ivi compreso, in caso di aggiudicazione, quello (per le future mandanti) di conferire il mandato collettivo all'impresa designata capogruppo, che stipulerà il contratto con l'Amministrazione. Tuttavia, se la mandataria dichiara di partecipare alla gara in qualità di impresa capogruppo con intento costitutivo di una associazione temporanea di impresa, e la domanda di partecipazione alla gara contenente l'offerta è sottoscritta da entrambe le imprese impegnatesi a costituire il raggruppamento con mandato di conferimento della rappresentanza ad una di essa, individuata già in sede di offerta nella stessa ditta espressamente qualificata come capogruppo, risulta provato che la fideiussione con polizza rilasciata a favore della impresa capogruppo copre tutto l'ambito della garanzia pretesa dalla legge in caso di mancata

sottoscrizione del contratto, avendo ad oggetto le condotte di entrambi i componenti del raggruppamento costituendo.

4. Nell'ATI costituenda chi deve sottoscrivere le dichiarazioni di impegno?

In caso di ATI non ancora costituita l'offerta deve essere sottoscritta da tutte le imprese che costituiranno il raggruppamento, non essendo sufficiente la sottoscrizione della sola capogruppo priva di procura *ad hoc*.

Né, in tale ipotesi, si realizza una disparità di trattamento rispetto alle associazioni costituite, posto che queste ultime rappresentano organizzazioni i cui partecipanti hanno già assunto rispettive obbligazioni, mentre nelle associazioni costituende gli impegni assunti dagli associandi devono essere ancora concretizzati (*cf.* TAR Sardegna, Cagliari, Sez. I, 12 aprile 2006, n. 636).

Problemi si pongono, invece, per le eventuali dichiarazioni di natura negoziale richieste dal bando di gara (dichiarazione di avvenuto sopralluogo, accettazione di specifiche clausole del bando, ecc...).

In merito, la giurisprudenza è divisa tra un orientamento più rigoroso, che richiede la produzione di documenti e dichiarazioni a ciascuna delle imprese destinate a costituire il futuro raggruppamento (*cf.* TAR Toscana, Firenze, Sez. I, 12 febbraio 2007, n. 224; Cons. Stato, Sez. V, 29 novembre 2005, n. 6722), ed un altro che, muovendo dalla considerazione dell'impresa designata mandataria come punto di riferimento unitario della costituenda ATI, ritiene che solo questa sia tenuta a qualunque adempimento non specificamente richiesto dal bando alle singole imprese partecipanti (*cf.* TAR Reggio Calabria, 12 febbraio 2007, n. 164).

Con particolare riferimento all'ipotesi della dichiarazione di avvenuto sopralluogo, deve rilevarsi che, qualora il bando di gara imponga a tutti i concorrenti di produrre tale dichiarazione ed una certificazione rilasciata dall'Amministrazione che attesti l'avvenuta effettuazione del sopralluogo, tutte le imprese che partecipano ai raggruppamenti temporanei, costituiti o costituendi, sono tenute a produrre entrambi i documenti (*cf.* TAR Sicilia, Catania, sez. III, 15 settembre 2005, n. 1398).

D'altronde, il sopralluogo ha la funzione - di intuitiva comprensione - a garanzia per la P.A. della serietà dell'offerta, di assicurare che l'aggiudicatario prenda precisa conoscenza "*della ubicazione, della natura, della composizione e delle condizioni che possono influire sulla corretta esecuzione del contratto*". Se ne dovrebbe concludere nel senso che, nel caso in cui lo svolgimento del contratto sia distribuito tra le partecipanti alla associazione di imprese, ciascuna di queste sia tenuta a produrre la suddetta attestazione con riguardo alle prestazioni di sua competenza.

5. La dichiarazione sostitutiva, di cui all'art. 38 del d.lgs. 163/06 e s.m.i., deve essere sottoscritta anche dai legali rappresentanti delle consorziate esecutrici?

Il consorzio stabile, dalla definizione che ne fornisce l'art. 36 del d.lgs. 163/06 e s.m.i. (secondo cui "*si intendono per consorzi stabili quelli, in possesso, a norma dell'art. 35, dei requisiti previsti dall'art. 40 formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa*"), ha natura peculiarissima.

Infatti, sebbene tanto il consorzio stabile quanto le imprese consorziate conservino la loro autonoma soggettività giuridica, sussiste tra le stesse un legame ben più stretto di ogni altra forma di collegamento già raffigurata dalla legge. Segue da ciò che il consorzio stabile costituisce un nuovo e, comunque, specifico soggetto di diritto, promanante da un contratto a dimensione associativa, caratterizzato oggettivamente come struttura imprenditoriale, al fine di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici.

Il rapporto che lega le imprese consorziate alla struttura consortile è un rapporto, come detto, di tipo organico, sicché unico soggetto interlocutore dell'Amministrazione appaltante è il consorzio stesso, che assumerà la veste di parte del contratto, con la relativa assunzione in proprio di tutti gli obblighi, gli oneri e le responsabilità.

Il consorzio stabile, pertanto, costituendo un soggetto giuridico distinto dai consorziati, è l'unica controparte nell'ambito del rapporto di appalto, l'unico interlocutore dell'Amministrazione sia nella fase della procedura concorsuale che in quella successiva di esecuzione del contratto.

Con riferimento al quesito in oggetto, la giurisprudenza ritiene concordemente, che anche nel caso dei consorzi stabili, "*è indubbio che i requisiti di carattere morale e di generica affidabilità (quali l'inesistenza di precedenti penali ostativi, la regolarità contributiva, il rispetto della normativa antimafia), devono essere posseduti da ciascuna delle imprese Consorziate*" (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 16 novembre 2005, n. 6403; TAR Puglia Lecce, Sez. I, 20 aprile 2007, n. 1678).

Ne discende, pertanto, che le dichiarazioni di cui all'art. 38 del citato Codice deve essere resa, oltre che dal consorzio, anche dalle consorziate eventualmente indicate come esecutrici.

6. Il certificato del casellario giudiziale e dei carichi pendenti viene richiesto anche per i legali rappresentanti delle consorziate?

La stazione appaltante, in sede di verifica dei requisiti di ordine generale in capo al consorzio stabile, deve richiedere il casellario giudiziale dei legali rappresentanti e di eventuali altri soggetti muniti di poteri di rappresentanza del consorzio e delle consorziate (cfr. art. 38, comma 1, lett. b) e c), del Codice).

Tuttavia, non è necessario richiedere la presentazione dei suddetti certificati in sede di gara, considerato che il casellario giudiziale va richiesto d'ufficio dalla S.A., mentre il certificato dei carichi pendenti non è rilevante ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti soggettivi per la partecipazione alle procedure di gara (cfr. TAR Campania, Salerno, 20 maggio 2005, n. 813; Cons. Stato, Sez. IV, 21 novembre 1996, n. 1235; TAR Lazio, sez. II, 25 maggio 1998, n. 994).

7. E' consentito, in un appalto di servizi, ad un consorzio stabile, di avvalersi del beneficio della riduzione della cauzione nell'ipotesi in cui la certificazione di qualità sia posseduta solo da una sua consorziata?

La normativa disciplinante la qualificazione dei consorzi stabili si limita a prevedere che il consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole consorziate (art. 36, comma 7, d.lgs. n. 163/06).

Al fine di comprendere l'esatta portata della questione, giova rilevare che, per gli appalti pubblici di servizi, non sussiste un sistema di qualificazione permanente delle imprese, analogo a quello disciplinato dal d.P.R. n. 34/2000 per i lavori pubblici.

Tale circostanza rileva ai fini che qui interessano, in quanto, per i lavori, ai sensi dell'art. 4 comma 3 del d.P.R. n. 34/2000, il possesso della certificazione di qualità aziendale ovvero il possesso della dichiarazione della presenza di requisiti del sistema di qualità aziendale, rilasciate da soggetti accreditati al rilascio della certificazione nel settore delle imprese di costruzione, è attestato dalle SOA.

Ne consegue che, negli appalti di opere pubbliche, il possesso della certificazione del sistema di qualità può essere provato esclusivamente attraverso le attestazioni SOA. In altre parole, il possesso della certificazione di qualità deve essere provato attraverso la attestazione della SOA, sicché una impresa certificata non può documentare in altro modo il requisito predetto, anche attraverso l'allegazione alla domanda della stessa certificazione.

Con riferimento, poi, ai consorzi stabili, l'Autorità di Vigilanza, con determinazione n. 15 del 16 luglio 2002, ha avuto modo di chiarire che il principio in base al quale la qualificazione del consorzio stabile è ottenuta sulla base della somma delle qualificazioni possedute dai

propri consorziati porta come conseguenza che si possa riconoscere ad un consorzio stabile il possesso della certificazione di qualità qualora almeno uno dei propri consorziati possedga tali requisiti. Pertanto, secondo l'Organo di Vigilanza, le SOA possono riconoscere ad un consorzio stabile il possesso della certificazione di qualità, qualora tale requisito sia in possesso del consorzio oppure di almeno uno dei consorziati.

Alla luce del delineato *excursus*, si è dell'avviso che, per quanto attiene le gare per l'affidamento di servizi, in carenza di un sistema di qualificazione analogo alle SOA, che attesti il possesso, in capo al consorzio stabile, dei requisiti di qualificazione, nonché della certificazione di qualità, occorre consentire al consorzio il cumulo di tali requisiti volta per volta.

Il consorzio partecipante è legittimato, pertanto, a comprovare, in sede di offerta, il possesso dei requisiti di partecipazione, mediante le qualificazioni possedute dalle singole consorziate.

Ne consegue che, se nell'ambito del consorzio stabile v'è un operatore economico in possesso della certificazione di qualità, il consorzio stesso si deve ritenere in possesso di tale qualifica e, quindi, avente dritto alla riduzione della cauzione provvisoria.

8. In caso di ATI, ai fini della riduzione del 50% della cauzione, di cui all'art. 40, comma 7 del Codice dei contratti pubblici, è sufficiente il possesso da parte della sola mandataria della certificazione di qualità?

Il beneficio della riduzione della cauzione provvisoria, di cui all'art. 40, comma 7 d.lgs. 163/06 e s.m.i., trova applicazione con riguardo alle ATI con modalità diverse a seconda che si tratti di ATI orizzontale o di ATI verticale.

Infatti, l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici è intervenuta, sul punto, con le Deliberazioni nn. 44/00 e 101/07, chiarendo che *“in caso di associazione temporanea di imprese di tipo verticale, se solo alcune imprese sono in possesso della certificazione di qualità, esse potranno godere del beneficio della riduzione sulla garanzia per la quota parte ad esse riferibile. Ciò in quanto, tra le associazioni temporanee di imprese di tipo orizzontale e di tipo verticale sussiste una diversa gradazione dei profili soggettivi di responsabilità delle imprese stesse: nelle associazioni di tipo orizzontale si è in presenza di una responsabilità solidale, mentre in quelle di tipo verticale la responsabilità è ripartita pro quota fra le imprese del raggruppamento. Nel caso di specie pertanto, in presenza di una associazione di tipo verticale che vede l'impresa mandataria in possesso di qualità e la mandante priva della stessa, la cauzione*

provvisoria dovrà essere costituita dalla quota, in misura dimidiata, relativa alle lavorazioni da eseguirsi da parte della mandataria e dalla quota, in misura intera, relativa alle lavorazioni da eseguirsi da parte della mandante”.

Diversamente, qualora si tratti di ATI di tipo orizzontale, il beneficio della riduzione della cauzione risulta indivisibile e, quindi, condizione essenziale per fruirne è che tutte le imprese raggruppate siano in possesso della certificazione di qualità e, naturalmente, che lo documentino in sede di gara (cfr. TAR Puglia, Bari, Sez. I, n. 3720/2005).

Pertanto, con riguardo al quesito proposto, si ritiene che in caso di ATI orizzontale, la concorrente potrà usufruire della riduzione del 50% della cauzione provvisoria e della cauzione definitiva a condizione che tutte le imprese raggruppate siano in possesso della certificazione di qualità.

In caso di ATI verticale, qualora solo la mandataria sia in possesso della suddetta certificazione, la cauzione provvisoria dovrà essere costituita dalla quota, in misura dimidiata, relativa alle lavorazioni da eseguirsi da parte della mandataria e dalla quota, in misura intera, relativa alle lavorazioni da eseguirsi da parte della mandante (cfr. TAR Puglia, Bari, Sez. I, n. 3720/2005).