La modifica soggettiva dell'A.T.I. (Commento a Consiglio di Stato, Sez. VI, 13 maggio 2009, n. 2964).

DI ALESSANDRO MANNOCCHI

SOMMARIO: 1. Introduzione 2. Modifica della composizione soggettiva dell'A.T.I. prima del 2007; 3. La rivoluzione copernicana della sentenza n. 4101/2007 e la giurisprudenza successiva; 4. Ancora una *pastiche* sull'art. 38.

1. Introduzione.

La sentenza in commento affronta un tema complesso e molto controverso sia in giurisprudenza che in dottrina: la possibilità, per i concorrenti che partecipino ad una procedura ad evidenza pubblica in Associazione Temporanea di Imprese, ai sensi dell'art. 37 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, di modificare la compagine raggruppata, successivamente alla presentazione dell'offerta e fuori dalle ipotesi speciali espressamente indicate dal Legislatore.

E' bene anticipare che il Collegio giudicante – pur con alcuni limiti che si vedranno oltre – risponde positivamente alla domanda.

Ed è singolare che il dibattito, e pure la sentenza in epigrafe, traggano origine da una norma il cui testo sembrerebbe di adamantina chiarezza. L'art. 37 l.c.[1], comma 9 recita che "[…] *è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta*"[2].

[1] Una clausola di identico contenuto era già presente nella Legge 11 febbraio 1994, n. 109 (Legge Merloni), all'art. 13, comma 5.

[2] Il testo completo dell'art.37, comma 9: "*E' vietata l'associazione in partecipazione. Salvo quanto disposto ai commi 18 e 19, è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta*". I commi 18 e 19: "18. In caso di fallimento del mandatario ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante può recedere dall'appalto" - "19. In caso 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". Per le modifiche soggettive all'interno dell'A.T.I. che riguardano la fase esecutiva, viene in interesse anche l'art. 116 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, relativo alle cessioni di azienda e agli atti di trasformazione, fusione e scissione.

Per chi avesse ancora fiducia nel noto brocardo *in claris non fit interpretatio*, l'evoluzione giurisprudenziale in merito alla suddetta norma dovrebbe costituire un severo monito.

2. Modifica della composizione soggettiva dell'A.T.I. prima del 2007.

La data del 23 luglio 2007 costituisce lo spartiacque fondamentale in *subiecta materia*.

Prima di allora, infatti, nessuno aveva mai ipotizzato – ed in ogni caso ritenuto legittimo – che il raggruppamento potesse aggiudicarsi la gara e stipulare in contratto con una compagine diversa da quella che aveva presentato l'offerta.

Ci si era soffermati, piuttosto, ad analizzare, con specifico riferimento al caso della procedura a licitazione privata, l'eventualità che il raggruppamento mutasse dopo la fase di prequalificazione, ma prima della presentazione dell'offerta.

In proposito, autorevole giurisprudenza aveva sostenuto una tesi particolarmente restrittiva, rilevando che la modificazione soggettiva di una A.T.I. intervenuta successivamente alla fase di prequalificazione fosse da ritenersi illegittima per contrasto con il principio della contestualità e simultaneità della valutazione delle imprese partecipanti alla gara[3].

L'orientamento maggioritario, tuttavia, risultava essere di segno contrario, posto che più volte è stato ribadito che è ammissibile la modifica della composizione soggettiva di un raggruppamento di imprese nel periodo intercorrente tra la prequalificazione e la presentazione dell'offerta, sempreché tale modifica non incida in modo negativo sulla qualificazione del soggetto invitato alla gara[4].

In effetti lo stesso tenore letterale della norma suggeriva che fosse il momento dell'offerta[5] – e non una fase antecedente, come quella di prequalificazione[6] – a costituire la discriminante per l'ammissibilità di una mutamento dei soggetti partecipanti all'A.T.I.[7].

Di recente, il Consiglio di Stato è nuovamente intervenuto sul punto, affermando che pur in presenza di una sostanziale unitarietà del procedimento di evidenza pubblica che si apre con la pubblicazione del bando per concludersi con l'aggiudicazione definitiva, in tali procedure la fase di prequalificazione assolve all'esclusiva funzione di accertare il possesso dei requisiti di partecipazione (con la

[3] Consiglio di Stato, Sez. V, 29 settembre 2003, n. 5509.

[4] Cons. Stato, Sez. V, 29 luglio 2003 n. 4350; Consiglio di Stato, Sez. V, 18 aprile 2001 n. 2335; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez.I, 30 gennaio 2007 n. 107.

[5] Così anche in Autorità di Vigilanza per i Lavori Pubblici, Determinazione n.15 del 18 luglio 2001.

[6] A favore di questa tesi deponeva anche il disposto dell'art.93, comma 2 (ora abrogato dal D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163), che recitava: "In caso di licitazione privata, di appalto concorso o di trattativa privata, l'impresa invitata individualmente ha la facoltà di presentare offerta o di trattare per sé o quale capogruppo di imprese riunite". Sicché, nulla ostava che fosse vero anche il contrario.

[7] Tutto ciò, ovviamente, a condizione che la modifica non riguardasse la capogruppo mandataria e il soggetto mantenesse integra (o migliorasse) la propria qualificazione.

conseguente selezione delle imprese da invitare) ed è distinta dalla gara vera e propria, in cui a seguito delle lettere di invito vengono presentate le offerte. La disciplina vigente si limita a richiedere che alla presentazione dell'offerta siano ammesse imprese già selezionate nella fase di prequalificazione, ma non impedisce a queste ultime di associarsi temporaneamente in vista della gara, posto che l'A.T.I. non estingue la soggettività delle imprese già qualificate e che, quindi, il raggruppamento non può definirsi quale soggetto diverso da quelli invitati[8].
Se erano sorte perplessità sulla modifica in fase di prequalificazione, nessun dubbio, invece, era mai stato sollevato circa il mutamento dell'A.T.I. dopo la presentazione dell'offerta.
La concorde giurisprudenza amministrativa, infatti, aveva sempre sostenuto senza alcuna oscillazione l'assoluto divieto di una tale possibilità, appoggiandosi sul dato testuale – apparentemente inequivocabile – dell'allora vigente art. 13, comma 5, legge 11 febbraio 1994, n. 109.
Tra le pronunce più significative si può rammentare la pronuncia del Consiglio di Stato, sezione V, 7 aprile 2006, n. 1903, dove era stato rilevato che le associazioni temporanee di imprese non possono in alcun modo variare la loro composizione rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta nel quale, quindi, devono essere precisate tutte le circostanze che legittimano le singole imprese alla partecipazione alla gara risolvendosi in una modifica non consentita anche solo la diversa configurazione dell'associazione temporanea di imprese quanto ai requisiti di partecipazione richiesti al raggruppamento ed alle singole partecipanti, mandataria e mandanti[9].
Una posizione rigida, dunque, se addirittura veniva considerato un mutamento la configurazione interna dell'A.T.I. Ovvio, perciò, che l'ipotesi che una delle mandanti potesse recedere dall'offerta risultava improponibile.
Sennonché, nell'estate del 2007, il Consiglio di Stato, con una pronuncia rivoluzionaria, ribaltò completamente questa prospettiva, aprendo il campo a nuove, suggestive possibilità per le imprese raggruppate.

3. La rivoluzione copernicana della sentenza n. 4101/2007 e la giurisprudenza successiva.

Merita un sintetico cenno la vicenda che aveva portato a questa sentenza.
Un'A.T.I. aveva partecipato ad una gara bandita da un grande committente pubblico. Al momento della stipulazione del contratto, però, la mandante aveva comunicato il proprio recesso. La Stazione Appaltante, tuttavia, aveva comunque sottoscritto il contratto con la sola capogruppo mandataria[10].

[8] Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 febbraio 2008, n. 588.

[9] Si veda anche Cons. giust. amm. sic., sez. giurisdiz., 26 gennaio 2006, n. 24.

[10] Si trattava di primaria impresa nel panorama italiano delle realizzazione di infrastrutture.

La questione era stata portata prima alla consulta legale dell'Ente stesso, poi anche all'Autorità di Vigilanza[11]. Entrambe si erano espresse in modo del tutto negativo, rilevando l'illegittimità della stipula e la conseguente nullità del contratto.
Il T.A.R. Lazio, investito della vicenda, aveva rilevato la violazione del più volte menzionato art.13, applicabile *ratione temporis* alla controversia, e aveva respinto il ricorso[12].
Di diverso avviso la quarta sezione del Consiglio di Stato.
I supremo giudice amministrativo, infatti, esaminò la *ratio* sottesa all'art. 13, annotando che il principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle procedure di affidamento degli appalti pubblici deve intendersi, in particolare, giustificato dall'esigenza di assicurare alle amministrazioni aggiudicatici una conoscenza piena dei soggetti che intendono contrarre con esse, al precipuo fine di consentire un controllo preliminare e compiuto dei requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria dei concorrenti ed all'ulteriore scopo di impedire che tale verifica venga vanificata od elusa con modificazioni soggettive, in corso di gara, delle imprese candidate.
Sulla scorta di questo assunto, il Collegio di secondo grado concluse che il divieto deve leggersi come inteso ad impedire l'aggiunta o la sostituzione di imprese partecipanti all'A.T.I. e non anche a precludere il recesso di una o più imprese dall'associazione[13] Mentre, infatti, nella prima ipotesi (aggiunta all'A.T.I., 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'a.t.i. ed intestazione della sua quota di partecipazione all'impresa o alle imprese rimanenti) le predette esigenze non risultano in alcun modo frustrate.

[11] Delibera n. 8 dell'8 agosto 2006.
[12] Secondo l'epigrafe della sentenza n. 4101/2007, la sentenza del T.A.R. sarebbe la numero 368/2006, pronunciata dalla III sezione. Sennonché, un mero controllo sul sito del T.A.R. dimostra che la sentenza n. 368 del 19 gennaio 2006 è stata emessa dalla I sezione e non ha alcuna attinenza con il contenzioso in questione. Alcuni controlli incrociati sul sito della giustizia amministrativa hanno permesso di chiarire che la sentenza impugnata è T.A.R. Lazio, III Sezione, 24 gennaio 2007, n. 451. Il giudice amministrativo in prima istanza aveva affermato che "*[…] il principio della immodificabilità dell'associazione ai fini della partecipazione alla gara se può trovare una attenuazione nella fase di prequalificazione, non può in ogni caso superare il limite temporale dettato dalla presentazione dell'offerta quale momento determinante della cristallizzazione soggettiva della compagine associativa partecipante alla gara di appalto […]*"
[13] Ovviamente nel caso in cui quella o quelle che restano a farne parte risultino titolari, da sole, dei requisiti di partecipazione e di qualificazione).

In buona sostanza, questa interpretazione consente alla mandante di recedere in corso di gara, purché la capogruppo mantenga da sola i requisiti per eseguire l'opera appaltata.

La pronuncia appena esaminata è stata accolta negativamente dalla dottrina[14], che ha rilevato come la via interpretativa seguita dal Consiglio di Stato risultasse potenzialmente distruttiva per l'impianto normativo che regola la materia dell'appalto. Non vi è più, infatti, alcuna certezza che il soggetto contraente sia poi in effetti quello esecutore, potendo avvenire delle mutazioni sia in fase di gara che in corso d'opera e, cosa ancor più grave, per mera volontà recessiva – magari giustificata da semplici difficoltà operative – di una delle imprese partecipanti al raggruppamento.

La prassi applicativa a questa sentenza è andata esattamente in questa direzione, poiché non sono mancati i casi nei quali le Amministrazioni hanno autorizzato il recesso di una mandante proprio avvalendosi della pronuncia n. 4101/2007.

Fra gli operatori del settore, tuttavia, era diffusa la (ufficiosa) convinzione che la sentenza sarebbe rimasta un episodio isolato nel panorama giurisprudenziale, e che il Consiglio di Stato avrebbe recuperato la precedente posizione rigorosa.

In un primo momento, sembrava che questa previsione fosse destinata ad avverarsi.

---

[14] Per tutti si veda la nota alla sentenza n. 4101 di F. LILLI, in www.Giustamm.it. dell'11.09.2007 – Ed. Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, che sintetizza in modo efficace e sintetico le molteplici perplessità che la pronuncia ha suscitato (e continua a suscitare). Si riporta di seguito un significativo stralcio: "*si determina […] un'irreparabile pregiudizio dell'interesse pubblico alla trasparenza delle procedure ed alla serietà, attendibilità e capacità del potenziale contraente. Se si ammette, cioè, che per volontà di un'impresa associata, possa venir meno l'impegno formalizzato in fase di offerta da una pluralità di soggetti, si viene di conseguenza a vanificare lo scopo posto a base della normativa di settore. A questo punto, è significativo domandarsi: che senso ha richiedere obbligatoriamente alle imprese che intendono partecipare alla gara, in forma raggruppata, di specificare in sede di offerta le quote di partecipazione alla riunione, ovvero quelle di ripartizione fra le medesime imprese dei lavori da eseguire, se è poi ammesso il recesso volontario dal rapporto negoziale insorto e/o in fase di perfezionamento? Ed ancora, non può essere revocato in dubbio che l'art. 37, comma 9, d.lgs. 163 cit. in uno con l'art. 94 del d.P.R. 554/99, non si prestano ad interpretazioni di sorta, considerato che l'elencazione delle fattispecie derogatorie al principio generale appare inequivocabile. Ed infatti, la norma contempla il solo caso del fallimento dell'impresa mandante (o della morte, o perdita delle capacità di agire del titolare di impresa mandante), e consente alla mandataria o la sostituzione della impresa fallita con altra impresa o la continuazione dell'appalto da parte della sola mandataria; in tal modo essa introduce una deroga alla regola rigidissima della non cedibilità del contratto di appalto e, quindi, si atteggia a norma eccezionale, non applicabile al di fuori delle ipotesi regolate. Anzi, proprio la sua eccezionalità induce a ritenere che, contrariamente a quanto sostenuto nell'isolata pronuncia qui in commento – al di fuori dell'ipotesi del fallimento (o della morte), e cioè al di fuori di circostanze impeditive che non sono riconducibili a precisa volontà – non può essere consentita la prosecuzione dell'appalto da parte della sola mandataria, a fronte del "recesso volontario" di una impresa mandante, in quanto ciò si tradurrebbe di fatto in un'ipotesi di "cessione" di contratto d'appalto in favore di una diversa entità giuridica, con patente violazione del generale divieto all'uopo sancito dall'art. 118 del medesimo d.lgs. 163/06*".

Nella già richiamata sentenza del 20 febbraio 2008, n. 588, la quinta sezione del Consiglio di Stato, dopo aver ricostruito il quadro normativo di riferimento, stabilisce lapidariamente 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.
Al contrario, con la pronuncia del 13 maggio 2009, n. 2964, un'altra sezione del Consiglio di Stato, questa volta la sesta, riafferma con convinzione l'interpretazione assunta dal supremo organo di giustizia amministrativa nel 2007.
Ed anzi, ne fornisce un'interessante applicazione da un punto di vista processuale.
Nel caso di specie, infatti, l'A.T.I. si era sciolta, per recesso della mandante, successivamente alla proposizione del ricorso dinanzi al T.A.R.
La resistente, preso atto, aveva invocato l'intervenuta carenza di interesse a ricorrere in capo alla sola mandataria: al mutare dell'assetto prospettato in sede di offerta, conseguirebbe – secondo la prospettazione della resistente - la rinuncia all'offerta da parte dell'intero raggruppamento.
Il giudici di Palazzo Spada, invece, sposano un'interpretazione diversa, citando proprio il precedente del 2007[15] e ribadendo che il recesso della mandante è consentito – dunque non produce nemmeno effetti processuali preclusivi – laddove non comporti l'aggiunta o la sostituzione delle imprese partecipanti.
Si è già detto delle perplessità che questa impostazione suscita.
Con riferimento al caso specifico, però, sembra che il Collegio giudicante abbia dimenticato di aggiungere che l'altra condizione da rispettare è che il soggetto rimanente abbia i requisiti per eseguire da solo l'appalto. La sentenza non si sofferma su questo punto ma è evidente che, ove fosse risultato dagli atti che l'impresa appellante non fosse più stata in grado di fornire in proprio le garanzie tecniche e professionali necessarie, l'offerta avrebbe dovuto considerarsi comunque rinunciata con conseguente, sopravvenuta mancanza di interesse a ricorrere.
Il problema è stato forse affrontato in modo troppo sbrigativo, perché il rivoluzionario principio stabilito nel 2007 ha numerose implicazioni ancora da verificare nella pratica, e a parere di chi scrive il Consiglio di Stato non avrebbe dovuto lasciarsi sfuggire l'occasione per chiarire maggiormente la fattispecie.

4. Ancora una pastiche sull'art.38.

Nel precedente numero di Amministrativamente è stata affrontata diffusamente la problematica legata all'interpretazione dell'art. 38, lett. c, del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, attraverso l'analisi di alcune delle più recenti pronunce in materia[16].

[15] Ed aggiungendo testualmente "dalla quale non c'è ragione di discostarsi".

[16] "Cause di esclusione: recenti pronunce e oscillazioni interpretative", nota a Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza n. 1736 del 20 marzo 2009; Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza n. 2364 del 20 aprile 2009; T.A.R. Lazio, Roma, Sezione II, sentenza n. 3984 del 20 aprile 2009, in Amministrativ@mente n. 5, maggio 2009.

Il Consiglio di Stato torna nuovamente sulla questione, esaminando un caso specifico che merita senz'altro menzione.
La concorrente era stata esclusa dalla gara perché a carico del suo amministratore risultava una sentenza emessa ai sensi 444 c.p.p., per il reato di evasione dalle imposte sui redditi *ex* art. 4, comma 1, n. 5 della Legge 7 agosto 1982, n. 516.
Le pena, già scontata, era stata irrogata nel 1997 per fatti relativi al 1990.
Secondo la Stazione Appaltante e il T.A.R. in prime cure, l'esistenza di tale condanna rendeva applicabile l'art. 38, lett. c) e g) del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163.
Il Consiglio di Stato, al contrario, osserva che il reato di cui trattasi è stato abrogato dall'art. 25 del D.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 e che il D.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507 ha abolito il principio di ultrattività delle norme penali finanziarie.
Da ciò discende l'ovvia considerazione l'ordinamento giuridico non ascrive più alcun valore negativo a quelle condotte.
Tale assenza di disvalore non può che riflettersi sulla valutazione dei requisiti di partecipazione del concorrente sia con riferimento al disposto normativo di cui all'art. 38 lettera c), sia con riferimento a quanto disposto dalla successiva lettera g).
Partendo da quest'ultima norma – prosegue il supremo consesso - non v'è dubbio che la cessazione di tutti gli effetti scaturenti dall'irrogazione della pena, a seguito del fenomeno abrogativo, sia ostativa all'applicazione di essa[17].
Per ciò che riguarda la lett. c), il Consiglio di Stato stabilisce[18] che è assorbente ed esaustivo il rilievo che la condotta contestata al concorrente non costituisca più reato e come tale non sia più suscettibile di alcun disvalore né nell'ordinamento penale, né negli altri rami dell'ordinamento giuridico.

[17] Anche dal punto di vista letterale, la lettera g) dell'art. 38 suggerisce la sua inapplicabilità al caso di specie, considerato che essa dispone l'esclusione nei confronti dei soggetti che abbiano commesso violazioni di obblighi fiscali *"secondo la legge italiana"*, con ciò volendo esprimere la necessità che le violazioni stesse siano, comunque, rilevanti per l'ordinamento italiano.

[18] Non senza aver prima ribadito il noto principio in base al quale l'applicazione dell'art.38, lett. c., non è automatica, fatti salvi i reati per i quali è espressamente comminata l'esclusione dalla gara. Si riporta il passaggio: "Quando la norma, con una dizione ampia, fa riferimento a sentenze di condanne o a provvedimenti giudiziali simili per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale del concorrente, essa, anziché prevedere un'automatica esclusione, fa carico, piuttosto, alla stazione appaltante di valutare la condotta dell'offerente, tenendo conto di molteplici aspetti quali quelli soggettivi, temporali, relazionali per verificare la sua professionalità per come nel tempo si è manifestata. Profili questi che, evidentemente, la P.A. deve valutare caso per caso e delle cui risultanze deve dare specifico conto nella motivazione dell'eventuale provvedimento di esclusione".