

La disciplina delle associazioni temporanee di impresa dopo il decreto correttivo 113/07

1. Le A.T.I. orizzontali, verticali e miste. – 2. Le disposizioni dell'art. 37 d. lgs 163/06 (e s.m.i.) relative ai lavori. – 3. Le disposizioni dell'art. 37cit. relative alle forniture e servizi – 4. Mandato e procura. Irrevocabilità della procura. Rappresentanza esclusiva della mandataria. – 5. Pagamenti: legittimazione della mandataria e limiti applicativi in correlazione ai poteri azionabili della mandante. – 6. Rapporti interni e con i terzi. – 7. Requisiti di qualificazione nei lavori. – 8. Requisiti di qualificazione nelle forniture / servizi. 9. Ripartizione delle quote di esecuzione dei lavori, dei servizi e delle forniture. – 10. L'impresa cooptata. – 11. Regime delle responsabilità. – 12. La società consortile.

1. L'art. 37 del D.Lgs. 163/06 (Codice dei Contratti Pubblici) conferma l'impianto normativo dell'art. 13 Legge 109/94¹ in materia di ATI nel settore dei lavori, rilegificando su alcune materie disciplinate dagli artt. 93 ss. DPR 554/99 (sempre in materia di lavori); inoltre, disciplina l'istituto delle ATI nelle forniture e servizi, introducendo il concetto di fornitura e/o servizio principale e secondario (senz'altro necessario, tenuto conto che la vecchia e nuova normativa sul subappalto di forniture e servizi imponeva ed impone il regime dell'art. 18 Legge 109/94, ora 118 D.Lgs. 163 che presupponeva e presuppone l'indicazione della prestazione principale, soggetta al limite del 30%) ed omogeneizzando la normativa sulle forniture / servizi a quella dei lavori, salvo i limiti derivanti dal peculiare sistema di qualificazione, che nel caso di lavori² ruota intorno

¹In materia di legge quadro sui lavori pubblici n. 109/94 si vedano: CARULLO A. e CLARIZIA A., *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, opera collettanea vol. 1 e 2, Padova, 2000; CARINGELLA F., a cura di, *La nuova legge quadro sui lavori pubblici* (Commentario), IPSOA, 1999; MAZZOCCO TASSON D., ANGELETTI C., ZOPPOLATO M., *legge quadro sui lavori pubblici (Merloni ter)*, Milano 1999; GIAMPAOLINI L., SANDULLI M.A.

² Per maggiori riferimenti, ci permettiamo di rinviare a G. FISCHIONE, *Commento all'art. 12 L. 109/94*, in A. CARULLO – A. CLARIZIA, *La legge quadro, op. cit.*

Per l'esame di alcune specifiche problematiche cfr.: VASSALLI, *Effetti del fallimento sul contratto di appalto di opere pubbliche assunto da imprese riunite*, in *Legisl. Econ.*, 1977-78, p. 294; SANINO, *Il mandato collettivo speciale fra imprese riunite nella disciplina degli appaltatori di opere pubbliche*, *ivi*, 1977-78, p. 453; CARPINO, *Obbligazioni congiunte e disciplina degli appalti di opere pubbliche ad imprese riunite*, *ivi*, 1977-78, p. 381; PALLOTTINO, *Associazioni temporanee fra imprese*, *Commento agli artt. 20, 23 della legge 8 agosto 1977 n. 584*, in *Vita notar.*, 1979, p. 6; MAZZONE, *Possibilità di formare una riunione temporanea di imprese dopo l'aggiudicazione dei lavori e, possibilità di utilizzare in combinazione le figure della riunione e del consorzio di imprese con attività esterna*, in *AGOP (Archivio Giuridico Opere Pubbliche)*, 1980, I, p. 35 ss.; R. VIRGILIO, *Consorzi e associazioni temporanee di imprese per l'esecuzione di opere pubbliche: profili fiscali*, in *AGOP*, 1984, p. 1307.

Per quanto concerne le forme di collaborazione nell'ambito dei « settori esclusi » (energia, trasporti, acqua), cfr.: MUSENGA e FISCHIONE, *La direttiva comunitaria n. 531/1990 sugli appalti nei settori esclusi*, Brescia, Publitecnica, 1993, p. 167 ss.

all'attività di organismi di attestazione (SOA) che verificano i requisiti predeterminati a livello normativo (DPR 34/00), mentre nel caso delle forniture / servizi si basa sulla verifica da parte delle Stazioni Appaltanti dei requisiti da esse stesse stabiliti in sede di gara.

Inoltre, il nuovo regime definito dall'art 37 cit. viene esteso ai settori speciali in virtù del richiamo contenuto nell'art. 206 del Codice.

L'assetto fondamentale delle A.T.I. è centrato sulla determinazione di una struttura molto semplificata, priva di soggettività giuridica, costituita mediante mandato collettivo con rappresentanza conferita ad una delle imprese raggruppate, detta capogruppo-mandataria, la quale, avvalendosi dei poteri ad essa conferiti con specifica procura dalle altre imprese raggruppate (mandante) esprime offerte in nome e per conto proprio e in nome e per conto delle mandanti.

La disciplina della A.T.I. non prevede la costituzione di un organismo comune tra le imprese riunite avente rilievo esterno, né lo svolgimento in comune di una o più fasi dell'attività delle imprese raggruppate, imputandosi gli obblighi e le responsabilità direttamente alle imprese raggruppate considerate nella loro individualità.

Ai fini della qualificazione alla gara, il sistema si basa sulla «sommatoria» dei requisiti tecnici ed economici delle imprese raggruppate, secondo parametri specificati dalla legge e dai regolamenti attuativi.

La temporaneità dell'accordo e l'occasionalità della collaborazione, mirate esclusivamente su uno specifico affidamento, rappresentano le caratteristiche per così dire funzionali dell'A.T.I.

La carenza di soggettività della A.T.I. comporta la polarizzazione dei rapporti esterni sulla mandataria (capogruppo), la quale, per l'intera durata del contratto e del rapporto, ha la rappresentanza esclusiva, anche processuale, delle imprese mandanti nei confronti del committente.

Inoltre, la carenza di soggettività delle A.T.I. ne circoscrive le relazioni economiche, considerati, peraltro, i limitati effetti del mandato collettivo attraverso il quale si costituisce l'A.T.I., disciplinato dall'art. 37 cit. nell'ottica dei rapporti con la Stazione Appaltante e con i fornitori ed con i subappaltatori.

La distinzione tra A.T.I. orizzontali e A.T.I. verticali poggia, già secondo il sistema normativo introdotto dalla legge che per prima ha disciplinato l'istituto nell'ambito dei lavori pubblici (legge n. 584 del 1977), sul contenuto delle competenze dedotte da ciascuna impresa in vista della qualificazione ad una determinata gara. In linea generale, l'A.T.I. orizzontale è caratterizzata dal fatto che le imprese raggruppate sono tutte portatrici delle medesime competenze, mentre l'A.T.I. verticale si connota in quanto l'impresa mandataria apporta competenze differenziate rispetto alle mandanti.

A seguito delle notevoli variazioni introdotte progressivamente al sistema della qualificazione e della quasi piena alternatività operativa

riconosciuta ai due predetti moduli ai fini dell'accesso alle gare, l'importanza concettuale di tale distinzione si è sfumata, focalizzandosi l'attenzione sugli aspetti esecutivi³.

In concreto gli assetti organizzativi vengono ad essere definiti in ragione della maggiore o minore capacità aggregativa sul mercato alla luce dei contenuti dei bandi e, specialmente, delle categorie e classifiche richieste, considerato che il sistema di qualificazione, attraverso progressive polverizzazioni delle classifiche, ha portato a riconoscere sostanzialmente alle A.T.I. orizzontali ed a quelle verticali le stesse *chances* di accesso alla gara; resta, comunque, fermo l'obbligo di esercitare l'opzione a favore di un modulo anziché di un altro nella fase iniziale del rapporto⁴.

Occorre, infine, evidenziare che la legge n. 166 del 2002 ha legalizzato le A.T.I. miste, compagini che si caratterizzano in quanto presentano elementi sia delle A.T.I. orizzontali, sia delle A.T.I. verticali.

In effetti, fino alla recente legge n. 166 del 2002 si era dubitato, nel silenzio normativo, che nel caso di appalti comprendenti opere rientranti in più categorie, di cui una prevalente e le altre scorporabili e/o secondarie, fosse ammessa anche la partecipazione di associazioni temporanee di tipo misto, composte da una impresa mandataria capogruppo esecutrice dell'opera della categoria prevalente e da imprese mandanti, alcune associate in modo orizzontale per l'esecuzione della categoria prevalente insieme alla capogruppo ed altre associate per l'esecuzione delle opere scorporabili⁵.

Forte supporto argomentativo alla tesi restrittiva veniva desunto dal principio di legalità, ritenendosi che tale principio cardine dell'ordinamento pubblicistico implicasse che le figure soggettive potessero partecipare alle

³ Cfr.: MAZZONE e LORIA, *Manuale di diritto dei lavori pubblici*, JANDI SAPI, 2000, p. 7855.

⁴ Si veda TAR Lazio, Sez. II, 16 luglio 2000, n. 5885 che ha affermato che l'art. 13 comma 1 legge 11 febbraio 1994 n. 109 subordina la partecipazione alla gara delle imprese riunite al già accertato possesso dei requisiti di qualificazione, nella prescritta quota percentuale, sia in capo alla capogruppo che agli altri soggetti che partecipano alla riunione; pertanto le imprese in associazione sono tenute fin dalla produzione della domanda di ammissione alla gara ad indicare la forma di raggruppamento prescelto, poiché in relazione alla differente disciplina dettata dall'art. 22, commi 1 e 2 (raggruppamento orizzontale) e 6 (associazione di cooptazione).

⁵ Cfr.: Tar Lombardia, Milano, I, 7 settembre 1990 n. 536, in *AGOP*, 1991, p. 1020, che, già prima dell'entrata in vigore del D.P.R. n. 554/99, aveva affermato che pur potendo più imprese partecipare alla esecuzione di opere scorporabili, ciascuna deve avere l'iscrizione per l'intero valore delle scorporabili.

Preclusioni in ordine alla costituzione delle A.T.I. miste si sono fatte derivare dalla sentenza del Consiglio di Stato, V, 8 settembre 2001 n. 4683, che ha affermato che: "*Gli artt. 6, comma 1, lett. d) e 8 del D.P.C.M. 55/91, che consentono la frazionabilità dei requisiti tecnico-finanziari, nei limiti previsti, in caso di partecipazione alla gara di associazioni temporanee di imprese, lungi dal consentire una polverizzazione tra una platea indefinita di imprese individualmente non dotate di una pregressa esperienza nel settore, sembrano rispondere ad una logica di equilibrato bilanciamento tra le finalità sottese all'associazione temporanea, tra cui sicuramente il favor per una più ampia partecipazione alle procedure di evidenza pubblica, nell'interesse della concorrenza e dell'individuazione del miglior offerente e la necessità di evitare l'ammissione alla gara di soggetti inadeguati a garantire una corretta esecuzione dei lavori da affidare.*"

gare pubbliche soltanto se espressamente e inequivocamente riconosciute dal legislatore⁶.

Più recentemente tale tesi è stata ancorata anche alla disposizione contenuta nell'art. 95, comma 3, D.P.R. n. 554 del 1999, il quale stabilisce che ogni singola parte scorporata deve essere assunta *da una sola impresa mandante* fornita di qualificazione per specializzazione ed importo corrispondenti a quella specifica porzione di opera: la correlazione dell'opera scorporabile all'attività di una sola impresa portava ad escludere l'aggregazione di più mandanti per eseguire l'opera in questione, determinando, altresì, l'inammissibilità di una clausola del bando che avesse consentito che la singola parte scorporata fosse assunta cumulativamente da due o più mandanti.

Comunque, un contributo della giurisprudenza aveva fatto registrare maggiore flessibilità sulla materia⁷.

⁶ Cfr.: TAR Lazio, 22 maggio 1990 n. 1112, in *AGOP* 1990, 966; cfr. per argomentazioni indirette TAR Abruzzo, L'Aquila, 5 novembre 1997 n. 532, in *TAR*, 1998, p. 3230.

⁷ Cons. Stato, IV, 9 luglio 1998 n. 702, in *AGOP*, 1998, p. 612. In ordine alla ammissibilità delle A.T.I. miste si era pronunciata anche l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, determinazione 20 dicembre 2001 in *GURI*, 17 gennaio 2001.

L'Autorità in particolare ha rilevato che: « *Alla luce delle suddette norme va verificata se sia possibile ammettere alle gare una associazione temporanea di tipo misto, cioè una associazione di tipo verticale in cui la mandataria sia costituita da una sub associazione orizzontale e le mandanti siano anch'esse sub associazioni orizzontali per ognuna delle categorie scorporabili ed in caso affermativo quali siano le qualificazioni che devono possedere le imprese associate.*

Alla ammissibilità di tale istituto non sembra ostino le norme (art. 13, comma 8, della legge n. 109 del 1994 e successive modificazioni e art. 95, comma 3, del decreto del Presidente della Repubblica n. 554 del 1999) che disciplinano l'associazione temporanea di tipo verticale. Infatti, la norma legislativa si limita a definire la nozione di tale associazione come quella nel cui ambito uno degli associati realizza i lavori della categoria prevalente e gli altri associati i lavori delle categorie scorporabili e la norma regolamentare stabilisce soltanto che la mandataria deve essere qualificata nella categoria prevalente e per il relativo importo e che le mandanti devono essere qualificate nelle categorie scorporabili e per i relativi importi che intendono assumere.

Non viene, quindi, escluso né che la mandataria assuntrice delle lavorazioni della categoria prevalente possa essere una associazione temporanea di tipo orizzontale né che le mandanti assuntrici delle lavorazioni delle categorie scorporabili possano essere anche più di una per ognuna di queste categorie.

L'utilizzazione di tale istituto appare d'altra parte rispondere all'esigenza di aprire il mercato degli appalti pubblici al più alto numero di imprese possibili cioè all'obiettivo di favorire la più ampia concorrenza.

L'ammettere che la mandataria e/o le mandanti possano essere una associazione temporanea di tipo orizzontale raggiunge, inoltre, il risultato di assicurare maggiori garanzie (responsabilità solidale ed illimitata tra le imprese associate orizzontalmente) alla stazione appaltante rispetto a soggetti costituiti da una sola impresa.

Non è invece possibile una associazione che veda le lavorazioni della categoria prevalente assunte da una associazione di tipo verticale in quanto se le suddette lavorazioni fossero suddivisibili sul piano qualitativo, tanto da essere assunte da imprese dotate di specifiche qualificazioni, le diverse lavorazioni sarebbero state indicate nel bando di gara come appartenenti a categorie scorporabili.

In tal senso si è espressa anche la giurisprudenza (TAR Sicilia, Palermo, 14 luglio 1997 n. 1211; Cons. Stato, IV, 9 luglio 1998 n. 702; Cons. Giust. Amm. Sic., 16 settembre 1998, 477; Cons. Giust. Amm. Sic., 13 ottobre 1998 n. 618; TAR Valle d'Aosta 16 settembre 1999 n. 123) sia in vigenza delle vecchie norme e sia in vigenza delle nuove (omissis)».

L'ammissione delle A.T.I. miste è stata, infine, chiaramente enunciata – ripetesì – dal comma 3 dell'art. 12 legge 109/94, come integrato dalla legge n. 166 del 2002 (riprodotto sostanzialmente nel D.Lgs. 163/06), che riconosce la facoltà delle imprese di aggregarsi orizzontalmente sia per eseguire i lavori nella categoria prevalente sia in quelle scorporate.

La sostanziale conferma del precedente regime in materia di ATI (salvo la rilegificazione ed omogeneizzazione alle quali già si è fatto cenno) si correla anche alla scelta di recepire l'istituto dell'avvalimento con alcune limitazioni rispetto alle opportunità derivanti dalle Direttive CE nn. 17 e 18 del 2004: si è ritenuto di circoscrivere in qualche modo la portata applicativa dell'avvalimento sul presupposto che le predette limitazioni trovano adeguato bilanciamento nelle *chances* operative derivanti dal modulo delle ATI previsto dall'ordinamento nazionale, modulo che, consentendo di cumulare anche frazioni di uno stesso requisito, finisce con l'ammettere forme di affidamento sugli altrui requisiti per alcuni versi più permissive di quelle che deriverebbero da una pedissequa ricezione del regime comunitario sull'avvalimento.

In effetti, il sistema comunitario riconosce che un concorrente può fare affidamento (può, in sostanza, avvalersi) per intero su uno o più requisiti di ordine speciale (tecnico-organizzativi ed economico-finanziari) posseduti da altra impresa (c.d. impresa ausiliaria) al fine di soddisfare le richieste dei requisiti di qualificazione previsti dal bando di gara, ma non impone di frazionare il requisito unitario al fine di consentire al concorrente di qualificarsi sommando più quote di quel requisito, opzione questa consentita dal modulo delle ATI previsto dall'ordinamento interno.

In altri termini, a fronte dell'istituto dell'avvalimento, capace di sovvertire principi e norme "tradizionali" in materia di qualificazione, il legislatore interno aveva tre possibilità di intervento così riassumibili:

a) introdurre una norma di recepimento pedissequa del regime comunitario dell'avvalimento, consentendo quindi al concorrente (sia singolo che associato) privo di un requisito o in possesso di una quota di un requisito di soddisfare la richiesta del requisito facendo affidamento su una impresa in possesso del requisito unitariamente considerato; nel contempo, confermare il regime attuale delle ATI che consente, come accennato, di sommare anche frazioni dello stesso requisito;

L'Autorità sottolinea, comunque, che l'ammissione della A.T.I. miste può derivare solo da espressa clausola del bando: « *Le stazioni appaltanti nello stabilire tale possibilità devono comunque adottare una particolare cautela. La facoltà deve essere valutata con riferimento, in particolare, al tipo ed all'importo delle lavorazioni delle categorie scorporabili. Deve essere anche valutato se non sia necessario prevedere nei documenti progettuali che l'esecuzione di tali categorie debba avvenire costituendo per ognuna di esse, ai sensi dell'art. 96 del decreto del Presidente della Repubblica n. 554/1999 una apposita società*».

b) introdurre una norma che recepisce pedissequamente a favore dell'impresa singola o associata l'istituto dell'avvalimento, come definito dal legislatore comunitario, abrogando il regime dell'ATI previsto sino ad ora dalla normativa interna;

c) introdurre una norma di recepimento dell'istituto dell'avvalimento comunitario con condizioni e limitazioni rispetto alla normativa comunitaria e confermare l'attuale regime delle ATI, il tutto sul presupposto, da un lato, che l'avvalimento necessita di una qualche regolamentazione per non sovvertire l'ordine pubblico economico; dall'altro, che l'attuale regime dell'ATI costituisce pur sempre una forma molto elastica e *permissiva* di affidamento sulle risorse di altra impresa, che consentendo addirittura di cumulare frazioni dello stesso requisito - in luogo del *solo* avvalimento di impresa in possesso del requisito unitario pari a quello indicato nel bando - favorisce la crescita imprenditoriale e la competizione.

Orbene il legislatore interno, confermando sostanzialmente l'attuale assetto sull'ATI e recependo l'istituto comunitario dell'avvalimento con alcuni paletti, ha optato per la terza delle prospettate soluzioni (peraltro resa più elastica dalla previsione di casi di avvalimento su frazione di requisito), scelta senz'altro più equilibrata, soprattutto in termini di soluzione transitoria, in attesa di verifiche concrete sugli orientamenti del mercato e sulle strategie industriali delle imprese e, comunque, in attesa di riscontro sulle scelte attuative degli altri Stati membri della C.E., tenuto conto che le norme comunitarie sull'avvalimento se non *governate* potrebbero produrre - lo si ripete - effetti dirompenti sul mercato, non chiaramente percepiti dal legislatore comunitario, che pare avere emanato in materia disposizioni senza una preventiva simulazione dei loro effetti.

2. Passando all'esame specifico dell'assetto dell'art. 37 si osserva quanto segue in materia di lavori.

Innanzitutto, il Codice ha confermato (con l'art. 37 comma 1) l'attuale concetto di ATI verticale, mutuandolo dall'art. 13, comma 8, L. 109/94: per associazione di tipo verticale si intende una riunione di concorrenti nell'ambito della quale uno di essi realizza i lavori della categoria prevalente (è, comunque, rimosso l'inciso delle "categorie prevalenti" di cui al comma 8 art. 13 cit., correlandosi a fattispecie non più ipotizzabile, atteso il divieto di indicare come prevalente più di una categoria); per lavori scorporabili si intendono lavori non appartenenti alla categoria prevalente e così definiti dal bando di gara, assumibili da uno dei mandanti.

Va osservato che, la legge quadro sui lavori pubblici non aveva, inesplicitamente, fornito il concetto di ATI orizzontale: ora, tale definizione è contenuta nel comma 1 dell'art. 37 Codice, secondo il quale

per raggruppamento di tipo orizzontale si intendono le riunioni di concorrenti finalizzate a realizzare i lavori della stessa categoria.

Il Codice conferma, inoltre, la regola prevista dall'art. 13, comma 1, L. 109/94 secondo la quale la partecipazione dei RTI è ammessa se gli imprenditori partecipanti al raggruppamento o al consorzio ordinario abbiano i requisiti indicati nel regolamento.

Tuttavia, rispetto al comma 1 dell'art. 13 si segnala che opportunamente il Codice non ha riprodotto l'inciso "già in possesso dei requisiti", trattandosi di locuzione foriera di equivoci e che prestava il fianco ad interpretazione strumentali, soprattutto da parte di quell'orientamento – invero, minoritario – che pretendeva ricondurre l'ATI a solo strumento di aggregazione tra imprese comunque tendenzialmente in grado di qualificarsi anche se avessero partecipato alla gara *uti singuli*.

A seguito della più snella formula utilizzata dal Codice risulta chiaramente che il RTI è strumento di cooperazione tra imprese di qualsiasi dimensione, strumento che consentendo il cumulo di frazioni dello stesso requisito, facilita l'accesso alla gara anche a imprese che viceversa non potrebbero parteciparvi individualmente per carenza di requisiti.

Va, inoltre, segnalato che rispetto al comma 1 dell'art. 13 L. 109/94, non viene più richiamato il DPCM 10 gennaio 1991 n. 55, invero da ritenersi già superato dall'assetto introdotto dal DPR 34/00 (comunque il DPR 55/91 è ricompreso nell'elenco delle norme "abrogate o che restano abrogate" dal Codice, di cui all'art. 256 del Codice stesso).

Il comma 5 dell'art. 37 conferma il regime delle responsabilità delle imprese raggruppate già previsto dall'art. 13, comma 2, legge 109/94.

La responsabilità è solidale (tra tutte le imprese raggruppate) nel caso di ATI orizzontale sia verso la Stazione Appaltante, sia verso i subappaltatori o fornitori; è solidale della capogruppo verso i predetti soggetti nel caso di ATI verticale, mentre gli assuntori di prestazioni scorporabili / secondarie (sempre nel caso di ATI verticale) rispondono limitatamente alla esecuzione delle prestazioni di loro competenza.

Molto opportunamente il Codice estende il predetto regime delle responsabilità alle ATI nel settore dei servizi e forniture, tenuto conto che la precedente normativa, con previsione alquanto generica, sanciva solo la responsabilità solidale, così lasciando intendere che anche nel caso di ATI verticale le mandanti fossero responsabili in solido con la mandataria.

Si sottolinea, inoltre, che il Codice sana la inspiegabile carenza di disciplina nei rapporti fornitori / subappaltatori e ATI esecutrici di servizi e forniture pubbliche, estendendo, a beneficio dei primi, il regime delle responsabilità già previsto dalla legge 109/94.

In tema di qualificazione, di ATI miste e di divieto di subappalto per i c.d. lavori "super specialistici" (di importo superiore al 15% dell'importo totale dei lavori), il comma 6 e il comma 11 dell'art. 37 Codice confermano il regime previsto dall'art. 13, comma terzo e comma 7, L. 109/94.

In materia di divieti (partecipazione alla gara individualmente e in ATI o consorzio ordinario, divieto di partecipazione alla gara in due o più ATI; obbligo e limiti all'operatività del consorziato assegnatario nel caso di consorzi stabili), l'art. 37, comma 7, del Codice riproduce, in gran parte, l'art. 13, comma 4, L. 109/94. Tuttavia, il Codice, a seguito delle modifiche ad esso apportate dal D.Lgs 113/07, ha introdotto tre rilevanti novità nel precedente assetto normativo e segnatamente: **a)** ha previsto che nel caso di inosservanza dei divieti del comma 7 dell'art. 37 Codice si applica l'art. 353 c.p.; **b)** ha espunto il richiamo alla lettera c) dell'art. 34, già contenuto nelle precedenti versioni dell'art. 37, articolo quest'ultimo che, tra l'altro, prevedeva l'obbligo del consorzio stabile di indicare in sede di offerta per quale consorzio il consorzio concorresse; **c)** ha espunto la disposizione secondo la quale ai (soli) consorziati assegnatari era fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara.

Orbene, tali modifiche nel mentre appaiono meritevoli in quanto comportano di fatto il superamento delle criticità di coordinamento tra le disposizioni dell'art. 36 Codice che stabiliva (e tuttora stabilisce) che a qualsiasi consorzio del consorzio stabile non era (e non è) ammesso partecipare alla gara alla quale partecipa il consorzio stabile e quella contenute nella precedente versione dell'art. 37 (espunta dal D.Lgs 113/07) per effetto della quale al solo consorzio indicato come assegnatario era precluso partecipare alla gara avesse concorso il consorzio stabile, appaiono, invece, irragionevoli nella parte in cui accentuano una (ingiustificata) differenziazione tra consorzi stabili e consorzi di cooperative per ciò che attiene all'operatività della consorziata. Infatti, stando alla lettera dell'art. 37, i consorziati dei consorzi di cooperative ex art. 34, lett. b (nonostante la struttura di questi ultimi sia analoga a quella dei consorzi stabili, ai fini che qui rilevano) non possono partecipare alla gara alla quale concorre il consorzio solo se indicati come assegnatari, mentre hanno accesso alla gara se "non assegnatari", perché tale evenienza non è assoggettata ad alcuno specifico divieto (deve intendersi salva, comunque, l'applicazione dell'art. 34, comma 2, Codice).

Anche la prescrizione sulla ammissione alla gara dei raggruppamenti costituenti, già prevista dal comma 5 dell'art. 13 L. 109/94, è confermata dall'art. 37, comma 8, Codice.

Con il comma 9 dell'art. 37 cit. il Codice sancisce il divieto di associazione in partecipazione e di modifica della composizione del RTI o del consorzio rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta.

Con il successivo comma 10 stabilisce, per il caso di inottemperanza ai divieti previsti dal predetto comma 9, la sanzione dell'annullamento dell'aggiudicazione e/o della nullità del contratto e l'esclusione delle imprese riunite dalle successive gare relative allo stesso appalto.

Anche tali ultimi commi riproducono norme della legge 109/94 e segnatamente quelle contenute nei commi 5 bis e 6 dell'art. 13 legge 109 cit., ma rimuovono un macroscopico errore di raccordo contenuto nella legge quadro sui lavori in quanto le sanzioni previste dal comma 6 invece di essere correttamente correlate al comma 5 bis del medesimo art. 13, erano erroneamente rapportate al comma 5 del ridetto art. 13^{7bis}.

^{7bis} La giurisprudenza, ancor prima dell'entrata in vigore della legge n. 55 del 1990 (che con l'art. 19 ha statuito per la prima volta l'inammissibilità della A.T.I. costituita in concomitanza o successivamente all'aggiudicazione) aveva già sancito il divieto *de quo*, desumendolo dai principi – immanenti dell'ordinamento – di *par condicio*, di trasparenza, di immodificabilità del soggetto durante il procedimento di gara, nonché dall'obbligo di non turbare la libertà degli incanti (Corte dei Conti, Sez. contr. Stato, 18 febbraio 1988 n. 1899, in *AGOP*, 1988, p. 430, confermato da Corte conti, 15 gennaio 1990 n. 183). Peraltro, il divieto è stato anche strettamente correlato soltanto alla disposizione della legge n. 55 del 1990, per cui è stato ritenuto non applicabile nelle procedure di aggiudicazione anteriori all'entrata in vigore della legge n. 55 cit. (Cons. Stato, Sez. VI, 20 maggio 1997 n. 740, che ha riformato la sentenza del TAR Campania, Sez. IV, 26 agosto 1994 n. 395, in *AGOP*, 1996, p. 681. Con la medesima sentenza il Consiglio di Stato ha inoltre precisato che il divieto non opera nel caso di costituzione successiva tra imprese aggiudicatrici *exequo*, perché in tal caso non si altera il risultato e dunque non sono configurabili accordi collusivi). Il divieto è stato ritenuto applicabile in ipotesi di trattativa (T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 11 luglio 1992 n. 509, in *AGOP*, 1994, p. 819) e nel caso in cui l'aggiudicazione riguardava una impresa cooptata (Cons. Stato, Sez. VI, 30 aprile 1994 n. 638, in *AGOP*, 1994, p. 772).

La irreversibilità delle fasi nelle quali si articola la procedura di affidamento preclude – secondo la giurisprudenza – la modifica della A.T.I. durante il procedimento di gara. In altri termini l'invariabilità del profilo soggettivo della A.T.I. è espressione del generale principio di immutabilità del « concorrente » dal momento in cui questo si inserisce nel procedimento di gara per effetto della domanda di partecipazione. Le norme sulla variabilità (es. sostituzione in caso di fallimento, subentro nella società consortile, impresa invitata singolarmente che presenta offerta per una A.T.I.) sono eccezionali e in quanto tali non sono suscettibili di applicazione analogica (Cons. Stato, Sez. IV, 28 maggio 1988 n. 478, in *AGOP*, 1988, p. 856, che ha ritenuto illegittimo che un'impresa mandataria di un A.T.I. presentasse offerta in proprio. Cfr, altresì, T.A.R. Toscana n. 662 del 1998 cit.). In tale contesto interpretativo si ritiene illegittima la riduzione di un R.T.I. in sede di prequalifica per appalto concorso (Cons. Stato, Sez. IV, 28 maggio 1988 n. 478, in *Cons. Stato*, 1998, II, p. 577, e T.A.R. Piemonte, Sez. II, 2 febbraio 1987 n. 20, in *TAR*, 1987, I, p. 1314); è altresì illegittimo l'ampliamento del R.T.I. (T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. II, 9 giugno 1987 n. 451, in *TAR*, 1987, I, p. 3561; cfr, altresì, T.A.R. Campania, Salerno, 16 marzo 1991 n. 128, in *AGOP*, 1992, p. 700, con riferimento alla variazione in sede di formulazione dell'offerta). In forza del principio di identità soggettiva dei partecipanti si è, altresì, precisato che è inammissibile l'aggiudicazione di un appalto concorso ad un raggruppamento di imprese le quali originariamente si erano presentate singolarmente (T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 12 dicembre 1997 n. 740, in *TAR*, 1998, I, p. 750; è opportuno rilevare che il caso è diverso da quello ammesso espressamente dal Legislatore dell'impresa invitata che presenta subito riserva di formulare offerta in veste di capogruppo).

A maggior ragione devono ritenersi escluse variazioni che comportino un accrescimento dei punteggi attesa la palese violazione della *par condicio* che tali situazioni determinano (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 23 marzo 1998 n. 344).

Né potrebbe il Committente, di sua iniziativa, espungere dalla A.T.I. l'impresa non in possesso di un requisito, anche se le imprese « superstiti » abbiano i requisiti richiesti dal bando, in quanto a ciò osterebbe sia il principio di immodificabilità del soggetto, sia la inammissibilità di interferenze della Stazione Appaltante sugli assetti voluti dalle imprese raggruppate (cfr. T.A.R., Sicilia, Palermo, 13 marzo 1998 n. 367, in *TAR*, 1998, I, p. 2187). In tale direzione si è ritenuto che se alcune imprese non risultino in possesso dei requisiti (nella specie quello di iscrizione all'A.N.C.) non è possibile che la Stazione Appaltante proceda soltanto all'esclusione delle stesse dall'A.T.I., sanando la situazione delle restanti imprese, perché la facoltà di presentare l'offerta in forma associata, una volta manifestata, determina un vincolo negoziale per i soggetti che intendono presentarsi alla gara secondo quelle modalità e la Stazione Appaltante, dal canto suo, non può che accettare tale volontà,

Risulta, quindi, che il Legislatore non ha confermato il divieto di costituzione del R.T.I. concomitante o successivo all'aggiudicazione e ciò verosimilmente perché ora consente espressamente la partecipazione alla gara di imprese che presentano l'offerta a firma congiunta con riserva di costituire l'A.T.I. dopo l'aggiudicazione.

Si evidenzia – peraltro – che la novella nel sancire i divieti e le sanzioni si riferisce agli appalti *tout court* e non già ai lavori in quanto la nuova disposizione, è destinata ad operare (come già accennato) anche per gli appalti di servizi e forniture.

Il comma 12 dell'art. 37 Codice riconosce la facoltà dell'impresa invitata individualmente di presentare offerta e di trattare per se o quale

senza indagare sui motivi dell'accordo; d'altro canto, se si procedesse allo "stralcio", si andrebbe contro la stessa volontà iniziale degli offerenti, che è irrevocabile e, quindi, non sostituibile o modificabile dal Committente (Cons. Stato, Sez. V, 24 novembre 1992 n. 1387, in *AGOP*, 1992, p. 1541; cfr. altresì T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 28 aprile 1993 n. 139, in *AGOP*, 1995, 924, che non ritiene legittima la partecipazione di un'A.T.I. in cui viene meno l'apporto di una mandante per aver conferito l'azienda; sulla intrasferibilità del contratto di A.T.I. a seguito di cessione di azienda Trib. Genova, 24 maggio 1989, in *Le Società*, 1989, p. 1268; la sentenza è stata riformata da Appello Genova, 11 febbraio 1991, in *Società*, 1991, p. 1488).

Appare pertanto recessivo quell'orientamento che con riferimento a peculiari fattispecie ha ammesso la modifica dell'A.T.I.; in questo contesto si è affermato che: *a*) è illegittima l'esclusione di una A.T.I. che modifica l'assetto interno mediante integrazione del mandato, trasformandosi in riunione tra singole imprese e cooptate (Cons. Stato, Sez. VI, 30 aprile 1994 n. 638, in *AGOP*, 1994, p. 772); *b*) è legittima la partecipazione della A.T.I. « superstite » dopo il recesso della mandante, purché non si modifichi la posizione della mandataria e sia provato il possesso dei requisiti (T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. II, 31 maggio 1996 n. 320, in *TAR*, 1996, p. 2408; cfr. altresì, T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 7 agosto 1985 n. 212, in *TAR*, 1985, I, p. 3356); *c*) il limite temporale alla modificazione anche dopo la legge n. 55 del 1990 è dato dalla presentazione dell'offerta (T.A.R. Lombardia, Sez. II, 24 aprile 1996 n. 496, in *TAR*, 1996, I, 2456; ma ora si veda l'art. 13 comma 5 della legge n. 109 del 1994, refluato nell'art. 37 Codice); *d*) è legittimo l'operato del Sindaco che, in sede di diramazione degli inviti a partecipare ad una gara di appalto concorso alle ditte indicate dal Consiglio Comunale, riformula l'invito stesso, anziché ad una singola ditta, al raggruppamento di imprese in cui la stessa faccia parte, ove questa abbia segnalato la sua impossibilità di partecipare alla gara per insufficiente iscrizione all'Albo nazionale dei costruttori e abbia fatto presente di avvalersi della forma del raggruppamento per i lavori che superano un determinato importo (T.A.R. Toscana, 10 febbraio 1984 n. 66, in *TAR*, 1984, I, p. 1328); *e*) è illegittima l'esclusione dalla procedura concorsuale per l'aggiudicazione di un contratto motivata sotto il profilo che la ditta interessata aveva presentato l'offerta individualmente, anziché come capogruppo, poiché non risponde ad alcun criterio logico il principio della necessaria coincidenza tra la figura organizzativa invitata e quella che, in concreto, ha facoltà di produrre l'offerta (T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 27 gennaio 1987 n. 49, in *TAR*, 1987, I, p. 1566); *i*) il divieto di modifica del R.T.I. è previsto solo per la fase successiva all'aggiudicazione e dunque non è applicabile nel caso di fusione per incorporazione nel corso della gara (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, III Sez., 18 febbraio 1998 n. 370, in *TAR*, 1998, I, p. 23).

In vigenza del comma 5 *bis* dell'art. 13 legge n. 109 del 1994 si è, comunque, ritenuta possibile la sostituzione di un'impresa sino alla presentazione delle offerte (Cons. Stato, V, 23 aprile 2001 n. 2335, in *Urbanistica e Appalti*, 2002, p. 94 ss.); si è, quindi, scardinato per tale caso (e per espressa volontà del legislatore) il principio di immodificabilità dell'A.T.I. durante la fase di qualificazione. L'orientamento giurisprudenziale sulla immodificabilità durante il procedimento di gara sembrerebbe scalfito anche da Cons. Stato, V, 24 aprile 2002 n. 2208 che però ammette il rilievo successorio a seguito di fusione di azienda soltanto se tale vicenda si verifichi dopo l'aggiudicazione.

Con una recentissima sentenza (Cons. Stato, IV, 23 luglio 2007 n. 4101, inedita) si è affermato, infine, che il principio di immodificabilità soggettiva non è violato nell'ipotesi di recesso di un'impresa riunita, purché le imprese superstiti abbiano i requisiti per l'esecuzione dell'appalto.

mandataria di imprese riunite; il D.Lgs 113/07 ha esteso tale facoltà anche al “dialogo competitivo”. La predetta disposizione dell’art. 12 non trova corrispondenza nell’art. 13 L. 109/94, bensì nell’art. 93, comma 2, DPR 554/99 che a sua volta riproduceva una disposizione già contenuta nel D.Lgs. 406/91 (nel DPR 554/99 non era, comunque, contemplato il dialogo competitivo, istituto ignorato da quella normativa e dalla L. 109/94).

Si tratta, quindi, di un intervento di rilegificazione, senz’altro opportuno, tenuto conto che la dottrina più attenta aveva sollevato fondati dubbi circa la legittimità della norma regolamentare per difetto di delega.

Pertanto, le facoltà dell’art. 12 sono ora estese anche alle forniture e servizi, non ravvisandosi in effetti alcun valido motivo per giustificare una differenziazione di regime tra operatori economici nel settore dei lavori e operatori economici nel settore dei servizi / forniture.

Il comma 13 dell’art. 37 stabilisce l’importante principio secondo il quale le imprese riunite devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento.

Anche in tal caso si rilegifica sul precetto già contenuto nell’art. 93, ultimo comma, DPR 554/99 (la disposizione, tuttavia, non si applica ai servizi / forniture per i motivi che saranno esposti nel paragrafo 9).

I commi 14-17 dell’art. 37 si occupano del regime del mandato e della procura, sancendo regole largamente consolidate nel settore degli appalti.

In particolare, si stabilisce che:

- a) le imprese dovranno conferire con un unico atto mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una di esse, detta mandataria;
- b) il mandato deve risultare da scrittura privata autenticata;
- c) la procura va conferita al legale rappresentante della mandataria;
- d) il mandato è gratuito e irrevocabile e la sua revoca per giusta causa non ha effetto nei confronti della Stazione Appaltante;
- e) alla mandataria spetta la rappresentanza esclusiva, anche processuale, delle 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; resta fermo che la S.A. può far valere direttamente la responsabilità facente capo alle imprese mandanti;
- f) il rapporto di mandato non determina di per sé organizzazione o associazione tra le imprese riunite, ognuna delle quali conserva la propria piena autonomia.

Anche tale gruppo di norme sul mandato e sulla procura non trovano corrispondenza nella legge 109/94 (ad eccezione di quelle sub a), contenuta nell’art. 10, comma 1, lett. d) L. 109 che però non fa riferimento all’ *unico atto*), ma nel DPR 554/99: sicché si tratta di un ulteriore intervento di rilegificazione, finalizzato anche ad omogeneizzare la fonte normativa primaria per servizi, forniture e lavori.

Infine, i commi 18 e 19 dell'art. 37 Codice disciplinano gli effetti del fallimento della mandataria e della mandante, confermando i precetti dell'art. 94 DPR 554/99: ancora una volta si tratta per tale profilo di intervento di rilegificazione, e se si tiene conto delle analoghe disposizioni previste dall'art. 11 D.Lgs. 157/95 (sui servizi) e dall'art. 10 D.Lgs. 358/92 (sulle forniture), di omogeneizzazione di disciplina tra servizi, forniture e lavori sia sotto il profilo della fonte normativa, sia sotto quello dei contenuti delle norme che governano la materia.

Già in altra sede^{7ter} si era avuto modo di evidenziare che le espressioni utilizzate dal legislatore in ordine alla sostituzione dell'impresa fallita, interdetta, inabilitata facevano deporre per una progressiva, se non proprio totale, erosione della discrezionalità della Stazione Appaltante a fronte della richiesta delle imprese superstiti di sostituire l'impresa fallita o interdetta o inabilitata, qualora l'impresa subentrante avesse dimostrato di avere i requisiti di idoneità e ciò anche nel caso in cui il fallimento, l'interdizione, l'inabilitazione avesse riguardato la mandataria.

Ora, poichè il Codice prevede esplicitamente che il recesso è consentito alla Stazione Appaltante ove non sussistano le condizioni previste dalla norma per la sostituzione della mandataria, si può senz'altro affermare che il legislatore sancisce definitivamente che la S.A. non può opporsi al subentro in veste di mandataria di impresa fornita di idoneità adeguata rispetto alle prestazioni da eseguire.

Resta fermo che per quanto concerne la sostituzione della mandante, la nuova e la vecchia disciplina escludono qualsiasi potere discrezionale della S.A., salvo le verifiche sui requisiti di idoneità della "subentrante".

Si segnala, infine, che il Codice, coordinandosi opportunamente con la legislazione antimafia, ha esteso la facoltà di sostituire l'impresa riunita anche nei casi previsti dalla predetta legislazione.

3. Per quanto concerne le forniture ed i servizi, l'art. 37 Codice va interpretato e applicato tenendo conto del criterio desumibile dal primo comma dell'art. 34 Codice per effetto del quale le disposizioni in materia di soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici (artt. 34 – 37) si applicano a tutti ed a ciascuno dei tre settori tradizionali (lavori, forniture e servizi), salvo i limiti espressamente indicati.

In altri termini, se una disposizione in materia di ATI non opera alcun riferimento specifico ai lavori, essa deve trovare applicazione ai servizi e forniture (oltrechè ai lavori), salvo casi conclamati di incompatibilità.

Sulla scorta di tale presupposto si passano in rassegna le norme applicabili alle ATI in materia di servizi / forniture.

^{7ter} G. FISCHIONE, *Commento all'art. 12 L. 109/94*, in A. CARULLO – A. CLARIZIA, *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, Padova 2004, 600 ss.

Innanzitutto, si segnala la innovativa disposizione che impone l'obbligo di indicare in sede di gara la prestazione prevalente e quella secondaria, nonché quella concernente la definizione di ATI orizzontale e verticale nei servizi / forniture: la specificità di tali disposizioni dipende dal fatto che alle forniture e servizi non poteva essere estesa la normativa sui lavori che ruota sul regime peculiare della qualificazione mediante attestazione da parte di organismi indipendenti (quali le SOA) e sulla categoria prevalenti e scorporabili.

D'altro canto, l'esigenza anche nei servizi / forniture di distinguere la prestazione principale da quelle secondarie era ed è senz'altro avvertita, tenuto conto che il regime dei limiti sul subappalto nella prestazione prevalente (stabiliti dall'art. 18 legge 55/90) era ed è applicabile anche ai servizi e forniture.

Né si può tralasciare l'utilità della nozione di ATI orizzontale e verticale al fine della più sopra richiamata diversificazione del regime delle responsabilità delle mandanti.

Comunque, è pacifico che ai servizi e forniture si applica il comma 2 dell'art. 37 (come, del resto, emerge dall'inciso "Nel caso di forniture e servizi ...") e non anche il comma uno (in effetti nell'inciso di tale ultimo comma si afferma "Nel caso di lavori ...").

Il comma 3 dell'art. 37 Codice, per effetto del quale i raggruppamenti di imprese ed i consorzi ordinari sono ammessi alle gare se gli imprenditori partecipanti al raggruppamento o al consorzio abbiano i requisiti indicati nel regolamento si applica, per espressa previsione, ai soli lavori. La mancata estensione al settore delle forniture/servizi si correla alla carenza in quest'ultimo caso di qualsiasi predeterminazione normativa (legislativa o regolamentare che sia) sui parametri dei requisiti di ordine tecnico – organizzativo ed economico – finanziario dei fornitori o prestatori di servizi, essendo la relativa quantificazione rimessa alle Stazioni Appaltanti in sede di gara.

Il comma quarto dell'art. 37 (secondo il quale nel caso di forniture e servizi devono essere specificate in sede di offerta le parti del servizio o delle forniture che saranno eseguite dalle imprese riunite o consorziate) si applica senz'altro ai (soli) servizi / forniture.

La norma, del resto, riproduce analoga disposizione già contenuta nell'art. 10, comma 2, D.Lgs. 358/92 sulle forniture e nell'art. 11, comma secondo D.Lgs. 157/95 sui servizi.

La disposizione non trova applicazione nel caso di lavori ai quali si applica, invece, la norma contenuta nel comma 13 dell'art. 37 Codice, secondo la quale i concorrenti riuniti in RTI devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al RTI, norma questa che riproduce – come già evidenziato – la disposizione dell'art. 13, ultimo comma, DPR 554/99 che pacificamente trovava (e tuttora trova) applicazione per i soli lavori (sulla questione, *infra*, paragrafo 9).

Riprendendo la disamina delle disposizioni dell'art 37 applicabili alle forniture/servizi, si evidenzia che il comma 5 dell'art. 37 cit. in materia di responsabilità si applica senz'altro alle forniture e servizi, in effetti espressamente menzionati nella norma.

Il comma 6 dell'art. 37 cit. sui requisiti della mandataria e della mandante e il comma 11 sui c.d. lavori super specialistici si applicano, invece, ai soli appalti di lavori.

In tal senso depone sia il tenore letterale delle disposizioni in questione (le quali in più punti richiamano i lavori), sia il fatto che si tratta di un sistema di qualificazione correlato al concetto di prestazioni scorporabili e, comunque, al regime del DPR 34/00 e DPR 554/99, che si riferiscono pacificamente ai soli lavori.

I commi 7, 9 e 10 (sui divieti più sopra richiamati e sulle relative sanzioni), nonché il comma 8 (sui RTI costituendi) si applicano senz'altro anche nel caso di RTI operanti nei settori delle forniture e servizi, da un lato perché le relative norme non contengono limitazioni di sorta (non vengono mai citati i lavori, né le forniture, né i servizi); dall'altro, perché le prescrizioni appaiono senz'altro compatibili con il regime degli appalti di forniture / servizi: quelle sui divieti in quanto rispondono alle finalità di portata generale dirette ad assicurare trasparenza, lealtà e *par condicio* nelle gare, nonché serietà e riservatezza delle offerte; quelle sui costituendi RTI perché comunque già prevista (seppure con formule diverse) dai decreti legislativi 358/92 e 157/95.

Sulla inapplicabilità dei commi 11 (c.d. lavori super specialistici) e 13 (obbligo di corrispondenza tra quote di esecuzione e quote di partecipazione al RTI) dell'art 37 Codice alle forniture e servizi già si è argomentato.

Il comma 12 che consente all'impresa invitata singolarmente di presentare offerta quale mandataria di un RTI è senz'altro applicabile anche alle forniture e servizi, in carenza di limitazioni espresse, tenuto conto che l'estensione appare compatibile con l'assetto generale previsto dall'art. 34, comma 1 Codice e con le prescrizione dell'art. 37 che si riferiscono specificamente alle forniture / servizi.

Infine, i commi 14 – 17 (sul regime del mandato e della procura, sulla rappresentanza, ecc.) nonché i commi 18 e 19 (sul fallimento, interdizione, inabilitazione dell'impresa mandataria e/o della mandante) si applicano anche al settore delle forniture e servizi, sia perché i richiamati commi non contengono alcuna limitazione oggettiva che ne possa giustificare l'applicazione al solo settore dei lavori, sia perché le statuizioni contenute nei predetti commi riproducono con marginali (ancorché opportuni) adattamenti disposizioni già previste negli artt. 11 d. lgs. 157/95 sui servizi e art. 10 d. lgs. 358/92 sulle forniture.

Si è già evidenziato che su diverse questione in materia di RTI già oggetto del DPR 554/99 il Codice ha rilegificato, talvolta estendendo le

relative disposizioni alle forniture e servizi. In tale prospettiva, va segnalato che l'art. 256 Codice precisa che, per quanto qui rileva, sono o restano abrogati gli artt. 93, 94 e 95, commi 5, 6 e 7 del DPR 554/99.

Rimangono, quindi confermate, tra le norme del regolamento riferentesi specificamente al RTI solo quelle contenute nei primi quattro commi dell'art. 95 (relativi ai requisiti dell'impresa singola e associata, nonché alla partecipazione della c.d. impresa minore o cooptata).

Restano altresì invariate tutte le disposizioni dell'art. 96 in materia di società tra imprese riunite e 97 in materia di consorzi stabili di imprese.

Tali disposizioni regolamentari dovrebbero intendersi, allo stato (in attesa delle scelte che saranno effettuate con il nuovo regolamento), riferite ai soli lavori.

4. La costituzione formale delle associazioni temporanee avviene con il conferimento ad un'impresa, detta *capogruppo*, di un mandato collettivo speciale con rappresentanza, da parte delle altre imprese, dette *mandanti*; in forza del mandato la prima è abilitata ad esprimere l'offerta in nome e per conto di tutte le imprese dell'A.T.I.⁸.

E' previsto – come già evidenziato – che il mandato deve risultare da scrittura privata autenticata.

Il mandato conferito alla capogruppo è *collettivo*, perché, per l'identità dell'oggetto e del contenuto, esso riguarda tutte le imprese mandanti; è *speciale*, perché attribuisce un potere circoscritto a rappresentare le imprese mandanti in occasione di una singola gara; è infine *in rem propriam*, perché conferito non soltanto nell'interesse delle mandanti, ma anche nell'interesse della stessa mandataria⁹.

⁸ Il mandato non deve essere redatto per atto pubblico (Cong. Giust. Sic., 24 settembre 1993 n. 305, in *Cons. Stato*, 1993, p. 1158), essendo sufficiente anche per gli appalti di lavori la scrittura privata autenticata (TAR Lazio, Latina, 30 dicembre 1988 n. 935, in *AGOP*, 1988, p. 1962; ora in tale ultimo senso dispone espressamente l'art. 37 Codice).

⁹ L'atto può essere prodotto dopo la presentazione delle offerte, purché il mandato sia conferito prima di tale fase (Cons. Stato, V, 15 giugno 1998). L'art. 13 legge n. 109 del 1994, refluendo nell'art. 37 Codice, ammette ora che le imprese che hanno presentato l'offerta congiunta possono costituire l'A.T.I. dopo l'aggiudicazione.

Non è previsto un contenuto tassativo del contratto di mandato ma, nell'interesse dell'Amministrazione appaltante, che è terza rispetto al contratto di mandato, deve potersi accertare che l'impegno derivante dalla fonte negoziale sia irrevocabile e a titolo gratuito, così come richiesto dalla legge (Cons. Stato, VI, 5 ottobre 1984 n. 596, in *Cons. Stato*, 1984, I, 1294).

Gli obblighi della capogruppo in sede di offerta sono determinati dal mandato; pertanto, è esclusa la responsabilità di un'impresa indicata quale mandataria per non avere formulato offerta se il mandato è privo di indicazioni sui contenuti dell'offerta e sul riparto delle quote (Trib. Milano, 27 maggio 1991, in *Giur. it.*, 1991, 868).

La mandataria non rappresenta l'A.T.I., che non ha soggettività, ma le singole imprese, pertanto quando la mandataria dichiara di agire in nome della A.T.I. l'atto compiuto è imputabile quanto meno alla capogruppo stessa in proprio (Cons. Stato, IV, 4 settembre 1985 n. 335, in *Giur. it.*, 1986, III, 1; sembra ritenere che la mandataria dovesse spendere anche il nome della A.T.I., TAR Piemonte, 11 febbraio 1981 n. 107, in *TAR* 1981, p. 1189); resta fermo l'obbligo di individuare le imprese che hanno conferito il mandato (*contemplatio domini*) (TAR Puglia, Bari, I, 5 febbraio 1991

La previsione della gratuità, sebbene diretta a tutelare la posizione delle imprese mandanti, non si configura come mera presunzione, opposta a quella di onerosità che l'art. 1709 c.c. prevede per il mandato in genere, ma costituisce connotato essenziale del rapporto cui le imprese non potrebbero convenzionalmente derogare¹⁰.

Tuttavia, la presunzione di gratuità riguarda esclusivamente le attività rientranti nell'oggetto del mandato, quali la presentazione dell'offerta, la stipula del contratto, l'iscrizione di riserve ed in genere la gestione del rapporto di appalto; restano, invece, al di fuori di essa le spese sostenute per il compimento delle attività medesime (es. consulenze tecniche).

Al rappresentante legale dell'impresa capogruppo deve essere conferita dalle mandanti apposita procura, in modo che egli possa presentare l'offerta anche in nome delle mandanti.

La procura deve essere conferita – ai sensi dell'art. 1392 c.c. – nella stessa forma prevista per la stipulazione del contratto della cui conclusione è investito il rappresentante: quindi ogni qualvolta la normativa prescrive la stipulazione con atto pubblico dei contratti di appalto, la relativa procura dovrà risultare da atto pubblico¹¹.

n. 215, in *AGOP* 1992, 660; cfr., altresì, TAR Abruzzo, L'Aquila, 20 dicembre 1986 n. 486, in *TAR* 1987, I, p. 672, il quale ha precisato che deve essere considerata come offerta individuale quella prestata dall'impresa che non ha dichiarato di agire in nome e per conto di altre).

Le imprese cooptate possono conferire mandato anche con atto aggiuntivo o integrativo del mandato principale (Cons. Stato, VI, 30 aprile 1994 n. 638, in *AGOP*, 1994, p. 772 con riferimento alla trasformazione di un'A.T.I. orizzontale in A.T.I. tra un'impresa singola in possesso dei requisiti ed una cooptata, previa modifica del mandato).

Nel caso di consorzio, con l'atto costitutivo si conferisce direttamente il « mandato » (TAR Sicilia, Palermo, I, 22 agosto 1994 n. 526, in *TAR*, 1994, p. 3851).

¹⁰ Cfr., Cons. Stato, 5 ottobre 1984 n. 596, secondo il quale la Stazione Appaltante è tenuta ad accertare in sede di gara la natura gratuita del mandato. Critiche in ordine al requisito della gratuità sono mosse da MAZZONE-LORIA, op. cit; per tali Autori: «A questa impostazione va obiettato che la previsione della gratuità di per sé non tutela le mandanti, che sono al contrario maggiormente tutelate dalla possibilità di una formulazione chiara e definitiva dell'entità del compenso che all'impresa mandataria normalmente viene riservato per la sua attività di coordinamento.

In effetti, la previsione della gratuità del mandato, se intesa come cogente, appare difficilmente spiegabile dal punto di vista logico, in quanto non si vede perché non debba essere consentito alle parti di stabilire contrattualmente un compenso delle mandanti alla capogruppo per le operazioni che questa compie nell'interesse comune.

Il rilievo che la norma è posta a tutela delle mandanti acquista di per sé efficacia qualora si ritenga che essa trovi applicazione soltanto nel silenzio delle parti; non giustifica invece la configurazione della disposizione come inderogabile ove si tenga conto del fatto che, se così fosse, verrebbe ad essere annullata in un ambito operativo di non secondaria importanza, l'autonomia negoziale delle parti in ordine all'opportunità di stabilire un equo corrispettivo.

Si può allora ritenere che la norma di cui all'art. 95, comma 5, reg. abbia inteso affermare che il contratto di mandato costitutivo della associazione di imprese, una presunzione contraria a quella di onerosità stabilita, per il contratto di mandato in genere, dall'art. 1709 cod. civ. con la conseguenza che le parti contraenti, di comune accordo, potrebbero derogarvi».

¹¹ La procura deve essere rilasciata nella forma del contratto che deve essere stipulato dal procuratore, giusto quanto precisato dall'art. 1392 c.c.: poiché i contratti di appalto degli enti pubblici in senso stretto devono essere stipulati in forma pubblica amministrativa o notarile, secondo il disposto dell'art. 16 R.D. 18 novembre 1923 n. 2440 e degli artt. 93 e 102 R.D. 23 maggio 1924 n.

Resta ferma la facoltà delle imprese di partecipare alla gara per lavori e/o servizi e/o forniture nelle forme del costituendo raggruppamento.

Tale modalità si concretizza nella partecipazione congiunta alla fase di qualificazione e dell'offerta di più imprese le quali fanno espressa riserva di costituire un'A.T.I. nel caso di aggiudicazione; l'offerta deve essere sottoscritta da tutte le imprese che costituiranno l'A.T.I. e deve contenere l'impegno che in caso di aggiudicazione della gara, le stesse imprese conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una di esse, da indicare in sede di offerta e qualificata come capogruppo la quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e delle mandanti¹².

La disposizione sull'irrevocabilità del mandato di cui all'art. 37, comma 15, D.Lgs. 163/06, conferma il principio stabilito dagli artt. 1723, comma 2 e 1726 c.c. in tema di mandato *in rem propriam* e mandato collettivo; costituisce, invece, eccezione a dette norme, che espressamente prevedono la revoca per giusta causa, la parte della disposizione speciale secondo cui la revoca del mandato per giusta causa «non ha effetto nei

27 (applicabile ai Comune in forza dell'art. 87 t.u. 3 marzo 1934 n. 383), uguale forma deve avere la procura conferita dalle mandanti alla capogruppo dell'A.T.I. (TAR Piemonte, 29 giugno 1987 n. 393, in *TAR*, 1987, p. 2811; cfr. altresì TAR Piemonte, II, 15 maggio 1985 n. 215, in *TAR*, 1985, 2200 che ha ritenuto non valida la procura conferita nella forma della scrittura privata autenticata; cfr., infine, TAR Piemonte, II, 19 luglio 1994 n. 318, in *AGOP*, 1996, 669).

L'autenticazione della firma di procura quando è necessaria non può essere fatta dal segretario comunale, in quanto si tratta di atto negoziale non riconducibile alla fattispecie disciplinante dall'art. 20 legge n. 15 del 1968 (Cons. Stato, Sez. V, 22 novembre 1996 n. 1383, in *Cons. Stato*, 1996, p. 1743).

La procura deve essere conferita al legale rappresentante della mandataria (TAR Lazio, II, 29 settembre 1992 n. 1934, in *AGOP*, 1994, p. 871; cfr., altresì, TAR Emilia Romagna, Bologna, 2 marzo 1992 n. 60, in *AGOP*, 1993, p. 708).

¹²Si è già evidenziato nel testo che tale facoltà era da tempo prevista dalla legislazione sugli appalti. È bene evidenziare che con riferimento alla disposizione in materia di pubbliche forniture e/o servizi contemplante la facoltà di costituire il R.T.I. successivamente all'aggiudicazione si è affermato che essa introduce una mera facoltà, che non preclude la costituzione del R.T.I. prima della presentazione dell'offerta. In particolare, l'art. 10 D.Lgs n. 358 del 1992 relativo agli appalti di fornitura, non impone, né vieta che l'A.T.I. si costituisca prima della gara, ma si limita a prevedere una forma semplificata nella quale le imprese si impegnano, in caso di aggiudicazione, a riunirsi in gruppo, conferendo mandato speciale ad una di esse che assumerà la qualità di capogruppo; è infatti sancito dalla legge che l'offerta, sia pure congiunta, ma formulata da imprese non ancora raggruppate, debba essere sottoscritta da tutte le imprese insieme al predetto impegno (Cons. Giust. Sic., 2 maggio 1991 n. 162, in *AGOP*, 1991 p. 921 che ammette l'offerta formulata e sottoscritta dalla capogruppo in forza di un mandato già conferitole. Cfr., altresì: TAR Lazio, II, 15 gennaio 1998 n. 71, in *TAR*, 1998, p. 432; TAR Lombardia, Milano, II, 18 giugno 1993 n. 414, in *AGOP*, 1995, p. 949 e TAR Lombardia, Brescia, 23 marzo 1994 n. 156 in *TAR*, 1994, I, p. 1912 che specificamente ribadisce che la presentazione dell'offerta congiunta è una facoltà delle imprese).

Dopo l'aggiudicazione è imposto il conferimento di mandato speciale con rappresentanza alla mandataria il cui legale rappresentante diviene, ad ogni effetto, rappresentante delle imprese riunite: ne consegue che al rappresentante e non già ai rappresentanti delle singole imprese del gruppo, fanno capo in via esclusiva gli adempimenti, quali la sottoscrizione della dichiarazione di impegno alla regolare esecuzione della prestazione, che non siano previsti direttamente dalla legge e vengano dal bando di gara promiscuamente attribuiti al legale rappresentante della impresa o del raggruppamento (TAR Liguria, 19 dicembre 1988 n. 786, in *AGOP*, 1988 p. 1960).

Qualora non si proceda subito alla costituzione del R.T.I. occorre indicare le offerenti già nella fase di invito (TAR Piemonte, II, 9 dicembre 1993 n. 369, in *AGOP*, 1995 p. 1012).

confronti del soggetto appaltante».

La *ratio* della norma sembra essere quella di garantire al Committente un unico interlocutore per assicurare tempestività nei rapporti finalizzati a realizzare lavori pubblici; appare, comunque, ammissibile il recesso¹³.

L'ambito della rappresentanza derivante dal contratto di mandato è determinato dall'art. 37, comma 16, D.Lgs. 163/06 il quale stabilisce che all'impresa mandataria spetta la rappresentanza esclusiva delle imprese mandanti nei confronti del soggetto 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 effetto giuridico connesso o correlato all'appalto.

La disposizione da ultimo richiamata attribuisce, quindi, alla capogruppo il potere di compiere qualsiasi attività giuridica dipendente dall'appalto; essa perciò presenta l'offerta e gli atti a questa connessi, stipula il contratto, sottoscrive i documenti contabili, riscuote i pagamenti, iscrive le riserve.

La rappresentanza permane anche in relazione alle attività successive al collaudo (o atto equivalente), comunque correlate al contratto di appalto (« ... anche dopo il collaudo dei lavori o atto equivalente, fino alla estinzione di ogni rapporto »)¹⁴.

¹³ In ordine al recesso la Cass., Sez. I, 11 maggio 1998 n. 4728 (in *AGOP*, 1998, p. 1195) ha affermato: « L'A.T.I. 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, salva restando l'autonomia negoziale delle imprese riunite per quanto concerne la gestione dei lavori a ciascuna di esse affidati ed i rapporti con i terzi (con riguardo, in particolare, agli adempimenti fiscali ed agli oneri sociali); pur in assenza di un'espressa disciplina legislativa, il recesso dell'impresa mandante deve ritenersi consentito, al di là del *nomen iuris* utilizzato (nella specie quello, improprio, di scioglimento consensuale dell'associazione, trattandosi di associazione tra due sole imprese) senza che l'esercizio di tale facoltà determini, peraltro, la nascita di alcun rapporto diretto tra l'Amministrazione e l'impresa receduta (sì che la stipula di una nuova convenzione, tra Amministrazione e capogruppo, contenente l'indicazione del sub-ingresso di quest'ultima in tutti i rapporti facenti capo all'impresa mandante va interpretata, se non come inutiliter datum, come mera presa d'atto dello scioglimento del rapporto interno nei confronti della sola impresa receduta, non potendo tale nuova convenzione produrre alcun particolare effetto giuridico sull'assetto dei rapporti contrattuali, esterni). Quindi, nella particolare ipotesi di associazione di due sole imprese, l'impresa capogruppo è tenuta a continuare, da sola o previa sostituzione dell'impresa receduta, l'esecuzione del contratto nei confronti dell'Amministrazione, trattandosi di mandato conferito, non solo nell'interesse anche del mandatario, ma pure in quello, preminente, dell'Amministrazione committente, senza che la successione della capogruppo in tutti i rapporti della mandante receduta possa integrare gli estremi della cessione di contratto, ovvero dar luogo ad una cessione in suo favore dei crediti maturati dall'impresa mandante per i lavori da essa eseguiti e contabilizzati, tale pretesa creditoria dovendo essere fatta valere, da parte di quest'ultima, nei soli rapporti interni con la capogruppo, ai sensi dell'art. 1713 c.c., secondo cui il mandatario deve rendere al mandante il conto del suo operato e rimmettergli tutto ciò che, per suo conto, ha ricevuto a causa del mandato stesso». Si veda, altresì, Cons. Stato, n. 4101/07, cit.

¹⁴La mandataria ha la rappresentanza anche dopo il collaudo e fino alla estinzione di ogni rapporto (Cons. Stato, V, 21 febbraio 1994 n. 115, in *AGOP*, 1994, p. 737).

L'impresa capogruppo ha inoltre, in via esclusiva, la rappresentanza processuale delle mandanti nei confronti della Stazione Appaltante; l'ampia formulazione normativa è suscettibile di essere interpretata nel senso che la mandataria ha la rappresentanza processuale sia attiva sia passiva.

Tuttavia, in ossequio ai principi costituzionali sulla inviolabilità del diritto di difesa (art. 24 Cost.), la mandante può agire in giudizio autonomamente, senza peraltro che la proposizione dell'azione giudiziale possa essere considerata causa di estinzione del mandato¹⁵.

¹⁵Così: Cons. Stato, IV, 22 febbraio 1996 n. 528, in *AGOP*, 1996, p. 510; ID., IV, 1° febbraio 1994 n. 83, in *AGOP* 1994, p. 730; la prima delle richiamate sentenze precisa che quando il mandato è estinto per vicende diverse da quelle processuali gli effetti del giudicato non si ripercuotono sull'A.T.I.

È salvo, ripetesi, il diritto della mandante di ricorrere in proprio anche se l'impresa partecipa in un'A.T.I.

L'interesse al ricorso poiché è potenzialmente correlato alla posizione di tutte le imprese della A.T.I. escluderebbe che la mandante possa impugnare se l'impugnazione è già stata proposta dalla mandataria, salva l'ipotesi di conflitto di interessi (TAR Puglia, Lecce, 14 marzo 1991 n. 237, in *AGOP*, 1992, p. 687); in passato, tuttavia, valorizzandosi il diritto di difesa si era affermato genericamente la proponibilità dei ricorsi autonomi della mandataria e della mandante (Cons. Stato, IV, 28 maggio 1988 n. 478, in *AGOP*, 1988, p. 856, che precisa che la autonoma proposizione del ricorso non comporta revoca del mandato sia perché in concreto occorre una giusta causa *ex art. 1723 c.c.* e art. 22 legge n. 584 del 1987 sia perché, ai sensi dell'art. 1726 c.c., la revoca del mandato collettivo per un affare di interesse comune « non ha effetto qualora non sia fatto da tutti i mandanti »).

Anche la rappresentanza processuale passiva può essere circoscritta alla mandataria (C.G. Sic., 26 aprile 1989 n. 121, in *AGOP*, 1989, p. 1096; TAR Puglia, I, 28 maggio 1994 n. 962, in *AGOP*, 1996, p. 645 e TAR Basilicata 5 novembre 1991 n. 317, *AGOP*, 1992, p. 1671) e sussiste anche se la clausola del mandato prevede lo scioglimento automatico nel caso di non affidamento dell'appalto (TAR Sicilia, Palermo, I, 3 novembre 1993 n. 1086, in *AGOP*, 1995, p. 992) o in caso di mancata qualificazione (Cons. Stato, IV, 4 settembre 1985 n. 335, in *Giur. it.*, III, 1).

Nell'ipotesi in cui l'A.T.I. non è costituita, è ammissibile il ricorso collettivo proposto da più imprese aspiranti all'affidamento di un servizio (TAR Abruzzo, Pescara, 5 luglio 1985 n. 330, in *TAR*, 1985, I, p. 2970, con riferimento al servizio di tesoreria di una USL).

Tenuto conto del rilievo della fase di prequalificazione, le imprese che partecipano congiuntamente o che intendono raggrupparsi hanno già una posizione giuridicamente rilevante (*contra*, parzialmente, argomenta da TAR Puglia, Bari, 14 ottobre 1987 n. 693, in *TAR*, 1987, p. 4256 che nell'ambito di problematiche non afferenti alla rappresentanza ha affermato che nei confronti della Stazione Appaltante l'A.T.I. assume posizione giuridicamente rilevante al momento dell'offerta, e cioè al compimento dell'atto per il quale è stata conferita la procura in base al mandato tra le parti contraenti ed è in questo istante, una volta scaduti i termini di presentazione della documentazione richiesta dal bando, che le situazioni individuali vengono procedimentalizzate nel loro contenuto per quello che è esteriorizzato e non già per quello che si presume o si vuole che sia).

È inammissibile per sopravvenuto difetto di legittimazione attiva, il ricorso o l'appello avverso atti del procedimento di gara presentato dall'impresa capogruppo di una A.T.I. che non abbia più il potere di rappresentanza, per aver conferito in altra società il suo complesso aziendale, comprendendovi diritti, obblighi, interessi legittimi nei confronti di terzi comunque sorti, compresi quelli derivanti da istanza e domande nei confronti di qualsiasi autorità ed ente, nonché concessioni, autorizzazioni, licenze e permessi da chiunque rilasciati, ivi compresa l'iscrizione all'albo nazionale dei costruttori (Cons. Stato, VI, 13 aprile 1991 n. 182, in *AGOP*, 1991, p. 889. Sulla trasmissibilità dei rapporti correlati al mandato e al R.T.I.: Appello Genova, 11 febbraio 1991, in *Le Società*, 1991, p. 1488. La cessione dell'azienda è ora ammessa per gli appalti di lavori dall'art. 35 legge n. 109 del 1994, refluito nel Codice; sul tema, cfr.: P. CARBONE, *Cessione del ramo d'azienda e opere pubbliche*, in *Riv. trim. appalti*, 1995, I, p. 23).

L'impresa costituita mandataria ha rappresentanza anche a seguito di fallimento per qualsiasi

5. – Il Committente è tenuto a disporre tutti i pagamenti nei confronti della mandataria, in ragione della rappresentanza esclusiva che a questa compete.

E' interesse del soggetto appaltante connaturato all'unitarietà del rapporto discendente dal contratto di appalto, quello di effettuare i pagamenti esclusivamente alla mandataria per assicurarsi la corretta esecuzione del rapporto che è dalla legge considerato indivisibile, anche se alla sua esecuzione concorrono più imprese raggruppate.

Pertanto, per circoscrivere la portata di tale principio non può assumere rilievo la circostanza che un'impresa dell'A.T.I. abbia eseguito una quota dei lavori e/o le opere scorporabili; né assume rilievo la fatturazione da parte di una mandante, gravando comunque quest'ultimo onere su ciascuna impresa ai fini dell'imposizione fiscale, né infine rileva la imputazione *pro quota* all'interno della società consortile¹⁶.

In altri termini, l'A.T.I. non è dotata di soggettività, sicché le imprese raggruppate, che hanno assunto l'appalto, devono emettere le fatture relative, ciascuna per gli importi di propria spettanza, nei confronti dell'ente committente¹⁷; ma il mandato di pagamento dovrà comunque essere intestato all'impresa capogruppo, alla quale compete la rappresentanza esclusiva delle imprese mandanti nei confronti del soggetto appaltante per tutte le operazioni e gli atti dipendenti dall'appalto, anche dopo il collaudo, fino all'estinzione del rapporto¹⁸.

controversia o questione anche pregressa rispetto al conferimento del mandato (lodo 23 marzo 1987 n. 27, in *AGOP*, 1988, p. 586).

Ma, più rigorosamente si è precisato che il fallimento della mandataria costituisce una causa di impossibilità alla prosecuzione del rapporto di mandato e determina l'esclusione di diritto dell'impresa fallita dal R.T.I. (Trib. Genova 29 maggio 1989, in *Le Società*, 1989, p. 1268; cfr. però Appello Genova, 11 febbraio 1991, in *Società*, 1991, p. 1488 che ha riformato la sentenza di primo grado senza tuttavia riesaminare puntualmente la questione degli effetti del fallimento sul mandato).

¹⁶ Corte Conti, Sez. Controllo Stato, 30 maggio 1990 n. 32, in *AGOP* 1990, p. 1063.

¹⁷ Cfr. risoluzione Min. Finanze n. 460437/87.

¹⁸ Corte Conti, deliberazione n. 32/90 cit. La Cassazione ha affermato che: « *In base alla disciplina speciale in tema di appalti, dettata dal D.Lgs n. 406 del 1991, artt. 22 e 23, in caso di presentazione di offerte da parte di imprese riunite che abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una di esse, qualificata capogruppo, i corrispettivi dell'appalto vanno incamerati direttamente ed esclusivamente, dalla capogruppo, la quale, poi, sulla base del mandato, sarà contrattualmente obbligata a versare alle mandatarie le somme di loro rispettiva spettanza. Ne consegue che, nel caso in cui la capogruppo abbia successivamente presentato istanza di ammissione al concordato preventivo, le somme fatturate e riscosse dalla stessa impresa in relazione all'appalto appartengono alla massa fallimentare, e, pertanto, non devono essere corrisposte dalla medesima alle imprese mandatarie » (Cass., Sez. I, 13 maggio 1999 n. 4746, in *Il fall.*, 2000 p. 411, con nota di A. DI MAJO, *Associazione Temporanea di imprese e concordato preventivo*. Il Giudice delle leggi aggiunge che « *Il Tribunale, dopo aver rilevato che nei rapporti esterni la capogruppo era munita ed aveva agito in base a mandato con rappresentanza, ha accertato che le imprese associate avevano convenzionalmente disciplinato il loro rapporto interno. A questa stregua – ed in difetto di previsione convenzionale specifica contrastante oppure di imprescindibile prevalenza degli effetti del rapporto esterno su quello interno: ipotesi né dedotte né dimostrate nel ricorso – il rapporto interno rimaneva regolato solo da detta convenzione, la quale prevaleva sugli eventuali effetti che su tale rapporto avrebbe eventualmente avuto per sua natura il mandato con rappresentanza.**

E la convenzione (regolamento) – come emerge dalla motivazione riportata in narrativa è stata interpretata correttamente sotto il profilo giuridico dal Tribunale; e stante l'adeguatezza della motivazione, non ricorrerebbe comunque vizio denunziabile con il ricorso straordinario, secondo la individuazione che della portata di tale rimedio l'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato dà. Va, peraltro, rilevato che il ricorso sarebbe infondato anche alla stregua della sola legislazione speciale, alla quale le ricorrenti fanno esplicito riferimento.

Il D.Lgs 19 dicembre 1991 n. 406, difatti, il quale nell'art. 22 prevede che siano ammesse a presentare offerte per gli appalti imprese riunite che abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una di esse, qualificata capogruppo, nel successivo art. 23, comma nono, dispone che al mandatario spetta la rappresentanza esclusiva, anche processuale, delle imprese mandanti nei confronti del soggetto appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto, anche dopo il collaudo dei lavori, fino alla estinzione di ogni rapporto.

In base a tale disciplina speciale, quindi, i corrispettivi dell'appalto sono incamerati direttamente – ed esclusivamente – dalla capogruppo, la quale poi, sulla base del mandato, sarà contrattualmente obbligata a versare alle mandatarie le somme di loro rispettiva spettanza: l'adempimento del mandato cioè, con la riscossione delle somme da parte della mandataria, darà vita ad un rapporto di credito-debito tra costei e le mandanti»).

In base alla motivazione sembra che il principio di cristallizzazione della massa fallimentare si applichi anche nel caso di fatturazione diretta della mandante con delega alla mandataria ad effettuare il mero incasso nella veste di rappresentante esclusiva.

Tuttavia, il predetto principio di cristallizzazione della massa fallimentare, invocato per rigettare la pretesa delle mandanti al pagamento anche in costanza di procedure, non appare pertinente in quanto le somme sono incassate dalla mandataria nella veste di mero operatore materiale della mandante, sicché non si giustificerebbe l'appartenenza delle somme alla massa fallimentare.

In tale prospettiva si evidenzia che secondo altro orientamento della Cassazione (15 gennaio 2000 n. 421, in *Il fall.*, 2001, p. 505 ss.): “*in tema di appalto di opere pubbliche stipulato da due imprese riunite in associazione temporanea, qualora intervenga il fallimento della società capogruppo, costituita ex lege come mandataria dell'altra ai sensi dell'art. 23 comma 8 D.Lgs 19 dicembre 1991 n. 406 il mandato deve reputarsi risolto a norma dell'art. 78 R.D. 16 marzo 1942 n. 267 che non trova deroga nella disciplina del D.Lgs n. 406 cit. e conseguentemente l'impresa mandante (essendo l'accettazione dell'opera avvenuta anteriormente alla dichiarazione di fallimento) deve reputarsi direttamente legittimata a riscuotere dall'Amministrazione appaltatrice il corrispettivo per l'esecuzione dell'appalto per la quota corrispondente a quella parte dei lavori appaltati, la cui esecuzione, in base all'accordo di associazione temporanea, era di sua spettanza; correlativamente, detta Amministrazione non può eseguire il pagamento di detto corrispettivo alla curatela fallimentare dell'impresa capogruppo che, per effetto della cessazione del mandato, non è più legittimata ad effettuare incassi in nome e per conto dell'altra associata, dovendosi inoltre ritenere che qualora la curatela riceva detto pagamento il credito dell'impresa già mandante che agisca per ottenere dalla curatela la somma pagata dall'Amministrazione appaltatrice non debba essere fatto valere in sede concorsuale avanti al Tribunale fallimentare ma possa esserlo avanti al giudice ordinario. (Nella specie, l'impresa mandante aveva agito contro la curatela per ottenere l'accertamento della propria legittimazione alla riscossione del suddetto corrispettivo; nel giudizio era intervenuta l'Amministrazione appaltante che aveva messo a disposizione la somma ed il giudice di merito, dopo che quello di primo grado aveva reputato improponibile l'azione, in quanto di competenza del Tribunale fallimentare ed aveva dichiarato la debenza di essa alla curatela dell'impresa mandataria, attribuendogliela il giudice d'appello aveva, invece, in applicazione dei principi affermati dalla Corte suprema, condannato la curatela a corrisponderla all'impresa già mandante).*

In tema di appalto stipulato da un'associazione temporanea di imprese, qualora la società capogruppo e mandataria ex lege dell'altra associata abbia stipulato un accordo in forza del quale, dietro pagamento immediato di una percentuale sulla parte di corrispettivo dell'appalto che le competerebbe direttamente, in proporzione alla quota di lavori di sua pertinenza, si sia impegnata, una volta conseguito dall'Amministrazione appaltatrice il pagamento di detta parte, a trasferirla all'impresa associata e sua mandante e qualora la capogruppo, dopo la compiuta esecuzione dei lavori e l'accettazione degli stessi da parte dell'Amministrazione, fallisca ed il suo curatore riceva successivamente il pagamento dall'Amministrazione stessa, il credito oggetto del detto impegno deve reputarsi venuto ad esistenza non al momento della suddetta ricezione, ma fin dal momento

La normativa riconosce in definitiva alla capogruppo (mandataria) il ruolo di « *interlocutore privilegiato della Stazione Appaltante* » al fine di assicurare continuità e unitarietà ai rapporti tra essa Stazione Appaltante e l'appaltatore.

L'esclusività attiene al conferimento della rappresentanza, ma non implica la rinuncia della mandante a esercitare in proprio i diritti di sua specifica competenza. In sostanza sebbene la mandante non possa che essere rappresentata dalla mandataria conserva il potere di agire in proprio.

Ne consegue che quando si controverte in materia di incasso di somme relative a lavori eseguiti dalla mandante e che solo essa mandante poteva eseguire (come nel caso di opere scorporabili), la mandante potrebbe pretendere di incassare direttamente il pagamento nel caso in cui sorgono contrasti con la mandataria.

In tale senso potrebbe richiamarsi quell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale il mandato all'incasso, anche quando sia mandato in *rem propriam*, conferisce al mandatario solo la legittimazione a riscuotere in nome e per conto della mandante che ne conserva la titolarità esclusiva¹⁹.

Del resto anche secondo il Ministero delle Finanze²⁰ non può dubitarsi che l'attività del mandatario configura gli estremi del mandato all'incasso, posto che la fatturazione spetta inderogabilmente a chi ha eseguito le prestazioni.

Non può non sottolinearsi l'incongruenza cui darebbe luogo l'esclusione di iniziative precontenziose da parte della mandante a fronte del diritto riconosciuto alla stessa dalla giurisprudenza prevalente²¹ di azionare per le vie giudiziali il relativo diritto.

In sostanza, l'affermazione giurisprudenziale secondo la quale la mandante può agire in proprio per tutelare i suoi diritti implica (nonostante gli ampi poteri riconosciuti alla mandataria sia dalla legge, sia dal mandato), che la mandante, non solo in caso di contenzioso, ma anche di precontenzioso nei confronti della mandataria, può agire direttamente per ottenere il pagamento di prestazioni di cui il Committente ha la certezza sulla riferibilità alla mandante stessa, come ripetesesi nel caso di opere scorporabili.

dell'accettazione dell'opera con la conseguenza che l'azione intesa a far valere l'efficacia della cessione, e, quindi, la pretesa creditoria alla somma oggetto del pagamento ricevuto, deve esercitarsi in sede concorsuale ai sensi dell'art. 52 R.D. 16 marzo 1942 n. 267".

La decisione da ultimo riportata, laddove ammette la legittimazione diretta della mandante a riscuotere dall'Amministrazione appaltatrice e non già alla curatela fallimentare della capogruppo (qualora l'accettazione dell'opera sia avvenuta anteriormente alla dichiarazione di fallimento) sembra, quindi, dissociarsi dalla sentenza della Cassazione n. 4746/99, più sopra richiamata.

¹⁹Cass. n. 9030/95 cit.

²⁰Risoluzione n. 460437/87 cit. Cfr.: R. VIRGILIO, Commento all'art. 23 bis legge 584/77: profili tributari, in Nuove Leggi Civili Commentate, 1985.

²¹Si rinvia sul punto alla nota n. 15.

In una parola il potere di agire implica il potere sostanziale di esigere a titolo proprio un diritto, altrimenti si perverrebbe all'assurdo di considerare l'azione scissa dal diritto.

D'altro canto, per considerare la titolarità dell'esercizio dell'azione scissa dalla titolarità del diritto, bisognerebbe affermare che la mandante esercita l'azione in via meramente surrogatoria *ex art. 2900 c.c.*; ma questo non è, almeno nel caso di opere scorparabili (e ora di prestazioni "secondarie" di forniture/servizi) che sono direttamente imputabili alla mandante.

Sulla scorta delle considerazioni che precedono non risulterebbe inammissibile l'esercizio da parte della mandante dei diritti e facoltà finalizzati ad ottenere il pagamento diretto dal committente²².

D'altro canto, il Committente può pagare la mandante con effetto liberatorio sia in forza del fatto che egli non si è impegnato a far incassare esclusivamente la mandataria, sia in forza dell'art. 1188 c.c. che ammette la piena equivalenza del pagamento al creditore (che è la mandante, nel caso di opere scorparabili) anziché al rappresentante.

Tale ultima norma confermerebbe, peraltro, che la rappresentanza (anche se esclusiva) non comporta la rinuncia da parte del creditore effettivo ad esigere il pagamento.

6. – L'art. 37 cit. si limita a disciplinare la rappresentanza delle imprese raggruppate verso la Stazione Appaltante, prendendo in considerazione il rapporto tra le imprese al solo fine di sancire il principio di corrispondenza tra quote di partecipazione ed esecuzione (*infra*).

In via di autoregolamentazione, le imprese completano tale

²²In tal senso, in materia di fatturazione, si veda la decisione di cui all'ordinanza *ex art. 700 c.p.c.* della Pretura di Roma, Sez. I, 15 marzo 1985, in *Riv. trim. appalti*, 1986, p. 495, secondo cui la Stazione Appaltante può legittimamente sospendere i pagamenti nei confronti di un raggruppamento di imprese fino all'esito del giudizio proposto dall'impresa mandataria sulla legittimità della revoca del mandato originariamente conferitole dagli altri partecipanti.

Si veda altresì Lodo Arbitrale 27 gennaio 1992 n. 6, in *AGOP*, 1993, p. 20, secondo il quale a differenza della solidarietà passiva, la quale si presume (art. 1294 c.c.) quella attiva non può derivare che da una specifica previsione di legge o da un accordo in forza del quale l'intera prestazione può essere pretesa da uno solo dei creditori, con effetto liberatorio nei confronti degli altri: pertanto, qualora non si riscontri la sussistenza di alcuna delle indicate fonti di solidarietà attiva, in caso di impresa associata che agisce in proprio, qualsiasi credito eventualmente accertato dovrà essere liquidato nei limiti corrispondenti alla quota afferente a detta impresa. *Contra*: Appello Torino, 8 febbraio 2000, in *Giur. it.*, 2000, II, c. 1873 ss., secondo la quale non è configurabile direttamente in capo all'impresa associata nel raggruppamento temporaneo *ex lege* n. 584 del 1977 alcun diritto di credito verso il committente al pagamento del corrispettivo dell'appalto (per i lavori eseguiti da detta impresa) credito di cui è invece titolare la capogruppo mandataria, in quanto la normativa in tema di appalti pubblici configura un mandato collettivo speciale con rappresentanza al quale solo in parte si applica la disciplina civilistica; infatti, la capogruppo mandataria è l'unico interlocutore dell'ente appaltante ed alle imprese mandanti è vietato intromettersi nei loro rapporti.

La sentenza è commentata con spunti critici da A. BADINI CONFALONIERI, *L'associazione temporanea di imprese e mandato alla capogruppo: osservazioni su un recente orientamento giurisprudenziale*.

disciplina con il contratto di mandato e, più sovente, anche con un accordo integrativo, non portato a conoscenza del Committente.

Anche le clausole contenute nell'atto da ultimo citato hanno forza di legge tra le parti, salvo che non si tratti di clausole in contrasto con disposizioni inderogabili (come nel caso di patto che riduce a valore meramente nominale la quota di partecipazione, sul punto si rinvia al paragrafo 9).

La regolamentazione dei rapporti con i terzi è rimessa quasi esclusivamente alla volontà delle parti anche per quanto concerne la rappresentanza, che può essere esclusiva o parziale, generale o specifica.

Si sottolinea che all'impresa capogruppo di un'A.T.I. spetta, in base al Codice, la rappresentanza processuale esclusiva delle altre imprese solo nei confronti del soggetto appaltante per le operazioni e gli atti di qualsiasi natura emessi in dipendenza dell'appalto; il Codice, invece, non prevede la rappresentanza nei confronti dei terzi, i quali sono tenuti ad evocare in giudizio tutte le imprese riunite o quanto meno ad integrare il contraddittorio nei loro confronti; tuttavia, le imprese riunite possono estendere la rappresentanza della capogruppo anche per gli atti e operazioni destinati a coinvolgere la sfera di soggetti diversi dalla Stazione Appaltante.

Comunque, anche con riferimento ai subappaltatori e ai fornitori l'art. 37 sancisce la responsabilità solidale dell'impresa associata.

Resta fermo che la procura conferita da un'impresa alla capogruppo esplica effetti anche dopo l'aggiudicazione ad altro concorrente dell'appalto e consente di proporre ricorso, dopo la conclusione della gara, contro tale aggiudicazione, dovendosi intendere che la rappresentanza processuale della capogruppo nei confronti del soggetto appaltante opera di riflesso nei confronti dei terzi aventi un interesse qualificato alla conservazione dell'atto impugnato²³ quando la loro posizione sia inseparabile da quella

²³Cfr.: Cons. Stato, Sez. VI, 5 febbraio 1987 n. 24, in *Cons. Stato*, 1987, I, p. 175, che ha puntualizzato che quando la fattispecie ha ad oggetto la legittimità del provvedimento di esclusione di un'A.T.I., il rapporto non intercorre tra le diverse imprese e/o tra i diversi gruppi di imprese partecipanti alla gara, ma è un rapporto che intercorre tra le imprese e la Stazione Appaltante e pertanto legittimamente l'impresa mandataria è costituita in giudizio per tutte le imprese del raggruppamento interessato alla controversia.

Resta fermo che l'impresa designata come capogruppo rappresenta le altre imprese del raggruppamento solo nei confronti del « soggetto appaltante » e non anche di qualsiasi altro soggetto e va escluso che essa abbia un generale potere di rappresentanza delle altre imprese sue mandanti; in tal senso cfr. TAR Lazio, II, 27 novembre 199 n. 2009, in *Foro amm.*, 1999, p. 2256, secondo il quale « l'impresa mandataria non è organo del raggruppamento temporaneo di imprese (che in base all'art. 23, comma ult., 19 dicembre 1991 n. 406 non dà luogo ad un soggetto giuridico nuovo distinto rispetto alle singole imprese associate), come tale investito di un generale potere di rappresentanza, ma può compiere i soli atti indicati nel mandato speciale ad essa conferito e nei limiti e contenuti previsti dagli art. 22, comma 1 e 23, comma 9, D.Lgs 406 cit. ».

Cass., Sez. I, 11 maggio 1998 n. 4728, ha escluso espressamente che la rappresentanza in questione possa operare nei confronti di terzi diversi dall'ente appaltante, precisando che « l'associazione temporanea di due o più imprese nell'aggiudicazione ed esecuzione di un contratto di appalto di opere pubbliche (legge 8 agosto 1977 n. 584) è fondata su di un rapporto di mandato con rappresentanza, gratuito ed irrevocabile, conferito da una o più imprese, collettivamente, ad altra

dell'appaltante²⁴.

È comunque escluso (art. 37, comma 17, D.Lgs. 163/06) che il rapporto di mandato determini di per sé organizzazione o associazione delle imprese riunite, ognuno delle quali conserva la propria autonomia ai fini della gestione, degli adempimenti fiscali e degli oneri fiscali²⁵.

8. – Il comma 3 dell'art. 37 cit. delega, per i contratti aventi ad

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, salva restando l'autonomia negoziale delle imprese riunite per quanto concerne la gestione dei lavori a ciascuna di esse affidati ed i rapporti con i terzi ». In tal senso si veda, altresì, Pret. Avezzano 23 dicembre 1988, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 202, per la quale « il rapporto di riunione ex art. 20 legge 8 agosto 1977 n. 584 (sull'associazione temporanea d'impresa) rileva esclusivamente nei confronti dell'ente appaltante e non esplica alcun effetto nei confronti dei terzi (qual è un dipendente di una delle imprese riunite) il quale agisce in base al contratto di lavoro ».

Si veda, infine, Trib. Catania, 27 dicembre 2001, in *Giust. civ.*, 2002, p. 1681 ss., con nota di V. SALAFIA, *Raggruppamento di imprese e poteri di rappresentanza della capogruppo*. Quest'ultima sentenza, sul presupposto che la rappresentanza esclusiva prevista in favore della mandataria è eccezionale anche per le sue conseguenze coattive inibitorie sull'operatività della mandante, ha affermato che la rappresentanza non si estende ai rapporti che la capogruppo possa e/o debba instaurare con terzi per dare attuazione al mandato in questione, che, con riferimento a questi terzi, sarà un mandato senza rappresentanza. Sulla base di tale premesse si è escluso che il legale officiato dalla sola capogruppo, in relazione ad una causa promossa da terzi, potesse agire nei confronti delle mandanti per ottenere il pagamento degli onorari afferenti la causa stessa. In tale contesto argomentativo si è affermato che la legge non conferisce alla capogruppo poteri di rappresentanza in relazione alle cause non incardinate dalla P.A.: « il comma 9 dell'art. 23 D.Lgs 19 dicembre 1991 n. 406, dispone che al mandatario spetta la rappresentanza esclusiva, anche processuale, delle imprese mandanti nei confronti del soggetto appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto, anche dopo il collaudo dei lavori, fino all'estinzione di ogni rapporto. I mandati conferiti alla capogruppo con gli atti notarili sopra citati prevedono che alla impresa mandataria e per essa ai suoi legali rappresentanti o persone da essi all'uopo delegate spetta la rappresentanza esclusiva, anche processuale, delle imprese mandanti nei confronti della stazione appaltante per tutte le operazioni dipendenti dall'affidamento (dell'appalto) fino all'estinzione di ogni atto. Dunque gli incarichi professionali conferiti all'avvocato dalla mandataria con riferimento ai tre giudizio promossi nei confronti del raggruppamento da imprese terze – diverse, quindi, dall'ente appaltante – sono oggettivamente estranei ai mandati di cui sopra, limitati agli atti e alle operazioni dipendenti « dall'affidamento dell'appalto »: tanti, infatti, non possono essere ritenute le liti con terzi instaurate per ottenere e/o difendere l'affidamento dell'appalto medesimo.

E altrettanto estranea oggettivamente all'ambito di quei mandati è la lite instaurata nei confronti dell'ente appaltante per ottenere la riammissione alla gara d'appalto, lite che precede in maniera certa e ben definita l'affidamento dell'appalto medesimo: non « dipende dall'affidamento dell'appalto », ma tende ad esso. (omissis) ».

²⁴Cons. Stato, Sez. VI, 15 novembre 1982 n. 566, in *Cons. Stato*, 1982, I, p. 1419; conforme: a TAR Piemonte 11 febbraio 1981 n. 106, in *TAR*, 1981, p. 1186 e TAR Toscana, 24 maggio 1988 n. 867, in *AGOP*, 1988, p. 921. *Contra*, TAR Aosta, 24 febbraio 1983 n. 18, in *TAR*, 1983, p. 1121. Sulla questione dei poteri di rappresentanza si veda anche la nota 11.

²⁵MAZZONE e LORIA, op. ult. cit., ritengono che « il fenomeno societario non è a priori escluso, ma che per l'avvio di esso occorre qualcosa di più del semplice rapporto di mandato. In realtà, la questione va posta in relazione ai casi concreti, tenendo presente che quanto più restano distinte le posizioni delle singole imprese e le attività da esse compiute nei confronti dei terzi, tanto meno potrà ritenersi avviato il fenomeno societario. Laddove invece le imprese associate stabiliscano contrattualmente clausole di attività comune (organi comuni, fondi comuni ecc.) o comunque pongano in essere verso i terzi comportamenti identificabili con l'affectio societatis, potrà presumersi l'esistenza di società di fatto, con tutte le conseguenze che, sul piano civilistico, dal fenomeno derivano ».

oggetto lavori, all'emanando regolamento la determinazione dei requisiti di qualificazione di ciascuna delle imprese riunite.

In ogni caso l'art. 37, comma 6, D.Lgs. 163/06 fissa il principio secondo il quale nel caso di lavori, per i raggruppamenti temporanei di tipo verticale i requisiti di cui all'articolo 40, sempre che siano frazionabili, devono essere posseduti dal mandatario per i lavori della categoria prevalente e per il relativo importo; per i lavori scorporati ciascun 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 ovvero alle categorie scorporate possono essere assunti anche da imprenditori riuniti in raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale.

Inoltre, il comma 11 dell'art. 37 cit. stabilisce che qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrino, 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 altresì in valore il 15 per cento dell'importo totale dei lavori, esse non possono essere affidate in subappalto e sono eseguite esclusivamente dai soggetti affidatari. In tali casi, i soggetti che non siano in grado di realizzare le predette componenti sono tenuti a costituire, ai sensi del presente articolo, raggruppamenti temporanei di tipo verticale, disciplinate dal regolamento che definisce altresì l'elenco delle opere di cui al presente comma. Per le medesime speciali categorie di lavori, che siano indicate nel bando di gara, il subappalto, ove consentito, non può essere artificiosamente suddiviso in più contratti.

Le disposizioni dell'art. 37, commi 6 e 11, confermano le norme dei commi 3 e 7 dell'art. 13 L. 109/94.

Nelle more della emanazione del nuovo regolamento, le richiamate disposizioni del D.Lgs. 163/06 vanno integrate con le norme contenute nei commi 1 - 4 dell'art. 95 D.P.R. n. 554 cit. (disposizioni non abrogate dal D.Lgs. 163/06) i quali, tra l'altro, prevedono (per quanto rileva in questa sede) che:

- a) l'impresa singola può partecipare alla gara qualora sia in possesso dei requisiti economico finanziari e tecnico organizzativi relativi alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori, ovvero sia in possesso dei requisiti relativi alla categoria prevalente e alle categorie scorporabili per i singoli importi. I requisiti relativi alle lavorazioni scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente;
- b) per le associazioni temporanee di imprese e per i consorzi ordinari di tipo orizzontale, 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 nelle misure minime del 40%; la

restante percentuale è posseduta cumulativamente dalle mandatanti o dalle altre imprese consorziate ciascuna nella misura minima del 10% di quanto richiesto all'intero raggruppamento; l'impresa mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura maggioritaria;

c) per le associazioni temporanee di imprese e per i consorzi ordinari di tipo verticale, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi sono posseduti dalla capogruppo nella categoria prevalente; nelle categorie scorporate ciascuna mandante possiede i requisiti previsti per l'importo dei lavori della categoria che intende assumere e nella misura indicata per l'impresa singola. I requisiti relativi alle lavorazioni scorporabili non assunte da imprese mandanti sono posseduti dalla impresa mandataria con riferimento alla categoria prevalente.

Le disposizioni del DPR 554 cit. si completano con quelle del DPR 34/00, anche per quanto concerne l'acquisizione dell'attestazione SOA.

Per comprendere l'assetto delineato dalle richiamate fonti regolamentari può risultare utile ricostruire la disciplina sulla qualificazione vigente prima della entrata in vigore del D.P.R. n. 34 del 2000 (regolamento sulla qualificazione) e del D.P.R. n. 554 del 1999 (regolamento generale sui lavori pubblici), anche con riferimento ai requisiti previsti per l'impresa che partecipa alla gara singolarmente, considerato che i parametri delle imprese riunite sono rapportati dal legislatore a quelli previsti per l'impresa singola.

Orbene, il sistema vigente al momento dell'entrata in vigore dei predetti regolamenti risulta fondato sulle seguenti norme:

– art. 34 della legge n. 109 del 1994 ed art. 18 legge n. 55 del 1990 per effetto dei quali la Stazione Appaltante ha l'obbligo di indicare nel bando di gara la categoria o le categorie prevalenti e l'importo di ciascuna di esse, nonché le categorie (e i correlati importi) ulteriori, relative a tutte le altre lavorazioni previste nel progetto;

– comma 8 dell'art. 13 legge n. 109 del 1994 che ribadisce l'obbligo di indicare la categoria o le categorie prevalenti, precisando che la capogruppo realizza i lavori della o delle categorie prevalenti e le mandanti i lavori scorporabili (si sottolinea che per effetto di tale norma le Stazioni Appaltanti sarebbero tenute ad indicare tutte le categorie dei lavori previste nel progetto, con il relativo importo, specificando quelle che debbono essere considerate prevalenti e quelle che debbono essere considerate scorporabili);

– comma 7 dell'art. 13 legge n. 109 del 1994 (nel testo vigente prima della legge n. 166 del 2002) che, vietando il subappalto dei lavori di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica il cui valore superi il 15% del totale, impone il ricorso alle A.T.I. verticali da parte delle imprese singole non dotate dei necessari requisiti di qualificazione al fine di poter eseguire le predette opere ad alto contenuto tecnologico (individuate ora con l'art. 72 comma 4 del D.P.R. n. 554 del 1999);

– comma 1 dell’art. 8 D.P.C.M. n. 55 del 1991 il quale, con riferimento alla A.T.I. orizzontale, stabilisce che i requisiti finanziari e tecnici (sempreché frazionabili) previsti per l’impresa singola devono essere posseduti nella misura variabile tra il 40% ed il 60% dalla capogruppo e per la residua percentuale cumulativamente dalla o dalle mandanti, fermo restando che ciascuna di esse deve possedere una percentuale variabile tra un minimo del 10% ed il massimo del 20% di quanto richiesto cumulativamente (la compatibilità dell’art. 8 commi 1 e 2 D.P.C.M. n. 55 del 1991 con il D.P.R. n. 34 del 2000 è stata affermata anche dalla circolare del Ministero dei lavori pubblici n. 182/400/93 del 1° marzo 2000);

– comma 2 dell’art. 8 cit. che, con riferimento alla A.T.I. verticale, precisa che i requisiti previsti per l’impresa singola devono essere posseduti dalla capogruppo nella categoria prevalente e dalle mandanti nelle categorie scorporabili (tale ultima disposizione è stata sostanzialmente confermata dall’art. 13, comma 3, legge n. 109 del 1994 che stabilisce che i requisiti nel caso di A.T.I. di tipo verticale, sempreché siano frazionabili, devono essere posseduti dal mandatario o capogruppo per i lavori nella categoria prevalente e per il relativo importo, mentre per i lavori scorporati ciascun mandante deve possedere i requisiti previsti per l’importo della categoria dei lavori che intende assumere e nella misura indicata).

La disciplina successiva, come già accennato, fa perno, in particolare, sulle disposizioni di cui all’art. 18, comma 3, della legge n. 55 del 1990, agli artt. 8, 9 e 13, comma 7, della legge n. 109 del 1994, nonché sulle disposizioni contenute negli artt. 73, commi 2 e 3, 74, commi 1 e 2, e 95 del D.P.R. n. 554 del 1999, nonché sul regime definito dal D.P.R. n. 34 del 2000.

Tale complesso sistema normativo, come precisato anche dall’allora Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici²⁶ (oggi Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture) prevede:

a) che nel bando di gara sia indicato quanto segue:

- l’importo complessivo dell’intervento oggetto dell’appalto;
- la categoria generale o specializzata considerata prevalente (c.d. principio della unicità della categoria prevalente) e la relativa classifica (la categoria prevalente è unicamente quella d’importo più elevato rispetto a ciascuna di quelle costituenti l’intervento);
- tutte le parti, purché di importo singolarmente superiore al 10% dell’importo complessivo dell’appalto e comunque superiori a 150.000 Euro, appartenenti alle categorie generali o specializzate di cui si compone l’intervento con i relativi importi e categorie che (salvo quanto previsto dall’art. 13 comma 7 legge n. 109 del 1994) a scelta del concorrente, sono subappaltabili o affidabili a cottimo, oppure scorporabili;

²⁶ Determinazione avente ad oggetto « *Tipologia unitaria dei bandi per l’affidamento di lavori pubblici* », in *GURI*, supplemento 4 settembre 2000 n. 143.

b) che le categorie di opere specializzate si suddividono in quelle a qualificazione non obbligatoria ed in quelle a qualificazione obbligatoria;
c) che le lavorazioni delle categorie specializzate a qualificazione obbligatoria, qualora l'aggiudicatario sia privo di adeguata qualificazione, devono essere affidate in subappalto;

d) che alcune lavorazioni appartenenti quasi tutte a categorie specializzate da considerarsi strutture, impianti ed opere speciali caratterizzate, sotto il profilo ingegneristico, da notevole contenuto tecnologico o da rilevante complessità tecnica (individuate all'art. 72, comma 4, del D.P.R. n. 554 del 1999), qualora singolarmente considerate di importo superiore al 15% dell'importo complessivo dei lavori, non possono essere subappaltate sicché l'impresa o possiede la relativa qualifica o costituisce un'A.T.I. di tipo verticale, associando un'impresa in possesso delle predette categorie ad alto contenuto tecnologico. Quindi nel caso in cui le lavorazioni, diverse da quelle prevalenti, indicate come scorporabili, siano opere generali oppure strutture, impianti ed opere speciali indicate dall'art. 72 del D.P.R. n. 554 del 1999 non è sufficiente la qualificazione nella sola categoria prevalente per eseguirle, ma è necessaria la dimostrazione della qualificazione *ad hoc*: tali lavorazioni, sempreché non si intenda costituire un R.T.I. di tipo «verticale» sono subappaltabili unicamente ad imprese qualificate. Nel caso di lavorazioni *ex art.* 13 comma 7 legge n. 109 del 1994, di importo superiore al 15% di quello a base d'asta, è necessario che l'impresa singola abbia la relativa qualifica: difettando tale requisito, l'impresa singola deve costituire un'A.T.I. associando imprese idonee, non potendo mai essere subappaltate le opere ad alto contenuto tecnologico di importo singolarmente superiore al 15% dell'importo dei lavori a base d'asta.

Resta fermo che, ai sensi del suddetto art. 18, comma 3, della legge n. 55 del 1990 il bando di gara deve indicare anche lavorazioni di importo inferiore al 10% dell'importo complessivo dell'appalto oppure a 150.000 Euro che potranno essere subappaltate.

Per quanto riguarda l'esecuzione dei lavori, l'impresa in possesso della qualificazione nella categoria di opere generali, ovvero nella categoria di opere specializzate, indicata come prevalente, può eseguire anche le lavorazioni « secondarie » (anche se priva della relativa qualificazione) oppure può subappaltarle ad altri soggetti ammessi ad eseguire lavori pubblici, purché quest'ultimi siano in possesso della relativa qualificazione.

La legge n. 166 del 2002, modificando il comma 7 dell'art. 13 legge n. 109 del 1994, ha precisato che il divieto di subappalto si applica qualora l'importo delle lavorazioni singolarmente considerate (« *una o più di tali opere* ») superi il 15% dell'importo complessivo dell'intervento²⁷.

²⁷Prima della emanazione della legge n. 166 del 2002, il T.A.R. Lazio, Sez. III *bis*, 1° agosto 2001 n. 6895, in *Contratti dello Stato e degli Enti Pubblici*, 2002, p. 73) aveva affermato che « la

disposizione dell'art. 13, comma 7, della legge quadro sui lavori pubblici – che prevede il divieto di subappalto e l'obbligo di costituzione di riunione temporanea di tipo verticale qualora nell'oggetto dell'appalto rientrino, oltre ai lavori prevalenti, opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica e qualora ciascuna di tali opere superi altresì in valore il 15% dell'importo totale dei lavori – trova applicazione tutte le volte che anche una sola di tali opere superi il 15% dell'importo dell'appalto, non essendo che tutte le opere in questione eccedano il predetto limite ».

Giova evidenziare che, sempre prima della emanazione della legge n. 166 del 2002, si era posto il problema se il comma 7 dell'art. 13 della legge n. 109 del 1994 dovesse essere applicato con riferimento all'importo totale delle lavorazioni di ognuna della relative categorie scorporabili per le quali vige il divieto di subappalto, oppure se dovesse essere applicato tenendo conto del fatto che l'obbligo di possedere adeguate qualificazioni implica una sorta di obbligo di partecipare alla gara nella forma dell'associazione temporanea di tipo verticale e, quindi, con facoltà per l'aggiudicatario di subappaltare le lavorazioni entro il limite del 30% dei suddetti importi totali. In merito l'Autorità per la Vigilanza sui lavori pubblici ha osservato: « *per rispondere al quesito va tenuto presente che nel caso di associazioni temporanee verticali – indipendentemente se costituite per scelta del concorrente o perché conseguenza del divieto di subappalto – ogni mandante, assumendo l'esecuzione delle lavorazioni di una singola categoria, è da considerarsi assimilabile al soggetto che assume le lavorazioni della categoria prevalente. Non vi è dubbio, quindi, che sussiste la facoltà di subappaltare entro il limite del 30% le lavorazioni di ogni categoria » (determinazione 20 dicembre 2001, in GURI 17 gennaio 2002 n. 14).*

Con la medesima determinazione ha ribadito che: « *le lavorazioni delle categorie scorporabili sono tutte anche totalmente subappaltabili (art. 73, comma 1, del D.P.R. n. 554 del 1999), fatto salvo il caso che sia da applicarsi la norma sullo speciale divieto di subappalto. Tale disposizione non pone problemi se l'aggiudicatario è un soggetto singolo oppure un'associazione temporanea di tipo orizzontale. Qualora, invece, l'aggiudicatario è un'associazione temporanea di tipo verticale occorre tenere conto che ciascuna delle mandanti assume l'esecuzione di lavorazioni di una particolare categoria e, pertanto, non vi è dubbio che sono da considerarsi assimilabili al soggetto che assume le lavorazioni della categoria prevalente. Ne consegue che esse possono subappaltare le lavorazioni esclusivamente entro il limite del 30% dell'importo delle lavorazioni assunte ».*

Dopo le modifiche apportate dalla legge n. 166 del 2002, l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (determinazione 18 dicembre 2002 n. 31, in GURI n. 304/02), ha osservato che in vigore del testo precedente alla legge n. 166 del 2002 « *... il Ministero dei Lavori Pubblici (circolare 182/400/93 del 1 marzo 2000) e l'Autorità (determinazioni n. 15 del 18 luglio 2001 e n. 25 del 20 dicembre 2001) avevano interpretato la norma nel senso che il divieto di subappalto sussistesse soltanto se tutte le lavorazioni, previste dal bando di gara in aggiunta alla categoria prevalente, appartenenti alle categorie elencate nell'art. 72, comma 4, del D.P.R. n. 554 del 1999 oppure alle categorie generali, fossero, singolarmente considerate, d'importo superiore al 15% dell'importo complessivo dell'appalto. Il TAR del Lazio (sentenza 1 agosto 2001 n. 6895, sezione III bis) sovvertiva l'interpretazione di cui sopra sostenendo che il divieto sussisteva per le lavorazioni appartenenti alle categorie elencate nell'art. 72, comma 4, del D.P.R. n. 554 del 1999 le quali, singolarmente considerate, superavano il 15% dell'importo complessivo dell'appalto, e ciò anche nel caso che le altre fossero di importo inferiore al 15% indicato. Di avviso contrario era, invece, il TAR dell'Emilia Romagna (sentenza 21 agosto 2002 n. 1097, Sez. I) che confermava l'interpretazione del Ministero dei LL.PP. e dell'Autorità, rilevando come la stessa fosse rispondente al principio comunitario (sentenza della Corte di Giustizia CE del 2 dicembre 1999, c.d. « *Holst Italia* ») che consente ai concorrenti di provare il possesso dei richiesti requisiti tecnici e finanziari avvalendosi delle referenze di altra impresa « qualunque sia la natura giuridica dei vincoli, a condizione che sia in grado di disporre effettivamente di tali capacità ».*

Va osservato che la modifica apportata al testo della norma dalla legge n. 166 del 2002 (... e qualora una o più di tali opere superi altresì in valore il 15% dell'importo totale dei lavori, esse ...) non appare di interpretazione univoca; né contribuiscono ad alcun chiarimento i relativi lavori parlamentari. Infatti, la nuova disposizione, anche con riferimento agli articoli 72, 73 e 74 del D.P.R. 554/99 nonché all'art. 18, comma 12, della legge 19 marzo 1990 n. 55, può essere anch'essa interpretata in tre modi diversi: ritenendo, cioè, che il divieto di subappalto sussista qualora la somma degli importi delle lavorazioni – previste dal bando di gara oltre alla categoria prevalente – appartenenti alle categorie elencate nell'art. 72, comma 4, oppure alle categorie generali superi il

15% dell'importo complessivo dell'appalto; ovvero che il divieto di subappalto trovi applicazione per tutte le suddette lavorazioni, indipendentemente dai loro singoli importi, qualora l'importo di almeno una di esse superi il 15% dell'importo complessivo dell'appalto; ovvero ancora, che il divieto di subappalto si applichi soltanto per quelle delle suddette lavorazioni il cui importo, singolarmente considerato, superi il 15% dell'importo complessivo dell'appalto. Ciò posto, sembra all'Autorità che la prima interpretazione si traduca, in sostanza, in un divieto quasi assoluto di subappalto. La seconda interpretazione, pur non comportando l'effetto indicato, implica anch'essa un eccessivo irrigidimento del sistema, in quanto il divieto di subappalto riguarderebbe anche lavorazioni di importo molto limitato, con la conseguente necessità di un quasi obbligo per le imprese di partecipare alle gare costituendo raggruppamenti di tipo verticale. Sembra, quindi, che l'unica lettura della norma che sia coerente con quanto prescritto dal comma 12 dell'art. 18 della legge 55/90 – che prevede la sub-appaltabilità di tutte le lavorazioni previste dal bando diverse da quelle della prevalente – e con i principi comunitari richiamati nella citata sentenza del TAR Emilia Romagna, sia quella di cui alla terza delle indicate soluzioni, secondo cui il divieto di subappalto si applica alle sole lavorazioni, previste dal bando di gara oltre alla categoria prevalente, appartenenti alle categorie elencate nell'art. 72, comma 4, oppure alle categorie generali, il cui importo, singolarmente considerato, supera il 15% dell'importo complessivo dell'appalto. Interpretazione, quella indicata, che trova conferma nell'ultimo periodo aggiunto dalla legge 166/02 al comma 7 dell'art. 13 della legge 109/94, secondo cui « per le medesime speciali categorie di lavori, che siano indicate nel bando di gara, il subappalto, ove consentito, non può essere artificiosamente suddiviso in più contratti ». La norma lascia intendere, infatti, che le lavorazioni indicate nel bando, oltre alla categoria prevalente, sono di due tipi: quelle subappaltabili e scorporabili in quanto di importo pari o inferiore al 15% dell'importo complessivo dei lavori e quelle solo scorporabili in quanto di importo superiore al 15% dell'importo complessivo dei lavori. Va precisata che la nuova normativa non ha inciso sul fatto che le lavorazioni delle categorie a qualificazione obbligatoria (secondo le indicazioni della tabella A allegata al D.P.R. 34/00), indipendentemente se subappaltabili o non subappaltabili, debbono essere eseguite (sia come aggiudicatario e sia come subappaltatore) soltanto da imprese qualificate nella specifica categoria con la conseguenza che non esiste nessun problema per quanto riguarda la qualità dell'esecuzione. Restando, quindi, ancora valide le indicazioni in materia di bandi di gara e d'esecuzione dei lavori, fatto salvo quanto prima precisato in ordine al divieto di subappalto, contenute nella determinazione dell'Autorità n. 25 del 20 dicembre 2001. In merito al divieto di subappalto, si è posto anche il problema se lo stesso operi, nel presupposto prima precisato, nei riguardi delle sole lavorazioni indicate nel bando di gara oltre alla categoria prevalente che siano appartenenti all'elenco dell'art. 72, comma 4, del D.P.R. n. 554/99, o anche nei riguardi di quelle appartenenti alle categorie generali. L'Autorità ha espresso l'avviso, nella richiamata determinazione n. 25/2001, che il divieto operi anche nei riguardi delle categorie generali in quanto così va interpretato l'art. 74, comma 2, del D.P.R. 554/99 ed in quanto le lavorazioni delle categorie generali presentano sicuramente aspetti tecnici non inferiori a quelli di molte delle lavorazioni di cui alla suddetta elencazione. A tal proposito si suggerisce alle stazioni appaltanti di specificare nei bandi di gara che, come è noto, costituiscono la *lex specialis* della stessa il suddetto avviso in modo che i concorrenti siano resi edotti delle specifiche regole per essa previste.

Va infine precisato che sicuramente fra le categorie cui, nel presupposto prima specificato, si applica il divieto di subappalto è da ricomprendere la categoria OG11 in quanto questa è da considerarsi appartenente all'elenco delle strutture impianti ed opere speciali di cui all'art. 72, comma 4, del D.P.R. 554/99 per la ragione che non è altro che la somma delle lavorazioni indicate nelle lettere b), d), ed e) del suddetto comma e cioè delle categorie specializzate OS3, OS5, OS28 e OS30 per le quali nessun dubbio o incertezza esiste in ordine al suddetto divieto di subappalto. Va anche confermato l'avviso contenuto nel punto B della determinazione dell'Autorità del 7 maggio 2002 n. 8 in ordine alla possibilità per le imprese qualificate nella categoria OG11 di partecipare alle gare che prevedano una o più delle suddette quattro categorie specializzate, possibilità che è indipendente dall'eventuale previsione dei bandi (TAR Veneto, Sez. I, 1 agosto 2002 n. 3837), ma che è opportuno sia indicata negli stessi...(omissis) ».

Secondo l'Ance, circolare 6 agosto 2002 n. 104 la sostituzione della parola « ciascuna » con la locuzione « una o più » significa che, qualora nell'ambito di un lavoro ci siano più lavorazioni superspecializzate indicate come scorporabili ed una sola di esse superi la soglia del 15% dell'importo complessivo dei lavori, solo per quest'ultima scatterà il divieto di subappalto.

Tornando, in particolare, sull'assetto previsto dalle disposizioni dell'art. 95 D.P.R. n. 554 del 1999 – disposizioni che sono contenute in quella sezione che il decreto 554 dedica proprio alle A.T.I. – si osserva che in base al comma primo dell'art. 95 cit. la qualificazione della singola impresa può essere dimostrata in tre diversi modi, tra loro alternativi:

- a) nella categoria prevalente e per l'importo complessivo dell'intervento;
- b) nella categoria prevalente per l'importo relativo alla categoria prevalente nonché nelle categorie scorporabili per i relativi importi;
- c) nella categoria prevalente, nonché in alcune delle categorie scorporabili, per i relativi importi, purché la classifica della qualificazione nella categoria prevalente sia pari o superiore alla somma degli importi della categoria prevalente e delle categorie scorporabili per le quali il soggetto non è specificamente qualificato.

In ognuna delle tre ipotesi le disposizioni prevedono che la qualificazione sia comunque adeguata con riferimento all'importo complessivo dell'intervento.

Con riferimento alle A.T.I. di tipo orizzontale, l'art. 95, comma 2, D.P.R. n. 554 prevede che la qualificazione deve essere non inferiore a quella prescritta per il soggetto singolo e deve essere posseduta nel seguente modo:

- a) la mandataria nella misura minima pari al 40%;
- b) le mandanti nella misura minima pari al 10% (restando fermo che la somma della qualificazione di tutte le imprese associate deve essere tale da coprire l'importo a base di gara e che la mandataria deve possedere il requisito in misura maggioritaria).

La suddetta disposizione (poiché stabilisce che la qualificazione della mandataria e delle mandanti deve essere almeno pari ad una percentuale di quella prevista per il concorrente singolo) consente di ritenere ammissibile la partecipazione – oltre che di una associazione di tipo orizzontale costituita da una mandataria e da alcune mandanti in possesso di qualificazione, per la categoria prevalente e per classifica rispettivamente pari al 40% ed al 10% dell'importo complessivo dell'intervento – anche, in analogia, a quanto previsto per l'impresa singola (ipotesi *sub c*) sopra riportata), di una associazione nella quale la mandataria e le mandanti posseggano la qualificazione nella categoria prevalente ed in tutte o alcune delle categorie scorporabili rispettivamente per una classifica adeguata al 40% ed al 10% dell'importo della categoria prevalente oppure della somma degli importi della categoria prevalente e delle categorie scorporabili per le quali l'A.T.I. orizzontale non è specificamente qualificata, nonché dei singoli importi delle categorie

Giova rammentare che le opere superspecializzate quando risultino subappaltabili, non potranno essere suddivise artificialmente ai fini del subaffidamento ».

scorporabili per le quali l'A.T.I. è specificamente qualificata²⁸.

L'art. 95, comma 2 D.P.R. n. 554 cit., nella parte in cui dispone che la mandataria deve possedere i requisiti in misura maggioritaria, va inteso con riferimento ai requisiti minimi richiesti per lo specifico appalto.

Ne consegue che non è consentito che la percentuale coperta dalle mandanti, al fine di dimostrare da parte della associazione temporanea orizzontale il possesso del 100% dei requisiti minimi, sia costituita da una quota di una mandante che sia di importo superiore a quella della mandataria²⁹.

Con riferimento alle A.T.I. verticali, l'art. 95, comma 3, D.P.R. n. 554 cit. prevede che la qualificazione deve essere posseduta nel seguente modo:

- a) la mandataria nella categoria prevalente per il corrispondente importo;
- b) le mandanti nelle categorie scorporabili per i corrispondenti importi.

Resta fermo che, ai sensi dell'art. 13, comma 7, legge 109/94 (refluito nel comma 11 dell'art. 37 Codice) qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione rientrino 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 ed opere speciali, e qualora una o più di tali opere superi altresì in valore il 15% dell'importo totale dei lavori, esse non possono essere affidate in subappalto e sono eseguite esclusivamente dai soggetti affidatari; le imprese che non siano in grado di realizzare le predette componenti sono tenute a costituire un'A.T.I. verticale.

È opportuno, infine, precisare che ciascuna impresa raggruppata potrà beneficiare (ai sensi dell'art. 3, comma 2, D.P.R. n. 34 del 2000) dell'incremento del quinto della propria classifica, qualora qualificata per almeno un quinto dell'importo complessivo a base di gara. Tale incremento è applicabile anche alle associazioni di tipo verticale e misto; in tal caso tuttavia la suddetta condizione di qualificazione per un quinto dell'importo complessivo dell'appalto va riferita ai singoli importi della categoria prevalente e delle categorie scorporabili³⁰.

La prova di requisito da parte delle imprese raggruppate è fornita nei modi previsti per l'impresa singola (attestazioni SOA in relazione alla

²⁸ In tal senso si è espressa l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, det. 20 dicembre 2001, avente ad oggetto profili interpretativi in materia di bandi di gara e di esecuzione dei lavori, in *GURI* 17 gennaio 2002 n. 14.

²⁹ Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, det. 20 dicembre 2001 cit. Cfr., altresì, in ordine all'esigenza di riportare i requisiti delle imprese riunite al "contributo effettivo" nella specifica gara, Cons. Stato, V Sez., 19 febbraio 2007 n. 832, in *Urb. App.*, 2007, p. 842 e ss., con nota di Pagani, *Rapporti tra mandataria e mandante in ordine ai requisiti di partecipazione nel RTI orizzontale*.

³⁰ Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, det. ult. cit. L'incremento in questione si applica anche ai consorzi ordinari essendo essi espressamente parificati dalla legge alle A.T.I. Per quanto concerne i consorzi stabili si rinvia al commento all'art. 13.

quota indicata); la certificazione di qualità ai fini di avvalersi dei benefici di legge (*ex art. 8 legge n. 109 del 1994*) va posseduta – a nostro avviso – da tutte le imprese dell’A.T.I. orizzontale in quanto si tratta di specifica attestazione coinvolgente i livelli prestazionali cui sono chiamate tutte le imprese; in caso di A.T.I. verticale il beneficio è attribuito alle imprese in possesso della certificazione in relazione ai lavori da essa specificamente assunti³¹.

Per quanto attiene alla qualificazione delle A.T.I. miste (della cui legittimazione si è parlato nel paragrafo 1, anche in relazione alla specifica norma introdotta con la legge n. 166 del 2002), sembra che dal sistema normativo sopra richiamato possa desumersi – in linea con quanto aveva già puntualizzato l’allora Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici³² – il seguente regime:

- a) la mandataria deve possedere la qualificazione per la categoria prevalente e per una classifica adeguata al 40% dell’importo cui deve far fronte l’intera *sub* associazione orizzontale (somma degli importi della categoria prevalente e delle categorie scorporabili per le quali l’associazione temporanea mista non è specificamente qualificata);
- b) le mandanti che intendono assumere l’esecuzioni di lavorazioni della categoria prevalente devono possedere la qualificazione per la categoria prevalente e per una classifica adeguata al 10% dell’importo cui deve far fronte l’intera *sub* associazione orizzontale (somma degli importi della categoria prevalente e delle categorie scorporabili per le quali l’associazione temporanea mista non è specificamente qualificata), fermo restando la copertura dell’intero importo;
- c) le mandanti che intendono assumere lavori nelle categorie scorporabili devono possedere la qualificazione con riferimento ad ognuna di tali categorie;
- d) l’importo di ognuna delle categorie scorporabili può essere coperto anche da più di una mandante con la condizione che almeno una di esse (da considerarsi mandataria della *sub* associazione orizzontale che intende assumere l’esecuzione delle lavorazioni della categoria scorporabile) sia qualificata per una classifica adeguata al 40% dell’importo e le altre per una classifica adeguata al 10% del suddetto importo, fermo restando la copertura dell’intero importo.

³¹Cons. Stato, Sez. V, 18 ottobre 2001 n. 5517, in *Contratti dello Stato e degli Enti Pubblici*, 2002, p. 78 ss., con nota di G. BARZAZI, *Sulla valutazione dei requisiti richiesti ai partecipanti ad una gara in caso di raggruppamenti temporanei di imprese*.

Si veda, altresì, Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, det. 27 settembre 2000, n. 44 che ha affermato che in caso di associazioni temporanee orizzontali il beneficio della riduzione alla metà della cauzione provvisoria e di quella definitiva è fruibile se tutte le imprese sono in possesso della certificazione di qualità, precisando che in caso di A.T.I. verticale il beneficio della riduzione alla metà della cauzione provvisoria e di quella definitiva è attribuito alle imprese in possesso della certificazione di qualità, data la possibilità di ripartizioni pro-quota.

³²Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, det. 20 dicembre 2001, cit.

8. Per quanto concerne i servizi e le forniture la individuazione dei requisiti e dei parametri è – in linea con la precedente impostazione – rimessa alle Stazioni Appaltanti.

Nell'esercizio di tale potere un primo limite si correla al fatto che i requisiti dovranno pur sempre ispirarsi a quelli previsti dall'art. 41 e 42 del Codice, che, comunque, sono da intendere meramente indicativi e non escludono, quindi, la facoltà della Stazione Appaltante di individuare requisiti diversi ed ulteriori.

Un secondo limite potrebbe derivare dall'esigenza di assicurare una preminenza del ruolo della mandataria cui, comunque, compete l'esecuzione della "prestazione principale".

Restano fermi i limiti derivanti dal rispetto dei principi di trasparenza, di congruità e di ragionevolezza.

9. – In relazione all'appalto di lavori, il D.Lgs n. 406 del 1991 non stabiliva alcuna specifica correlazione tra qualificazione di ciascuna impresa associata e quota di esecuzione dei lavori da parte della predetta impresa. Nel caso di A.T.I. verticali una certa correlazione si faceva comunque discendere, in via interpretativa, dalla peculiarità e specificità delle competenze dedotte da ciascuna impresa nell'ambito dell'A.T.I. in correlazione al riparto tra opere principali e opere scorporabili.

La giurisprudenza, prima dell'emanazione del D.P.R. n. 554 del 1999, aveva affermato che tutte le imprese raggruppate dovessero partecipare all'esecuzione dei lavori, ma non aveva sancito puntualmente il principio di stretta corrispondenza tra quota di qualificazione e quota di esecuzione.

In particolare, aveva affermato che il patto di riparto di quote diversificate dovesse essere provato per iscritto, dovendosi ritenere l'uguaglianza delle quote, qualora non fosse stato indicato diversamente e ciò anche nell'interesse della P.A.³³; aveva, inoltre, sancito la nullità del patto non scritto avente ad oggetto l'esecuzione dei lavori da parte di una sola delle imprese associate (nullità per difetto di forma scritta, richiesta *ad substantiam* per i contratti con la P.A., considerato che il patto era destinato a modificare un contratto concluso con la P.A.)³⁴.

Ancora, la giurisprudenza aveva, successivamente, dichiarato la nullità del patto interno di esclusione di alcune imprese dall'esecuzione per difetto funzionale della causa (negozio in frode alla legge)³⁵, sancendo l'obbligo dell'Amministrazione di verificare la partecipazione alla esecuzione di tutte le imprese in A.T.I. orizzontali³⁶; infine, aveva

³³Cass., Sez. I, 2 marzo 1996 n. 1650, in *AGOP*, 1996, p. 392.

³⁴Cfr. Cass. n. 1650 cit.

³⁵Cass., Sez. I, 7 agosto 1997 n. 7287.

³⁶Corte Conti, Sez. controllo Stato, 5 giugno 1991 n. 66.

puntualizzato che siffatta verifica dovesse essere eseguita già durante il procedimento di gara, qualora la Stazione Appaltante fosse venuta a conoscenza (attraverso il mandato o la procura) dell'accordo negoziale di tipo associativo³⁷.

Anche in base alla richiamata giurisprudenza sembra, dunque, potersi affermare che il legislatore (almeno sino al D.P.R. n. 554 del 1999) abbia voluto riconoscere flessibilità operativa in sede di esecuzione dei lavori alle imprese riunite in modo orizzontale (cioè tra imprese con idoneità omogenee), ammettendo il riparto delle quote di esecuzione dei lavori secondo le esigenze concrete derivanti dai processi costruttivi, nel rispetto dell'autonomia imprenditoriale, fondamentale per assicurare al committente la realizzazione dell'opera nei tempi programmati: in tale contesto, l'unico limite si correla al divieto di totale estromissione di un'impresa riunita dalla esecuzione dei lavori, restando fermo che per le imprese riunite in modo verticale il limite discende anche alla specificità delle competenze dedotte.

Del resto, non riscontrandosi nella richiamata legislazione espressi e inequivoci divieti o prescrizioni limitatrici, l'autonomia delle parti, ai sensi dell'art. 1322 c.c., deve presumersi non soggetta a condizioni o restrizioni, fatti salvi i limiti tradizionali di ordine pubblico ai sensi e per gli effetti degli artt. 1344 e 1418 c.c.

In tale prospettiva, per affermare la nullità di un accordo in materia di riparto di quote bisogna riscontrare un intento fraudolento, oppure un contrasto con norme imperative. Quindi, non risulterebbe invalido l'accordo con il quale le imprese riunite in modo orizzontale si ripartiscono – anche nel corso della esecuzione – in modo non paritario le quote di esecuzione di lavori.

La nullità del mandato o del contratto di appalto, sotto il profilo dell'art. 1344 c.c. o dell'art. 1418 c.c., può infatti invocarsi solo qualora si affidi l'esecuzione ad una sola impresa o ad alcune di esse con conseguente totale estromissione delle altre imprese associate, poiché solo tale ipotesi concretizza la vanificazione dell'accordo collaborativo concluso anche nell'interesse della P.A. e, quindi, un patto in contrasto con una norma imperativa.

Ai fini della nullità assoluta dell'accordo è pertanto necessario individuare un preminente interesse di ordine pubblico, che può emergere solo in relazione alla totale estromissione di un'impresa associata dalla partecipazione al processo costruttivo, poiché esclusivamente in tal caso può configurarsi la vanificazione della causa del contratto di mandato³⁸.

³⁷Cfr. T.A.R. Puglia, Bari, 14 ottobre 1987 n. 693, in *TAR*, 1987, I, p. 4256; *contra*, T.A.R. Abruzzo n. 532 del 1997, secondo il quale la legge non impone di specificare quali lavorazioni saranno eseguite da ciascuna impresa raggruppata.

³⁸Cass., Sez. I, n. 1650 cit.; tale pronuncia si fonda su analoga ricostruzione, già accolta dal massimo organo di giurisdizione contabile (Sez. contr. Stato, 5 giugno 1991 n. 65), sempre con riferimento

In definitiva, dal delineato quadro normativo e giurisprudenziale emergerebbe l'insussistenza di un obbligo di stretta correlazione tra quote di qualificazione e quote di esecuzione nel caso di A.T.I. orizzontale: più semplicemente, tutte le imprese costituenti la associazione orizzontale debbono partecipare all'esecuzione dei lavori, ciò in quanto, nell'ambito del contenuto del contratto di appalto, cui il mandato costitutivo della associazione è funzionalmente collegato, rileva non soltanto la finalità che sia eseguita l'opera, ma anche che sia eseguita con il concorso di tutte le imprese associate, essendo ciascuna di esse contitolare dell'appalto.

Resta fermo per le A.T.I. verticale il limite derivante dalle competenze specifiche in correlazione alle categorie di qualificazione dedotte da ciascuna impresa nel rapporto associativo.

Con la disposizione contenuta nel comma 13 dell'art. 37 D.Lgs. 163/06 (che ha sostanzialmente confermato il comma 4 dell'art. 93 del D.P.R. n. 554 del 1999, ora abrogato) si è statuito che i concorrenti riuniti in RTI devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione del raggruppamento.

Tale disposizione ha introdotto, dunque, un principio di necessaria corrispondenza tra quota di partecipazione alla A.T.I. e quota di esecuzione dei lavori: il mancato rispetto di tale regola dovrebbe comportare la facoltà della Stazione appaltante di risolvere il contratto in danno della A.T.I., trattandosi di un elemento essenziale del negozio giuridico.

Si sottolinea che la norma regolamentare si riferisce testualmente alla quota di partecipazione alla A.T.I. e non anche a quella di qualificazione nell'ambito dell'A.T.I.

Ma, è dubbio che possa configurarsi un effettivo rapporto di partecipazione nell'ambito di un *quid* che non presenta aspetti di unitarietà o di soggettività, atteso che l'istituto dell'A.T.I. si risolve in un mero accordo plurisoggettivo che non dà luogo ad una società, né ad una vera e propria associazione^{38bis}.

esclusivo all'ipotesi di totale estromissione (la mancata collaborazione di un'impresa all'esecuzione dell'opera determinerebbe il difetto funzionale – della causa – sia del contratto di mandato che del contratto di appalto, rendendo nullo sia l'uno che l'altro. La verifica sul patto si impone anche per scongiurare il pericolo di un negozio posto in essere in frode alla legge, *ex art. 1344 c.c.*, come accadrebbe nel caso di Ati costituita al solo scopo di far eseguire i lavori ad una o più imprese riunite che non avrebbero potuto partecipare alla gara e conseguentemente eseguire i lavori perché sprovviste dei requisiti di idoneità richiesti).

Tale assunto è stata altresì ribadito da Cass. n. 7287/97, cit., che ritiene « illegittima la pattuizione diretta ad estromettere del tutto un'impresa del raggruppamento» con argomentazioni, sintetizzabili nella notazione che diversamente risulterebbe frustrato lo scopo principale della temporanea associazione, comunemente individuato (quanto alle integrazioni c.d. orizzontali, come quella in esame) nell'esigenza che ciascuna delle imprese riunite partecipi all'esecuzione dei lavori, onde il concorso dei rispettivi apporti ne assicuri il buon andamento e il risultato finale, altrimenti compromessi dalla (presupposta) inadeguatezza dei mezzi tecnici e finanziari in possesso delle imprese singole.

^{38bis} Cfr.: Cons. Stato, VI sez., 1° marzo 2007 n. 1001, in *Foro Amm. – CdS*, 2007, p. 971, che afferma: "Ancorché non richiesta nel bando di gara, l'omessa specificazione delle quote di

Sembra allora più coerente con il sistema ritenere che la quota di partecipazione di ciascuna impresa sia da considerare in termini di valore di qualificazione dedotto nel singolo procedimento di gara da ciascuna impresa riunita (il contributo alla qualificazione di ciascuna impresa riunita), ciò in ragione del fatto che il sistema della qualificazione previsto dal D.P.R. n. 34 del 2000 fa perno, comunque, sul principio di corrispondenza tra esecuzione e qualificazione³⁹.

partecipazione di ciascuna impresa al raggruppamento aggiudicatario non può essere qualificata come mera irregolarità emendabile, dovendosi integrare il bando con le prescrizioni di legge previste per la valida partecipazione alla gara, come lo sono quelle dell'art. 13, comma 5, l. n. 109 del 1994, in forza delle quali la partecipazione alla procedura di gara di opere pubbliche delle associazioni temporanee è subordinata alla condizione che la mandataria e le altre imprese siano già in possesso dei requisiti di qualificazione per la rispettiva quota percentuale, con ciò evidentemente riaffermando la necessità della previa indicazione delle quote di partecipazione". Cfr., altresì, TAR Liguria, II sez., 8 maggio 2007 n. 730, in *Foro Amm. - TAR*, 2007, p. 1592 che precisa: "La norma di all'art. 37, comma 13, d.lg. n. 163 del 2006 impone l'esecuzione dei lavori da parte dei componenti dell'Ati costituenda in relazione alla quota di partecipazione al raggruppamento da parte di ciascuna impresa, ma da tale disposizione non si può trarre l'obbligo per i componenti dell'Ati costituenda per un appalto integrato di progettazione e lavori di specificare in anticipo le quote dei lavori ripartite tra i membri.

A differenza dell'art. 37, comma 13, d.lg. n. 163 del 2006, il comma 4 dell'art. 37 stesso impone effettivamente la previa dichiarazione delle quote delle obbligazioni da eseguire, ma ciò ha riguardo alle sole gare indette per le forniture di beni e servizi, per cui la mancata riproduzione della formulazione richiamata nel comma tredicesimo deve essere intesa come l'espressione della volontà della legge di non estendere la vincolatività del comando anche alle gare in tema di lavori".

³⁹ MAZZONE e LORIA, *op. ult. cit.*, hanno osservato, con riferimento al regime vigente prima della legge n. 166 del 2002, che «l'obbligo di cui all'art. 93, comma 4, reg. presuppone necessariamente che l'amministrazione accerti le quote di partecipazione al raggruppamento in sede di gara.

Essa, perciò, al fine di rendere concreta ed operante la disposizione in argomento, deve espressamente richiedere con il bando o con la lettera di invito che i concorrenti, partecipanti in forma di associazione orizzontale, dichiarino in sede di offerta le rispettive quote di partecipazione.

Relativamente alle imprese partecipanti in associazione verticale, detta dichiarazione non è necessaria essendo le quote di partecipazione in re ipsa, dovendo cioè corrispondere alle specifiche parti di opera che ciascuna impresa intende assumere (la parte principale per la mandataria, la parte specialistica per la mandante).

Nelle associazioni orizzontali la percentuale di partecipazione di ciascuna impresa non è predeterminata dalla legge né predeterminabile a discrezione dell'amministrazione; tuttavia, in analogia alle disposizioni sull'idoneità di cui all'art. 95, comma 2, reg., si può ragionevolmente affermare che la partecipazione di ciascuna mandante non possa essere inferiore al 10% e quella della mandataria al 40%.

Poiché peraltro l'entità delle quote così determinate non è stabilita dalla legge, bensì discende da una estensione analogica di questa, è necessario che formi oggetto di apposita indicazione del bando o dell'invito.

Le quote di partecipazione dichiarate in sede di gara comportano l'obbligo per ciascuna impresa associata di assumere quote corrispondenti nella eventuale società di gestione dei lavori di cui all'art. 96 reg., ed evidentemente l'obbligo di eseguire l'opera rispettando tali quote con conseguente fatturazione all'amministrazione ad esse corrispondenti ».

Ed ancora: « per quanto concerne le associazioni orizzontali, l'art. 93, comma 4, reg., stabilisce soltanto che le imprese associate devono eseguire i lavori nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento. Ciò vuol dire che l'amministrazione, a garanzia della partecipazione di tutte le imprese associate, deve richiedere in sede di gara, se non l'individuazione delle parti di rispettiva competenza, che spesso può apparire difficoltosa e comunque non opportuna, almeno l'indicazione delle aliquote di lavoro che ogni impresa eseguirà, nonché l'impegno, nel caso di costituzione di società ai sensi dell'art. 96 reg., di assumere in essa partecipazioni corrispondenti alle aliquote dichiarate.

Per quanto concerne i servizi e le forniture il quarto comma dell'art. 37 stabilisce – come più sopra evidenziato – che nell'offerta devono essere specificate le parti di servizio o delle forniture che saranno eseguite dalle imprese riunite o consorziate.

Alle forniture / servizi non sembra, quindi, doversi applicare l'art. 37, comma 13, D.Lgs. 163/06.

Invero, v'è da dire che il comma 13 non circoscrive espressamente la sua portata ai lavori, sicchè la norma sarebbe suscettibile di essere applicata anche alle forniture e servizi, tenuto anche conto del criterio interpretativo desumibile da primo comma dell'art. 34 (cui più sopra si è fatto cenno), ma tale ricostruzione non appare convincente in quanto per i servizi / forniture sussiste una disposizione particolare (quella appunto contenuta nel comma 4 del medesimo art. 13) che manifesta l'intento del legislatore di confermare *semplicemente* la norma già contenuta nell'art. 10 d. lgs 358 e nell'art 11 d. lgs 157 cit..

Dunque, nel caso di forniture / servizi è sufficiente che sia indicata in sede di offerta la quota di esecuzione. Resta fermo, peraltro, che l'art. 13 comma 4 non sancisce uno stretto obbligo di corrispondenza (nel caso di prestazioni omogenee) tra quota dichiarata (in sede di offerta) e quota oggetto di effettiva esecuzione.

Tale interpretazione risulta condivisa dalla giurisprudenza, che non ha fatto discendere dall'art. 11 D. Lgs 157/95 (che pure già stabiliva che “*l'offerta congiunta deve specificare le parti di servizio che saranno eseguite dalle singole imprese*”) un obbligo di attenersi in sede esecutiva alla quota dichiarata in sede di offerta, riconoscendo, invece, ampia libertà organizzativa alle imprese raggruppate^{39bis}.

Da ciò consegue che, qualora in sede di gara venga indicata una percentuale irrilevante di partecipazione di una o più imprese costituenti l'associazione, la circostanza costituirà legittimo motivo di esclusione.

L'obbligo di rispettare in fase di esecuzione le percentuali dichiarate in sede di gara può costituire, ovviamente, oggetto di clausola risolutiva espressa del contratto di appalto ai sensi dell'art. 1456 cod. civ. (omissis)».

^{39bis}*In particolare, con riferimento ad una fattispecie in cui sussisteva una enorme sproporzione tra la partecipazione di una impresa in un RTI (circa il 68%) e la parte della prestazione effettivamente ad essa riservata (circa il 3%) si è affermato quanto segue: “... in mancanza di una specifica norma che stabilisca la necessità di una proporzione fra la partecipazione ad una associazione temporanea di imprese e la quantità delle obbligazioni assunte in sede di successivo contratto, la censura stessa deve essere esaminata alla luce dei principi generali che reggono la materia e, in primo luogo, alla luce del principio di logicità.*

Ora, una norma del genere, come è noto, non esiste, e quella richiamata dalla ricorrente (art. 11 del D.Lgs n. 157 del 1995, che richiama, poi, l'art. 10 del D.Lgs n. 358 del 1992 e, specificatamente, il secondo comma) si riferisce a ben altra fattispecie, richiedendo che ovunque vi sia un'offerta presentata congiuntamente da un raggruppamento temporaneo di imprese, la stessa deve precisare la ripartizione delle obbligazioni fra le varie imprese partecipanti, in caso di aggiudicazione della gara.

Come si diceva, occorre perciò verificare se la situazione denunciata dalla ricorrente contrasti o meno con il principio di logicità dell'azione amministrativa.

In sostanza, le quote di esecuzione dichiarate in sede di offerta possono non coincidere in concreto con le quote di effettiva esecuzione dell'appalto di servizi/forniture da parte di ciascuna impresa raggruppata^{39ter}

10. – Il comma 4 dell'art. 95 del D.P.R. n. 554 del 1999 non abrogato dal D.lgs. 163/06, conferma la permanente vigenza dell'istituto delle imprese cooptate, già previsto dall'art. 23, comma 6, D.Lgs 406 del 1991, non abrogato dagli artt. 10 e 13 della legge n. 109 del 1994 e non incompatibile con le disposizioni previste nella legge stessa e ora nel D.Lgs. 163/06. In particolare, il comma 4 dell'art. 95 stabilisce che se l'impresa singola o le imprese che intendano riunirsi in associazione temporanea hanno i requisiti previsti dalla legge, possono associare altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando, a condizione che i lavori eseguiti da queste ultime non superino il 20% dell'importo complessivo dei lavori e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna sia almeno pari all'importo dei lavori che saranno ad essa affidati⁴⁰.

Va, innanzitutto, precisato che, quando le singole imprese hanno una qualificazione capace di adempiere interamente o in gran parte le obbligazioni contrattuali, le stesse non possono essere vincolate ad una esatta corrispondenza fra requisiti di gara e quantum dell'esecuzione, in quanto si tratta in qualche misura di intromettersi nella libera pattuizione che governa necessariamente gli accordi tra soggetti privati.

Quello che interessa all'Amministrazione pubblica è che le singole imprese, per la qualificazione imprenditoriale che hanno, siano nelle condizioni di poter correttamente adempiere le obbligazioni che sono state riservate a ciascuna di esse.

Una volta che questa condizione è verificata, l'Amministrazione non ha pertanto né interesse né poteri per poter sindacare i rapporti fra i singoli che decidono di dare vita ad un raggruppamento temporaneo di imprese.

Del resto, è evidente che le due fattispecie (quella dell'aggregazione per la partecipazione alla gara e quella per l'esecuzione del contratto) rispondono a due specifici e ben distinti interessi pubblici.

La prima, infatti, si preoccupa di facilitare il raggruppamento di più forze imprenditoriali al fine di ottenere partecipazioni esattamente commisurate alle esigenze del contratto da eseguire; la seconda, invece, si preoccupa di conoscere la ripartizione degli incumbenti esecutivi, per verificare che ciascuna impresa abbia la capacità di portare a compimento la parte del contratto che è assunta" (così, TAR Lazio, III Sez., 11/9/63 n. 7560).

Si è, altresì, precisato che: "nel caso di ATI di tipo orizzontale, nel quale i partecipanti concorrono indistintamente all'esecuzione della fornitura di beni e/o servizi, non vi è correlazione logica tra possesso dei requisiti e la misura della partecipazione individuale all'esecuzione del contratto; pertanto, la ripartizione tra i partecipanti della quota di servizio che ciascuno di essi si impegna ad effettuare non incide sul rapporto contrattuale con l'amministrazione" (Cons. Stato, V Sez., 24 aprile 2002, n. 2208).

^{39ter} La giurisprudenza richiamata nella nota precedente nel delineare l'inesistenza di "una norma che stabilisce la necessità di una proporzione" ha implicitamente riconosciuto che agli appalti di servizi / forniture non si applica il quarto comma dell'art. 93 DPR 554/99 che – come già evidenziato - per gli appalti di lavori stabilisce: "Le imprese riunite in associazione temporanea devono eseguire i lavori nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento").

⁴⁰ Il bando può limitare il numero delle cooptate in un'A.T.I. (T.A.R. Lazio, Sez. II, 22 settembre 1994 n. 1094, in TAR, 1994, I, p. 3594); le imprese cooptate possono, comunque, essere associate con atto separato, o raggruppate mediante il mandato principale (Cons. Stato, Sez. VI, 30 aprile 1994 n. 638; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 4 marzo 1994).

Essendo stato abrogato l'A.N.C., la qualificazione della cooptata è ora parametrata dal regolamento esclusivamente sui requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi correlati a categorie non corrispondenti alle categorie di lavoro oggetto di esecuzione; il regolamento precisa, come in passato, che i lavori eseguiti dalle cooptate non possono superare il 20% dell'importo complessivo dei lavori oggetto dell'appalto.

L'impresa cooptata non partecipa alla qualificazione del RTI, sebbene essa deve avere una sua qualificazione ai sensi del predetto comma 4: questo consente di affermare – a nostro avviso – che la cooptata può ridurre la sua quota di partecipazione al RTI e può anche recedere dal RTI costituendo o costituito (sia in fase di gara, sia in fase di esecuzione dei lavori) senza penalizzare la posizione delle imprese “superstiti” verso la Stazione Appaltante.

Per gli appalti di forniture e servizi non è previsto l'istituto dell'impresa cooptata: attesa la natura eccezionale dello stesso non sembra che possa estendersene l'applicazione in via analogica.

II. – Il D.Lgs. 163/06 per quanto attiene al regime delle responsabilità conferma (come già anticipato) la precedente normativa (sui lavori), senza introdurre indicazioni che possano contribuire in maniera significativa a definire l'effettiva natura della responsabilità solidale prevista dal legislatore. Tuttavia, il D.Lgs. 163/06 sancisce la responsabilità delle imprese raggruppate nei confronti dei subappaltatori e dei fornitori del RTI aggiudicatario anche nel caso di appalti di servizi / forniture (in precedenza, tale più esteso ambito di responsabilità era previsto solo per i lavori dalla legge 109/94).

Vi è, quindi, ancora incertezza in ordine alla effettiva natura della responsabilità in questione, tenuto conto che la questione non ha costituito oggetto di puntuale verifica da parte della giurisprudenza.

In particolare è, tuttora, dubbio se la solidarietà di tutte le imprese nelle A.T.I. orizzontali e della mandataria nelle A.T.I. verticali si configuri come vera e propria coobbligazione solidale nell'adempimento della prestazione che costituisce oggetto principale del contratto di appalto (l'esecuzione dei lavori e, ora, di forniture/servizi), ovvero come mera coobbligazione di tipo fideiussorio, a contenuto esclusivamente economico-patrimoniale⁴¹.

I riflessi pratici sono relevantissimi anche per quanto concerne la posizione del terzo fideiussore che presta la garanzia per l'esatta esecuzione.

La carenza di un requisito richiesto dal bando di gara in capo alla mandante non può, comunque, essere supplito attraverso l'associazione per cooptazione di una impresa che ne sia in possesso (Cons. Stato, Sez. V, 22 novembre 2001, n. 5932, in *Urbanistica e Appalti*, 2002 n. 113).

⁴¹Nei rapporti con la P.A. non è necessaria una assunzione di responsabilità, derivando essa dalla legge (TAR Campania, Sez. I, 8 ottobre 1990 n. 518, in *AGOP*, 1991, p. 1083).

La prima tesi implica che la Stazione Appaltante possa sempre richiedere, nel caso di inadempimento di una o più imprese associate, la prosecuzione nell'esecuzione alle imprese superstiti non inadempienti, anche qualora esse non abbiano la qualificazione corrispondente alle prestazioni da eseguire⁴²; invece, la seconda tesi, implica – sempre nel caso di inadempimento di una o più imprese – l'obbligo del risarcimento del danno “a titolo di solidarietà”, salva la possibilità per le imprese superstiti di proseguire nell'adempimento della prestazione soltanto a condizione che esse posseggano requisiti di idoneità rapportati alle prestazioni ancora da completare⁴³.

La legge nulla dispone circa la responsabilità delle imprese raggruppate nei confronti dei terzi (escluso il caso di fornitori e di subappaltatori, oggetto della disposizione contenuta nell'art. 13 cit.); è comunque fondamentale la norma che sancisce che l'A.T.I. non costituisce una società; di conseguenza non possono configurarsi responsabilità dirette dell'A.T.I., né di tutte le imprese, ma soltanto di quella impresa che assume in via specifica l'obbligazione verso il terzo.

In definitiva, tenuto conto dei limiti derivanti dalla previsione normativa sopra richiamata (espressamente circoscritta ad alcune categorie di terzi), gli atti verso terzi compiuti da una mandante e/o dalla mandataria prive di specifico potere di rappresentanza non determinano la responsabilità delle altre imprese. Tuttavia, qualora le imprese costituenti il raggruppamento operino all'esterno in modo da ingenerare nei terzi il ragionevole convincimento che esse agiscono come soci e, quindi, in modo da determinare in essi l'incolpevole affidamento circa l'esistenza di un vincolo sociale, sebbene in concreto non esistente, possono risultare responsabili solidalmente per le obbligazioni assunte nei confronti dei terzi che abbiano indotto in tale convincimento⁴⁴.

Resta fermo che la responsabilità dell'impresa mandataria di un'A.T.I. che abbia assunto un appalto di lavori concerne unicamente l'esecuzione del singolo appalto aggiudicato, ma non incide in alcun modo

⁴²Si riconducono alle tesi dell'obbligazione solidale nell'adempimento materiale dell'appalto le ricostruzioni di: D. BONVICINI, *Commento agli artt. 20-23 della legge 8 agosto 1977 n. 584*, in *Nuove Leggi Civili Comm.*, 1979, p. 356 ss.; M. PALLOTTINO, *Commento agli artt. 20-23 legge 8 agosto 1977 n. 584*, in ALIBRANDI, DE ROBERTO, PALLOTTINO, PUGLIESE e SELLA, *Le norme di adeguamento alla Direttive CEE in materia di appalti di lavori pubblici*, in *Quaderni Isgea*, Milano, 1979, p. 189 ss.; A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1999, p. 1993; P. CARBONE, *Commento agli artt. 9, 10 e 11 della legge 8 ottobre 1984 n. 687*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1985, che riconduce la fattispecie all'ipotesi dell'obbligazione collettiva.

⁴³ MAZZONE e LORIA, *op. ult. cit.*

⁴⁴ In tale prospettiva la Cassazione ha affermato la responsabilità solidale di due imprese riunite nei confronti dei lavoratori dipendenti di una delle due imprese, i quali – in base ai comportamenti delle imprese tenuti nello svolgimento delle attività negoziali – hanno ritenuto in buona fede l'esistenza di un vincolo sociale tra le imprese stesse. (Sez. Lavoro, 27 ottobre 1995 n. 11152, in *Giust. civ.*, 1996, p. 1005).

sull'autonomia dell'impresa mandataria e delle imprese mandanti, le quali, al di fuori del singolo raggruppamento, che non può che essere costituito per l'aggiudicazione di un solo appalto, conservano la propria individualità, cui occorre fare riferimento nei rapporti diversi da quello nel quale il raggruppamento medesimo opera; pertanto, le inadempienze relative ad un appalto aggiudicato ad un determinato raggruppamento non possono avere riflessi in altri rapporti con la Stazione Appaltante, a meno che non siano prese in considerazione con esclusivo riferimento alla singola impresa raggruppata cui sono ascrivibili, e non certo con riferimento alla responsabilità solidale che fa carico in un caso determinato a talune delle partecipanti al gruppo⁴⁵.

12. – Il D.Lgs. 163/06 non disciplina l'istituto della società, anche consortile, per l'esecuzione unitaria, totale o parziale dell'appalto, già oggetto dell'art. 26 D.Lgs. 406 del 1991, che si riferiva ai soli lavori pubblici.

L'art. 96 D.P.R. n. 554 del 1999 (non abrogato dal D.Lgs. 163/06) reitera sostanzialmente (salvo alcune modifiche) la disciplina contenuta nel predetto art. 26; pertanto, non si pongono nuove questioni interpretative⁴⁶.

⁴⁵T.A.R. Lazio, II, 13 gennaio 1984 n. 48, in *TAR*, 1984, I, p. 467.

⁴⁶Per l'esame dell'istituto della società per l'esecuzione unitaria si rinvia alle opere di carattere generale sulle A.T.I. citate alle note nn. 1 e 2. Per un recente contributo giurisprudenziale sulla differenza tra A.T.I. e società consortili, anche nella prospettiva del rilievo del mandato, si veda Cass., Sez. I, 4 gennaio 2001 n. 77, pubblicata in *Giust. civ.*, 2001, p. 1237 con nota di G. VIDIRI, *Associazione temporanea di imprese, consorzi e società consortili nell'appalto di opere pubbliche* ed in *Le società*, 2001, p. 1465 con commento di A. DI MAJO, *Associazioni temporanee di imprese e società consortili negli appalti pubblici*. In particolare, la sentenza afferma che in tema di appalto di lavori pubblici, l'art. 23 bis, legge 8 agosto 1977, n. 584, ha l'esclusiva portata di legittimare la società consortile nei confronti dell'ente appaltante nell'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto a carico dell'associazione temporanea d'impresa, ma non ne comporta la sostituzione, sia perché la norma fa riferimento ad un « subentro » nell'esecuzione totale o parziale del contratto e non ad una successione nel rapporto giuridico sorto con la convenzione con l'ente appaltante; sia perché la norma esclude in modo assoluto – ad alcun effetto – che ciò determini subappalto o cessione di contratto, tant'è che espressamente prevede che non siano necessarie autorizzazioni o approvazioni; sia, infine, perché permane la responsabilità delle imprese riunite, come regolata dall'art. 21, legge n. 584. Il regime dell'Ati è diverso da quello della società consortile, che sia stata successivamente costituita, facendo capo l'uno alla riunione d'impresa regolata dagli artt. 20 ss., legge n. 584, nella quale si instaura tra la capogruppo e le altre un rapporto di mandato, gratuito ed irrevocabile e l'altro (avuto riguardo al rinvio dell'art. 2615 ter c.c.) alle norme codicistiche consortili e societarie, per le quali la società consortile opera in forma fortemente aggregata, delibera con il criterio e le regole proprie degli organismi associativi (e cioè con le maggioranze stabilite in relazione all'oggetto) ed è gestita attraverso organi che hanno poteri rappresentativi ed amministrativi ed assumono responsabilità nei confronti dei consorziati, secondo la generale disciplina dell'art. 2392 c.c.. D'altra parte l'adozione, all'interno del fenomeno consortile, del modello organizzativo societario comporta necessariamente una scelta sul piano strutturale tra gli istituti di riferimento. Conseguentemente se anche al consorzio – nella sua forma più semplice – è possibile applicare il modello giuridico del mandato, nel momento in cui contrae con i terzi, considerato l'esplicito riferimento ad esso dell'art. 2609 cpv. sia pure con gli adattamenti in tema di responsabilità previsti dall'art. 2615 c.c., quel modello si appalesa impraticabile allorché si sia di fronte alla scelta della formula societaria, che con il mandato non ha alcuna affinità.

Giova evidenziare che le disposizioni dell'art. 96 cit. presentano (rispetto al previgente sistema) le seguenti variazioni:

- al comma 1 dell'art. 96 nella parte aggiunta, in cui precisa che « *le imprese riunite possono costituire la società dopo l'aggiudicazione* »;
- al comma 4 dell'art. 96 nella parte in cui precisa che la « società non può conseguire la qualificazione » (viene dunque sottolineato ancor più rispetto al passato la funzione meramente esecutiva delle società);
- al comma 4 dell'art. 96 nella parte in cui si precisa che « ai soli fini delle qualificazioni » i lavori eseguiti dalle società sono riferite alle singole imprese ... » (in passato la disposizione consentiva il recupero anche ai fini dell'iscrizione all'A.N.C., istituto ormai abrogato);
- al comma 4 dell'art. 96 nella parte in cui precisa che il subentro è subordinato alla iscrizione della società nel registro dell'impresa;
- al comma 5 dell'art. 96 nella parte in cui non si conferma la precedente disposizione sulla necessità di reiterare gli accertamenti antimafia.

L'art. 96 cit. contiene disposizioni applicabili solo ai lavori; è auspicabile che il nuovo regolamento estenda la disciplina anche alle forniture / servizi, rappresentando la società consortile per l'esecuzione unitaria uno strumento idoneo a potenziare le sinergie anche negli appalti di forniture e servizi.