

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

Appalti pubblici e capacità d'impresa. I requisiti economico finanziari e tecnico professionali negli appalti di servizi e forniture.

This is a pre print version of the following article:

Original Citation:

Availability:

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/1639649> since 2021-04-19T12:23:30Z

Publisher:

jovene

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

CAPITOLO TERZO

L'AGGREGAZIONE DELLE IMPRESE OFFERENTI NEI CONTRATTI PUBBLICI E I LIMITI ANTITRUST

SOMMARIO: 1. – Associazioni, raggruppamenti e consorzi d'impresa. – 2. L'avvalimento come capacità dell'impresa ausiliata e di quella ausiliaria. – 3. La capacità del subappaltatore. – 4. L'aggregazione come sommatoria delle capacità nei limiti imposti dalla disciplina antitrust.

1. *Associazioni, raggruppamenti e consorzi d'impresa.*

Qualora l'offerente non abbia i requisiti necessari per partecipare all'appalto può ottenere in vario modo¹ e con libertà di forma² le capacità economico finanziarie e tecnico professionali richieste dall'amministrazione.

Anzitutto il raggruppamento o associazione temporanea è l'«unione di scopo» definita in uno specifico accordo limitato a

¹ A.M. BRUNI, *Commento all'art. 34*, in *Commentario al Codice dei Contratti Pubblici*, a cura di G.F. Ferrari - G. Morbidelli, Milano, 2013, 448; P. CHIRULLI, *I soggetti ammessi alle procedure di affidamento*, in AA.VV., *I Contratti di appalto pubblico*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno - E. Gabrielli, Torino, 2010; sulle reti di impresa di veda A. MARIO BALESTRERI, *La partecipazione delle reti di imprese agli appalti pubblici nella disciplina nazionale e comunitaria*, in *Urb. e app.*, 2015, 755; G. GUZZARDI, *La partecipazione delle reti di imprese alle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2015, 20275; ID., *Cooperazione imprenditoriale e contratto di rete*, Padova, 2014, 23; F. GUERRERA, *Il contratto di rete tra imprese: profili organizzativi*, in *Contratti*, 2014, 397 ss.; G. SCIUTO, *L'impresa di rete non entificata. Una nuova «sfumatura»?*, in *Analisi giur. econ.*, 2014, 173 ss

² Dir. 2014/24/UE, cit., art. 19, vieta alle stazioni appaltanti d'imporre una specifica forma giuridica ai raggruppamenti.

quell'iniziativa economica (occasionalità e temporaneità³) che è finalizzata alla conclusione e all'esecuzione congiunta di un appalto pubblico⁴.

La globalizzazione dei mercati e la progressiva aggregazione della domanda pubblica⁵ hanno incentivato processi di fusione e incorporazione tra operatori economici, ma anche favorito temporanei raggruppamenti di imprese, utili per riunire apporti di esperienze differenziate e specializzazioni in vista di un singolo e specifico intervento, richiedendo perciò strutture d'impresa destinate a venire meno con la realizzazione dell'appalto⁶.

³ L'A.T.I. riposa sull'*intuitus personae* e non determina la creazione di un soggetto unico e distinto, essendo una formula di collegamento *ad hoc* che non può, per sua natura, prescindere dai particolari aspetti della singola operazione economica sottostante. Così anche Cons. St., sez. V, 15 febbraio 2000, n. 801; D. BONVICINI, *Associazioni temporanee di imprese*, in *Enc. giur. Treccani*, III, Roma 1988; Id., in *Commento alla l. 8 agosto 1977 n. 584*, a cura di D. Bonvicini e V. Ghetti, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1979, sub art. 20-34, 378 ss; F. BERTINI, *Brevi note in tema di associazioni temporanee di imprese: pratica lecita o intesa vietata*, in *Giur. merito*, 2008, 1721.

⁴ G. CAPUTI, *Forme di partecipazione 'aggregata': raggruppamenti temporanei di imprese e consorzi ordinari*, in *Manuale di diritto amministrativo. IV. I contratti pubblici*, a cura di F. Caringella-M. Giustiniani, Roma, 2014, 483 e ss.; A. PIAZZA, *I raggruppamenti temporanei di imprese*, in *Codice commentato degli appalti pubblici*, a cura di A. Cancrini - C. Fanchini - S. Vinti, Torino, 2014; D. BONVICINI, voce *Associazioni temporanee di imprese*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1988; F. CARDARELLI, *I raggruppamenti temporanei ed i consorzi ordinari di concorrenti*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di R. De Nictolis, R. Garofoli, M.A. Sandulli, Milano, 2008, 1195 e ss.

⁵ G.M. RACCA, *Le prospettive dell'aggregazione nell'amministrazione dei contratti pubblici*, in www.apertacontrada.it, 2014; W. GASPARRI, *L'evoluzione della disciplina per la concentrazione della domanda di beni e servizi nell'amministrazione pubblica*, in *Amministrazione pubblica dei contratti*, a cura di D. Sorace, Napoli, 2013, 11 e ss.; e Id., *L'organizzazione per l'aggregazione della domanda di beni e servizi nell'amministrazione regionale*, *ivi*, 79 e ss.; nel 2010 il valore complessivo della spesa pubblica in contratti ammontava a 130 miliardi di euro ed era distribuita tra un numero elevatissimo di canali di spesa (29.000 stazioni appaltanti) con un valore medio dei contratti molto basso. Su circa 1.500.000 di contratti 1.200.000 aveva un importo inferiore a 40.000 euro, così A. CAMANZI, *Introduzione*, in *Contratti pubblici* a cura di AREL, Roma, 2013, 20.

⁶ G. VIDIRI, *Associazioni temporanee di imprese, consorzi e società consortili nell'appalto di opere pubbliche*, in *Giust. civ.*, 2001, 5, 1241; G. COTTINO, *Diritto commerciale*, I, t. 2, Torino 1994, 35 s., che l'associazione temporanea risponde

Detta unione non dà origine a un soggetto distinto dagli operatori economici, né si avvicina a un consorzio tradizionale⁷, poiché ciascuno intende mantenere la propria autonomia imprenditoriale nell'esecuzione del contratto⁸, ma ancora prima nell'impugnare l'esito della procedura di affidamento⁹.

La distinzione tra l'associazione¹⁰ "orizzontale" e quella "verticale"¹¹ è stata introdotta dalla disciplina italiana che ha recepito una delle prime direttive sugli appalti.

all'esigenza di più imprese di raccordarsi operativamente tra di loro per l'esecuzione, insieme, di una prestazione complessa di natura tecnologica o industriale, realizzabile a più livelli di integrazione verticale e orizzontale (e quindi di raggiungere insieme obiettivi e finalità irraggiungibili isolatamente: ad esempio, l'aggiudicazione di un appalto o la vendita di impianti chiavi in mano in cui si possano scindere le varie attività, edilizia, impiantistica ecc.).

⁷ Così i consorzi (art. 2602, c.c.), anche se da alcuni anni è stata elaborata la configurazione dell'associazione di scopo.

⁸ G. CABRAS, *Le associazioni temporanee di imprese*, in *Legislazione economica (1977-1978). Rassegne e problemi*, Milano 1979, 73 ss. sono «contratti associativi atipici», rispetto al contratto di società, con cui le parti pongono in essere un vincolo con valenza meramente interna, non esteriorizzato tramite la creazione di un patrimonio o di un'impresa, avente per oggetto la gestione comune di un appalto di cui una delle parti risulti aggiudicataria. Sulla soggettività giuridica delle A.T.I. si veda, in dottrina, M. MAZZONE, *L'associazione temporanea di imprese*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, XVII, Torino 1985. In giurisprudenza, cfr. Cass. civ., 24 febbraio 1975, n. 681, in *Giur. comm.*, 1976, II, 780; B. MERCADAL, P. JANIN, *Les Contrats de coopération inter-enterprises*, Parigi, 1974, 309.

⁹ Cons. St., sez. V, 25 febbraio 2015, n. 941; Cons. St., Ad. Plen., 15 aprile n. 2010, n. 2155; G. CREPALDI, *La legittimazione processuale delle Ati costituite e costituenti*, in *Foro amm. CDS*, 2007, 3165.

¹⁰ Sulla selezione dei soggetti che possono partecipare alle procedure di affidamento degli appalti pubblici: F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo. I contratti pubblici*, Roma, 2014, 431 ss.; F. FERRARI, G. MORBIDELLI, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Milano, 2013, tomo I, 447 ss.; R. VILLATA, M. BERTOLISSI, V. DOMENICHELLI, G. SALA, a cura di, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2014, Tomo I, 299 ss.; M. CLARICH, a cura di, *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2010, 278 ss.; F. SAIITA (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2008, 199 ss..

¹¹ Sono ammesse anche le A.T.I. miste, quali compagini caratterizzate dalla presenza di elementi propri sia delle aggregazioni verticali che di quelle orizzontali, nelle quali cioè vi è sia un'impresa mandataria capogruppo, esecutrice dell'opera della categoria prevalente, sia imprese mandanti, alcune delle quali associate in modo

La forma “orizzontale” prevede che una pluralità d’imprese riunite, aventi analoghe capacità professionali, collaborino al fine di realizzare una prestazione di dimensioni superiori alle capacità economico-organizzative di ciascuna, dando mandato collettivo speciale con rappresentanza anche processuale ad una di esse in qualità di capogruppo¹². Alla mandataria spetta la rappresentanza esclusiva delle imprese per tutte le operazioni e il compimento degli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto.

Nella forma “verticale” è la capacità professionale differenziata e specializzata che è riunita in raggruppamento, ove una pluralità d’imprese conferiscono un mandato ad una capogruppo, ciascuna impegnandosi per l’esecuzione di una prestazione accessoria che è soggettivamente imputabile ad un’impresa, cioè “scorporabile” dalla principale, così come qualificata sin dal bando di gara¹³.

orizzontale per l'esecuzione della categoria prevalente insieme alla capogruppo, altre associate verticalmente per l'esecuzione delle opere scorporabili. Così Cons. St., sez. V, 01 agosto 2015, n. 3768; Cons. giust. Sicilia, 3 febbraio 2000, n. 36.

¹² Cons. St., sez. V, 01 agosto 2015, n. 3768; Cons. St., sez. IV, 12 marzo 2015, n. 1293; la costituzione formale dei raggruppamenti avviene mediante il conferimento di un mandato collettivo con rappresentanza da parte delle imprese interessate ad una di queste, denominata capogruppo, che assume il compito di formulare l'offerta e partecipare alla gara in nome e per conto delle mandanti.

¹³ Per una approfondita disamina della peculiarità delle associazioni temporanee di imprese nei lavori pubblici, si rimanda a A. CROSETTI, A. POLICE, M. R. SPASIANO, *Diritto Urbanistico e dei lavori pubblici*, Torino, 2007, 285 ss.; A. POLICE, *Legislazione delle Opere Pubbliche e dell'Edilizia*, Torino, 2004, 156 ss.; si vedano, inoltre, in generale in tema di associazioni temporanee di imprese, A. BERGAMI, *Gli accordi interni alle associazioni temporanee di imprese*, in *Profili della personalità nella gestione degli appalti pubblici*, a cura di M. Andreis, Milano, 2006, 155; F. CARDARELLI, *Soggetti ammessi alle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M. A. Sandulli-R. De Nictolis - R. Garofoli, vol. II, Milano, 2008; P. CARBONE, *Associazione temporanee di imprese e consorzi nell'appalto di opere pubbliche*, in *Giur. it.*, 1988, 76; D. CORAPI, *Le associazioni temporanee di imprese*, Milano, 1983, 137; G. CREPALDI, *La legittimazione processuale delle Ati costituite e costituenti* (nota a Cons. St., sez. V, 23 ottobre 2007, n. 5577), in *Foro amm., C.d.S.*, 2007, 3165 ss.; F. DALLARI, *Sulla soggettività giuridica delle associazioni temporanee di imprese*, nota a Cons. St., sez. V, 20 maggio 2002, n. 2719, in *Foro amm., C.d.S.*, 2002, 1260 ss.; G. FUMEL, *Associazioni Temporanee di Imprese*, Roma, 2005, 1345; I. PAGANI, *Rapporti tra mandataria e mandanti in ordine ai requisiti di partecipazione nel RTI*

Il regime di responsabilità differisce nelle due ipotesi di associazione temporanea. In quella verticale l'impresa mandataria resta infatti affidataria dell'esecuzione della prestazione della categoria principale, anche se è solidalmente responsabile nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice anche per le prestazioni accessorie che sono state "scorporate". Le imprese mandanti invece limitano la loro responsabilità alla sola esecuzione delle prestazioni ad esse imputate¹⁴.

Nella compagine associativa orizzontale ogni impresa riunita è invece responsabile nei confronti dell'Amministrazione per l'intero¹⁵.

Tale configurazione, pone a favore dell'amministrazione il vantaggio assicurato al singolo operatore di poter prendere parte a una operazione economica di dimensioni superiori rispetto alla sue capacità¹⁶.

orizzontale, in *Urb. e App.*, 2007, 842, nota a Cons. St., sez. V, 19 febbraio 2009, n. 832; G. RUSCONI, *Associazioni temporanee di imprese: natura giuridica e responsabilità*, in *Dir. e pratica delle Soc.*, 1999, 20; G. VIDIRI, *Associazione temporanea di impresa: contratto di appalto di opere pubbliche e responsabilità della mandataria e delle imprese mandanti*, nota a Cass., civ., 8 maggio 2008, n. 11485, in *Giustizia civile*, 2009, 189 ss..

¹⁴ Cons. St., Ad. Plen., 13 giugno 2012, n. 22; ANAC parere n.121 del 06 giugno 2014.

¹⁵ L. PERFETTI, *Sulla necessità di distinguere tra principes sans texte e sans fondement. Considerazioni in merito a requisiti di qualificazione, quote di partecipazione in associazioni o raggruppamenti di esecuzione di lavori pubblici*, in *Foro amm.CdS*, 2011, 2142; da tenere distinta dal raggruppamento di imprese è la figura della "associazione per cooptazione" di altre imprese, già previsto dal d.p.r. n. 554 del 1999, cit., art. 95 ed ora disciplinato dal d.p.r. n. 207 del 2010, cit., art. 92, co. 5 per il quale "Se il singolo concorrente o i concorrenti che intendano riunirsi in raggruppamento temporaneo hanno i requisiti di cui al presente articolo, possono raggruppare 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 venti per cento 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 affidati".

¹⁶ D.lgs. n. 163 del 2006, cit., art. 37, co. 5.

In entrambe le forme di associazione gli offerenti debbono indicare nell'offerta le parti di prestazione eseguite dai singoli operatori¹⁷.

L'omessa specificazione delle quote di partecipazione all'ATI, non può considerarsi come una mera irregolarità sanabile, e non è consentita l'integrazione o la regolarizzazione postuma¹⁸ e l'obbligo va assolto a pena di esclusione.

La prescrizione ha lo scopo di evitare che gli operatori si avvalgano del raggruppamento non per unire le rispettive disponibilità economico finanziarie tecnico organizzative¹⁹, ma eludere i requisiti d'ammissione stabiliti nel bando²⁰.

¹⁷ D.lgs. 163 del 2006, cit., art. 37, co. 4; Cons. St., sez. IV, 12 marzo 2015, n. 1293 è illegittimo escludere da una gara soggetti in A.T.I. che, pur avendo dato idonee garanzie sui requisiti di qualificazione, rettificano le percentuali di partecipazione al raggruppamento detenute dalla mandante e dalla mandataria. Cons. St., sez. III, 11 aprile 2014, n. 1795; Cons. St., sez. V, 14 gennaio 2009, n. 98; Cons. St., sez. V, 28 marzo 2007, n. 1440; Cons. St., Ad. Plen., 5 luglio 2012, n. 26. Da ultimo si è stabilito che "le quote di partecipazione al raggruppamento o consorzio, indicate in sede di offerta, possono essere liberamente stabilite entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato o dal consorziato.....I lavori sono eseguiti dai concorrenti riuniti secondo le quote indicate in sede di offerta....." (d. l. 28 marzo 2014, n. 47, art. 12, c. 9°, conv. con mod. in l. 23 maggio 2014, n. 80, che sostituisce l'art. 92 del regolamento generale). L'esigenza di controllo si pone in modo più pregnante nelle ATI orizzontali, nelle quali tutti gli operatori riuniti eseguono il medesimo tipo di prestazioni: Cons. St., Ad. Plen., 13 giugno 2012, n. 22; Cons.St., sez. V, nn. 5098 del 2009, 98 del 2009, 939 del 2011, 744 del 2010, sez. III, n. 1422 del 2011; Per un diverso orientamento che prevedeva l'indicazione delle quote solo per le Ati verticali: Cons. St., sez. V, nn. 5849 del 2008, 2783 del 2009, 1249 del 2011.

¹⁸ Cons. St., sez. V, 09 marzo 2015, n. 1179.

¹⁹ Il principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche garantisce una conoscenza piena, da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, dei soggetti che intendono contrarre con le amministrazioni stesse, consentendo una verifica preliminare e compiuta dei requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria dei concorrenti (Cons. St., sez. III, 21 novembre 2014 n. 5752; Cons. St., Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8). Le modifiche soggettive che si pongono in contrasto con il principio d'immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche sono quelle che portano all'aggiunta o alla sostituzione delle imprese partecipanti e non anche quelle che conducono al recesso di una delle imprese del raggruppamento: in tal caso, infatti, le esigenze di effettuare una verifica preliminare dei requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria dei concorrenti non risultano frustrate poiché l'Amministrazione, al momento del recesso, ha

Non è necessario un parallelismo fra i requisiti di qualificazione possedute e le quote di esecuzione della prestazione indicata in sede di offerta²¹.

Tutti devono essere in possesso dei requisiti di ordine generale²² (d. lgs. n. 163 del 2006, cit., art. 38²³), ma per gli appalti

già provveduto a verificare i requisiti di capacità e di moralità dell'impresa o delle imprese che restano, sicché i rischi che il divieto mira ad impedire non possono verificarsi (Cons. St., sez. III, 21 novembre 2014 n. 5752; Cons. St., Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8). Il recesso dell'impresa componente di un raggruppamento nel corso della procedura di gara non può valere a sanare una situazione di preclusione all'ammissione alla procedura sussistente al momento dell'offerta in ragione della sussistenza di cause di esclusione riguardanti il soggetto recedente, pena la violazione della par condicio tra i concorrenti (Cons. St., sez. III, 21 novembre 2014 n. 5752; Cons. St., Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8).

²⁰ Un tempo s'imponesse la coincidenza tra quote di esecuzione e quote di partecipazione al raggruppamento: Cons. St., Ad. Plen., 30 gennaio 2014, n. 7. La disposizione contenuta nel d. Lgs. n. 163 del 2006, cit., art. 37, co. 13 è stata prima limitata ai soli appalti di lavori (*ex d.l.* 6 luglio 2012, n. 95, convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, n. 135, art. 1, co 2 bis, lett. a)) e poi successivamente abrogata dal d. Lgs. 28 marzo 2014, n. 47, convertito con modificazioni dalla l. 23 maggio 2014, n. 80 art. 12, co. 8.

²¹ Cons. St., sez. V, 28 ottobre 2015, n. 4942.

²² Cons. St., sez. IV, 12 marzo 2015, n. 1320 la mera citazione in giudizio davanti al giudice contabile non è prevista come fatto di esclusione dalle procedure di affidamento dei contratti pubblici. Cons. St., sez. IV, 16 giugno 2015, n. 2988, il giovane professionista, che con il ruolo di progettista fa parte del raggruppamento temporaneo d'impresa partecipante a gara pubblica, non è compreso fra i soggetti obbligati a rilasciare le dichiarazioni relative ai requisiti di moralità e professionalità richieste.

²³ La letteratura sull'art. 38 del Codice è molto copiosa. Senza pretesa di esaustività si segnalano: V. CAPUZZA, *Requisiti di ordine generale*, in *Codice degli appalti pubblici*, a cura di A. Cancrini, C. Franchini, S. Vinti, Torino, 2014, 236 ss.; F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI (a cura di), *Requisiti di ordine generale*, in *Manuale di diritto amministrativo*, IV I Contratti pubblici, Roma, 2014, 502 ss.; N. TORCHIO, *Requisiti per la qualificazione*, in *Trattato sui contratti pubblici. Il regolamento di attuazione*, diretto da M.A. Sandulli R. De Nictolis, R. Garofoli, Milano, 2011, 4597 ss.; S. STICCHI DAMIANI, *I requisiti di ordine generale*, in *I contratti di appalto pubblico*, a cura di C. Franchini, Torino, 2010, 423 ss.; R. GRECO, *Art. 38 - Requisiti di ordine generale*, in *Codice degli appalti pubblici*, a cura di P. De Lise e R. Garofoli, Roma, 2009; R. GRECO, *I requisiti di ordine generale*, in *Trattato sui contratti pubblici*, II, diretto da M.A. Sandulli, R. De Nictolis e R. Garofoli, Milano, 2008; F. CARDARELLI, *Art. 38 - Requisiti di ordine generale*, in AA.VV., *Il Codice dei Contratti Pubblici - Commento al d.lvo 12 aprile 2006, n. 163*, Milano, 2007; V. CAPUZZA, *L'art. 38 del Codice degli appalti: la*

di servizi e di forniture l'associazione temporanea consente di cumulare i requisiti di ordine speciale²⁴.

natura del divieto di stipulare, in *Riv. trim. app.*, 2010, 952 ss.; V. CAPUZZA, *Le dichiarazioni in fase di gara sui provvedimenti di condanna dopo la legge n. 106/2011*, in www.treccani.it, 2011; A. CANCRINI, P. PISELLI, V. CAPUZZA, *La nuova legge degli appalti pubblici. Commentario al Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture*, IGOP, 2010, 153 ss.; S. LUCE, *I requisiti degli operatori economici*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di R. De Nictolis, Milano, Giuffrè, 2007; R. GRECO, *Art. 38. Requisiti di ordine generale*, in *Codice degli appalti pubblici*, a cura di R. Garofoli, G. Ferrari, Roma, 2009, 334 ss.; I. PAGANI, *I soggetti tenuti a rendere le dichiarazioni "di ordine pubblico" nelle gare d'appalto*, in *Urb. e app.*, 2011, 713 ss. In particolare sul DURC: G.M. DI PAOLO, *Non regolarità del pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali*, in *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, a cura di G.A. Benacchio, M. Cozzio, 2012; R. RICCI, *Le irregolarità in sede di gara: spunti di riflessione, in particolare, sulla tematica della regolarità o, meglio, della irregolarità contributiva*, in *Foro amm.CdS*, 2011, 511 ss.; R. ZANINO, *Documento Unico di regolarità contributiva e giurisprudenza: molti dubbi ma si affacciano delle certezze*, in giustamm.it, 2010; R. CODEBÒ, *Il requisito del DURC in sede di partecipazione alle gare*, in *Urb. e app.*, 2010, 1184 ss.; F. BERTINI, *Durc e gare d'appalto, tra dubbi e certezze*, in *Urb. e app.*, 2009, 1214 ss.; A. GIUFFRIDA, *La «valenza» del Durc («Documento unico di regolarità contributiva») nelle procedure ad evidenza pubblica. Valutazione discrezionale della stazione appaltante*, in *Foro amm.Tar*, 2007, 3360; L. MACERONI, *Il requisito della regolarità contributiva negli appalti pubblici*, in giustamm.it, 2006; G. MARINO, *Sul requisito della regolarità fiscale e contributiva tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Foro amm.Tar*, 2004, 2135.

²⁴ D.P.R. n. 207 del 2010, cit., all'art. 261 indica quali debbano essere i requisiti finanziari e tecnici che, in caso di raggruppamenti temporanei di imprese nel caso di affidamento di servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, devono essere posseduti cumulativamente dal raggruppamento. Contro il cumulo, e per la necessità che ciascuna impresa sia in possesso dei requisiti oggettivi: TAR Campania, Napoli, sez. I, 6 novembre 1997 n. 2871; TAR Abruzzo, L'Aquila, 15 febbraio 1995 n. 37, TAR Lazio, sez. II, 12 gennaio 1996 n. 139 e 13 gennaio 1999 n. 238; TAR Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 21 aprile 1997 n. 229 e 13 gennaio 2000 n. 23; TAR Puglia, Bari, sez. I, 3 dicembre 1999 n. 1832. A favore del cumulo invece: Cons. St., sez. V, 20 maggio 1992 n. 442 e 24 novembre 1997 n. 1367; TAR Liguria, sez. II, 18 giugno 1996 n. 221 e 25 novembre 1999 n. 597, Tar Umbria, 3 marzo 1997 n. 97, Tar Trentino Alto Adige, Trento, 12 aprile 1997 n. 75 e 22 giugno 1999 n. 195; Tar Sardegna, 15 luglio 1997 n. 928; Tar Calabria, Reggio Calabria, 28 novembre 1998 n. 1498, Tar Lombardia, Milano, sez. III, 31 luglio 1999 n. 2884. Su tali riferimenti e sulla puntuale rappresentazione delle ragioni di entrambi gli orientamenti giurisprudenziali, cui ci si rifà anche nel testo, v. Tar Lombardia, Milano, sez. III, 31 luglio 1999 n. 2884, in *Trib. amm. reg.*, 1999, 3847 e Tar Campania Napoli sez. I, 6 novembre 1997, n. 2868, in *Trib. amm. reg.*, 1998, 281.

La determinazione dei requisiti e della misura in cui essi devono essere posseduti dai singoli concorrenti è affidata al bando²⁵. La mandataria deve possedere i requisiti generali e speciali e assumere l'obbligazione dell'esecuzione della maggior parte delle prestazioni rispetto a quelle di ciascuno (d.p.r. n. 207 del 2010, cit., art. 275, co. 2²⁶), sicché – dovendo avere i requisiti corrispondenti – avrà anche i maggiori requisiti soggettivi rispetto a ciascuna delle mandanti²⁷.

I requisiti dei partecipanti riuniti in A.T.I., non debbano essere posseduti per intero da ciascuna impresa raggruppata, ma possano essere distribuiti tra le diverse partecipanti all'A.T.I. stante la *ratio* propria dello strumento in esame, che è quella di aprire la partecipazione alle gare a soggetti che, singolarmente intesi, non

²⁵ Cons. St., Ad. Plen., 28 agosto 2014, n. 27; Cons. St., sez. VI, 14 novembre 2014, n. 5608.

²⁶ Cfr. anche d.p.r. n. 207 del 2010, cit., art. 261, co., *Disposizioni generali in materia di affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria*, Cons. St., sez. V, 07 luglio 2015, n. 3339; la regola generale prevede il possesso cumulativo dei requisiti richiesti in capo al raggruppamento di imprese, senza distinzione fra mandante mandatari, tuttavia la *lex specialis* può motivatamente prevedere che la mandataria debba possedere una percentuale minima degli stessi requisiti, entro il limite massimo del sessanta per cento; in tal caso, la restante percentuale (che non potrà essere inferiore al 40 %) deve essere posseduta cumulativamente dai mandanti perché, anche ove la mandataria sia in possesso di requisiti superiori alla percentuale prevista dal bando, essa nondimeno partecipa alla gara per una percentuale di requisiti pari al limite massimo stabilito, che si identifica evidentemente nel predetto valore del 60 %.

²⁷ AVCP, Determinazione, 10 ottobre 2012, n. 4; si veda in proposito la Segnalazione AGCM n. As187 del 28 settembre 1999. Nello stesso senso anche R. GAROFOLI, V. DE GIOIA, *Appalti e contratti. Percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2007, 30; «il rispetto delle prescrizioni del bando si impone, non già a garanzia dell'interesse della PA, ma nel superiore interesse alla *par condicio* dei concorrenti, e, quindi, come presidio del principio di libertà della concorrenza sancito a livello costituzionale *ex art. 41 Cost.*, nonché dalle istituzioni comunitarie (...). Il potere discrezionale spettante all'amministrazione di prevedere requisiti ulteriori per l'ammissione alla gara, lungi dall'essere espressione di mero arbitrio, costituisce precipua attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, predicati dall'art. 97 Cost. e si sostanzia nel potere-dovere dell'amministrazione di apprestare le misure e gli strumenti più adeguati al perseguimento di un interesse pubblico concreto, oggetto dell'appalto da affidare». Nello stesso senso anche Cons. St., sez. V, 28 giugno 2006, n. 4201.

potrebbero esservi ammessi²⁸, con un orientamento²⁹ che è forse disatteso dall'esclusione dalle gare delle A.T.I. «non necessarie»³⁰.

L'immodificabilità della compagine A.T.I.³¹ o dei consorzi tra presentazione delle offerte e aggiudicazione consente alla stazione appaltante di verificare i requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economica, che legittimano la partecipazione delle imprese alla gara³².

La sanzione dipende dallo stato in cui si verifica l'accertamento e può determinare l'esclusione dalla procedura (estrazione a sorte), l'annullamento dell'aggiudicazione o la nullità del contratto eventualmente stipulato³³.

Una volta verificati i requisiti posseduti dall'impresa ausiliaria, l'amministrazione può imporre al concorrente di sostituirla, ove non risulti in possesso dei requisiti richiesti o di

²⁸ Si veda in tal senso già C.G.C.E., 2 dicembre 1998, C-176-98 (Dir. 18 giugno 1992 n. 92/50/Ce, in tema di appalti di servizi), il principio del possesso indiretto dei requisiti segna anche un limite rigoroso: l'irrelevanza del dato formale. Imponendo infatti di accertare comunque l'effettività della situazione considerata e la sua attitudine a dimostrare la concreta disponibilità degli strumenti oggettivi richiesti dalla stazione appaltante. Così, il giudice comunitario ha identificato il possesso indiretto nel caso di gruppi societari, ossia in relazione ad un fenomeno caratterizzato da elementi strutturali e funzionali peculiari. Come premesso, il raggruppamento temporaneo non dà vita ad una struttura associativa e le imprese conservano intatte le rispettive autonomie formali e sostanziali. Pertanto, la disponibilità diretta del mezzo non pare riscontrabile, con immediatezza, nel rapporto tra le imprese associate.

²⁹ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato AS251 del 30 gennaio 2003; S536 del 18 gennaio 2005,

³⁰ Cfr. paragrafo 3.4; così Cons. St., sez. IV, 06 ottobre 2014, n. 4980, solo in presenza di esigenze eccezionali dell'amministrazione - che andrebbero debitamente motivate nel bando - potrebbe ammettersi, in via del tutto straordinaria, il raggruppamento anche tra imprese che singolarmente possiedono i requisiti richiesti dal bando. Al di fuori di queste ipotesi, tale previsione del RTI sarebbe contraria alla *ratio* dell'istituto. Nel caso in esame l'esclusione era prevista dal bando di gara CONSIP.

³¹ D.lgs. n. 163 del 2006, cit., art. 37, co. 9; Cons. St., sez. IV, 03 luglio 2014, n. 3344; Cons. St., sez. IV, 22 dicembre 2014, n. 6311.

³² Cos. Stato, Ad .Plen., 4 maggio 2012, n. 8.

³³ D.lgs. n. 163 del 2006, cit., art. 37, co. 10; Cons. St., sez. IV, 14 dicembre 2012 n. 6446; Cons. St. sez. V, 20 gennaio 2015, n. 169. Sulla legittimazione processuale cfr. Cons. St., Ad. Plen., 28 gennaio 2015, n. 1; Cons. St., sez. III, 27 aprile 2015, n. 2150; Cons. St., sez. IV, 16 novembre 2011, n. 6050.

quelli di idoneità morale. Tale previsione sembrerebbe esimere l'impresa concorrente dall'esclusione dalla gara per carenza dei requisiti mediante sostituzione dell'impresa ausiliaria³⁴.

Non è invece precluso il recesso d'impresе che non diminuiscano i requisiti soggettivi di bando, cioè a condizione che quelle che le restanti soddisfino tutti i requisiti di partecipazione richiesti³⁵.

2. *L'avvalimento come capacità dell'impresa ausiliata e di quella ausiliaria.*

L'operatore economico singolo, in raggruppamento o consorziato³⁶, può valersi dell'organizzazione d'altri, fruendo più precisamente dei requisiti di capacità economico finanziaria e di capacità tecnica organizzativa necessari all'operatore economico per partecipare ad una procedura di gara³⁷.

L'avvalimento consente al partecipe a una gara di sommare alle proprie le capacità di altre organizzazioni, utilizzando quest'ultime non solo come requisito ma nell'effettiva esecuzione contrattuale, è essenziale un qualsiasi titolo³⁸ che metta determinati

³⁴ Inoltre il legislatore nazionale potrà imporre tale sostituzione dell'impresa ausiliaria anche quando sussistano "motivi non obbligatori di esclusione".

³⁵ Cons. St., sez. V, 20 gennaio 2015, n. 169.

³⁶ Cons. St., sez. III, 19 novembre 2014, n. 5689.

³⁷ *Amplius* N. PAOLANTONIO, *L'avvalimento*, in *I contratti di appalto pubblico*, a cura di C. Franchini, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, E. Gabrielli, Torino, 2010, 520; F. CINTIOLI, *L'avvalimento tra principi di diritto comunitario e disciplina dei contratti pubblici*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2011, 1421; C. ZUCHELLI, *L'avvalimento*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M. A. Sandulli, R. De Nictolis e R. Garofoli, Milano, 2008, vol. II, 1490 ss.

³⁸ C.G.C.E., 14 aprile 1994, C-389/92, già nel 1992 anche a livello europeo era stato ritenuto ammissibile che una società capogruppo comprovasse il possesso delle capacità richieste per l'iscrizione in un elenco ufficiale di imprenditori abilitati, ricorrendo ai requisiti posseduti dalle consociate, a condizione che dimostrasse di disporre effettivamente dei mezzi necessari per eseguire il contratto. In dottrina si segnalano: E. DI IENNO, *L'avvalimento*, in *Codice degli appalti pubblici*, a cura di A. Cancrini, C. Franchini, S. Vinti, Torino, 2010, 325 ss.; N. PAOLANTONIO, *L'avvalimento*, in *I contratti di appalto pubblico*, a cura di C. Franchini, Torino, 2010, 521 ss.; C. ZUCHELLI, *L'avvalimento*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, Milano, 2008; S. FANTINI, *Art. 49 - Avvalimento*, in *Codice*

elementi di capacità nella disponibilità del partecipante, poi aggiudicatario e non ultimo contraente³⁹.

Che non si tratti di una recente novità è comprovato dalle norme di contabilità di Stato nelle quali si precisa che l'amministrazione può ammettere all'incanto l'aspirante contraente che abbia provato la sua idoneità: ove "presenti in vece sua una persona che riunisca le condizioni su espresse, e alla quale egli si obblighi di affidare l'esecuzione delle opere" (r. d., 23 maggio 1924, n. 827, cit., art. 67, co. 1°)⁴⁰.

degli appalti pubblici, a cura di P. De Lise e R. Garofoli, Roma, 2009, 416 ss.; A. CANCRINI, P. PISELLI, V. CAPUZZA, *La nuova legge degli appalti pubblici. Commentario al Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture*, 2010, 278 ss.; F. BEVILACQUA, *L'avvalimento infragruppo: la prova nell'interesse della stazione appaltante*, in *Urb. e app.*, 2012, 7, 815 ss.; V. CAPUZZA, *Subappalto "necessario", avvalimento "sostanziale" e principio di comunione dei requisiti di qualificazione*, in *giustamm.it*, 2012; A. BONANNI, *L'avvalimento come archetipo*, in *contratti-pubblici.it*, 2012; A. BONANNI, *Avvalimento: impossibile l'integrazione parziale di un requisito già posseduto dal concorrente*, in *contratti-pubblici.it*, 2011; A. ROMANO, *L'avvalimento come forma di cooperazione fra imprese nell'esecuzione di appalti pubblici (avvalimento e libero mercato)*, in *giustamm.it*, 2006; M. MARTINELLI, *La capacità economica e finanziaria*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, a cura di R. Garofoli e M.A. Sandulli, Milano, 2005; G.P. CIRILLO, *L'avvalimento: sintesi tra subprocedimento e negozio giuridico*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2008; M. NAPOLI, *Il principio comunitario di avvalimento dei requisiti di gara*, in *Urb. e app.*, 2005, 677 ss.; P. LOTTI, *Appalto per il servizio di raccolta dei rifiuti e successivo smaltimento: titolarità della discarica e tipologie di avvalimento*, in *Urb. e app.*, 2005, 640 ss.; R. MANGANI, *Avvalimento, tipologia contrattuale e regime di responsabilità*, in *giustamm.it*, 2008; G. FISCHIONE, *L'avvalimento disciplinato dal Codice dei contratti pubblici dopo il vaglio della Commissione CE: rari nantes in gurgite vasto*, in *giustamm.it*, 2008; A. ILACQUA, *Il Contratto di avvalimento ex art. 49 D. Lgs. 163/06*, in *giustamm.it*, 2008.

³⁹ Cons. St., sez. III, 12 novembre 2014, n. 5573; Cons. St., sez. V, 23 ottobre 2014, n. 5244.

⁴⁰ L'avvalimento in senso tecnico è una formula organizzatoria che attiene ai rapporti tra enti pubblici, ed è caratterizzata dall'utilizzo da parte di un ente degli uffici di un altro ente, ferma restando l'imputazione dell'attività al soggetto titolare della funzione.

Sin dall'offerta il concorrente deve dichiarare di volersi avvalere dei requisiti economici, tecnici, finanziari di altra impresa⁴¹.

L'avvalimento in esecuzione del contratto senza tale previa dichiarazione è contrario alla *ratio* dell'istituto poiché sottrae l'impresa ausiliaria alla verifica dei requisiti soggettivi d'ingresso alle gare pubbliche⁴².

Se il concorrente non abbia dichiarato con l'offerta di voler far ricorso all'avvalimento, non può sopperire alla sopravvenuta perdita di un requisito economico, tecnico o organizzativo stipulando poi, in sede di esecuzione del contratto, un "prestito" da terzi del requisito venuto meno.

Il possesso dei requisiti di partecipazione si risolve nell'avvalimento come capacità attuale del partecipe di poterli vedere entrare nella sua disponibilità una volta divenuto aggiudicatario.

Il concorrente che si avvale delle risorse dell'impresa ausiliaria non deve averne una disponibilità immediata (presentazione dell'offerta), né definitiva, ma deve poterne disporre una volta divenuta aggiudicatario senza intermediazione dell'impresa ausiliaria stessa, con qualsiasi titolo a tal fine utile⁴³.

L'avvalimento rappresenta quindi un modulo organizzativo dell'impresa che invece di esternalizzare ha internalizzato le capacità d'altri, nel senso che a questa viene riconosciuta la

⁴¹ D. lgs. n. 163 del 2006, art. 49, co. 2, lett. g), in caso di avvalimento infragruppo è prevista, come misura di semplificazione, solo che in luogo del contratto di avvalimento (di cui alla lett. f) l'impresa concorrente possa presentare una dichiarazione sostitutiva "attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo, dal quale discendono i medesimi obblighi previsti dal co. 5", fermo restando tuttavia la necessità dell'effettiva prova dei requisiti concretamente messi a disposizione, non essendo sufficiente a tal fine la mera allegazione dei legami societari, non foss'altro che per l'autonomia contrattuale di cui godono le singole società del gruppo (Cons. St., sez. V, 15 ottobre 2015, n. 4764; Cons. St., sez. IV, 20 novembre 2008, n. 5742; Cons. St., 16 febbraio 2012, n. 810).

⁴² Cons. St., sez. V, 03 febbraio 2015, n. 495; Cons. St., sez. V, 23 febbraio 2015, n. 873.

⁴³ Cons. St., sez. V, 12 giugno 2009, n. 3791.

possibilità di ricorrere ad una pluralità di forme giuridiche di organizzazione della propria attività economica, non necessariamente tipizzate, anche nell'ambito degli appalti pubblici, purché dimostri l'idoneità del soggetto alla materiale esecuzione del contratto pubblico⁴⁴.

La disponibilità può derivare sia da contratti tipici (ad es. il comodato o l'affitto di azienda⁴⁵) oppure da pattuizioni atipiche, sia come esito della vicenda giuridica principale sia di una secondaria, come obbligo accessori, come *modus* o anche solo beneficiario (contratto a favore di terzo). Tale scelta è lasciata all'autonomia privata (art. 1322, c.c.), con il limite del divieto di discriminazioni basate sulla differente natura giuridica degli ordinamenti di appartenenza⁴⁶.

Il titolo che consente al partecipante di ottenere la disponibilità dei requisiti dell'impresa ausiliaria deve essere definito in caso d'aggiudicazione e sul titolo si afferma il sindacato di ragionevolezza del giudice amministrativo, con esclusione dalla gara dell'impresa che delle risorse e dei mezzi non indichi un'analitica e specifica disponibilità⁴⁷.

Sarà nullo per indeterminatezza o indeterminabilità⁴⁸ dell'oggetto il contratto di avvalimento che contenga la mera riproduzione della formula legislativa della messa a disposizione delle risorse necessarie di cui è carente il concorrente (o espressioni similari⁴⁹) poiché è inidonea a permettere qualsivoglia

⁴⁴ R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, 356 s

⁴⁵ Art. 2558 ss. c.c.

⁴⁶ In particolare sull'avvalimento cfr.: C.G.C.E., sez. V, 2 dicembre 1999, C-176/98. F. CINTIOLI, *Il contratto di avvalimento tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *giusamm.it*, 5 Maggio 2011.

⁴⁷ Cons. St., sez. V, 10 settembre 2014, n. 4595.

⁴⁸ Per alcuni - a differenza del codice civile - è il regolamento (d.p.r 207 del 2010, art. 88) a richiedere che l'oggetto del contratto di avvalimento sia determinato, e non anche solo determinabile (Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giur., 21 gennaio 2015, n. 35).

⁴⁹ Cons. St., sez. IV, 16 gennaio 2014, n. 135; Cons. St., sez. VI, 13 giugno 2013, n. 3310; Cons. St., sez. V, 6 agosto 2012, n. 4510; Cons. St., 17 ottobre 2012, n. 5340; Cons. St., sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344.

sindacato da parte della stazione appaltante sull'effettività della messa a disposizione dei requisiti⁵⁰.

È onere del partecipante⁵¹ dimostrare che l'impresa ausiliaria assume l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse ed il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito richiesto e quindi, a seconda dei casi, mezzi, personale, risorse economiche e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti, in relazione all'oggetto dell'appalto⁵².

Al contratto di avvalimento si unisce la dichiarazione unilaterale dell'impresa ausiliaria (art. 1324, c. c.) in realtà proposta unilaterale indirizzata alla stazione appaltante⁵³ con la quale quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente. Il contratto di avvalimento non è sostitutivo della dichiarazione unilaterale⁵⁴ e richiede, per altro verso, che la predetta

⁵⁰ Cfr da ultimo: Cons. St., sez. V, 23 febbraio 2015, n. 873; Cons. St., sez. IV, 9 febbraio 2015, n. 662; Cons. St., sez. V, 22 gennaio 2015, n. 257; Cons. Stato, sez. III, 25 febbraio 2014, n. 887; Cons. St., 7 aprile 2014, n. 1636; Cons. St., sez. IV, 16 gennaio 2014, n. 135; Cons. St., sez. V, 20 dicembre 2013, n. 6125; Cons. St., sez. V, 10 gennaio 2013, n. 90; Cons. St., sez. V, 12 novembre 2013, n. 5384; Cons. St., sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344; Cons. St., sez. V, 6 agosto 2012, n. 4510; Cons. St., sez. IV, 16 gennaio 2014, n. 135; Cons. St., 17 ottobre 2012, n. 5340; Cons. St., sez. VI, 13 giugno 2013, n. 3310; Cons. St., sez. III, 3 settembre 2013, n. 4386.

⁵¹ C.G.U.E., sez. V, 10 ottobre 2013, C 94/12.

⁵² Cons. St., sez. III, 17 giugno 2014 n. 3057; Cons. St., sez. III, 22 gennaio 2014, n. 294; Cons. St., sez. IV, 16 gennaio 2014, n. 135; Cons. St., 7 aprile 2014, n. 1636; Cons. St., sez. III, 25 febbraio 2014, n. 887; Cons. St., sez. VI, 13 giugno 2013, n. 3310; Cons. St., sez. V, 20 dicembre 2013, n. 6125.

⁵³ D.lgs. n. 163 del 2006, art. 49 c. 2° lett. d); Cons. St., sez. IV, 9 febbraio 2015, n. 662.

⁵⁴ Cons. St., sez. V, 28 luglio 2014, n. 3974. La dichiarazione non ha, infatti, natura contrattuale, trattandosi piuttosto di negozio di sottomissione di natura amministrativa nei confronti della stazione appaltante, che consente a quest'ultima, oltre che allo stesso avvalente, di pretendere l'adempimento dell'obbligazione, utilizzando strumenti amministrativi, così C. ZUCHELLI, *L'Avvalimento*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. Sandulli - R. De Nictolis - R. Garofoli, cit., 1552.

dichiarazione unilaterale abbia un oggetto determinato al pari del relativo contratto⁵⁵.

La responsabilità solidale del concorrente e dell'ausiliario nell'esecuzione del contratto che oggi può essere richiesta per l'avvalimento di un qualunque requisito speciale⁵⁶ viene dalla recente direttiva limitata ai soli requisiti di capacità economica e finanziaria⁵⁷. Qualora l'amministrazione decida di richiedere la responsabilità solidale dovrà indicarlo nel bando di gara⁵⁸. Le parti possono precisare quale sia la portata dei loro impegni nei "rapporti interni", riferendoli ragionevolmente all'ambito delle attività rispettivamente svolte, ferma restando però la loro responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante⁵⁹.

Quando un'impresa intenda avvalersi dei requisiti economico finanziari di un'altra (c.d. avvalimento di garanzia), la prestazione oggetto specifico dell'obbligazione è costituita non dalla messa a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria di strutture organizzative e mezzi 'materiali', ma dal suo impegno a "garantire" con le proprie complessive risorse economiche e finanziarie l'impresa ausiliata attribuendole così un requisito che altrimenti

⁵⁵ Cons. St., sez VI, 8 maggio 2014, n. 2365; Cons. St., sez V, 12 maggio 2009, n. 3781, per il contratto di avvalimento non è prevista la forma scritta "*ad substantiam*" e non possono quindi sottrarsi al principio della libertà delle forme degli atti di volontà fra privati. Cons. St., sez. VI, 11 gennaio 2012, n. 101 l'ausiliaria ha formalizzato il suo impegno in atti espressamente rivolti alla stazione appaltante, impegnandosi quindi anche nei suoi confronti purché la stazione appaltante non subisca alcun pregiudizio dal fatto che l'incontro delle volontà dei due soggetti privati sia avvenuto mediante uno scambio di dichiarazioni unilaterali. Cons. St., sez. VI, 13 maggio 2010, n. 2956.

⁵⁶ D.lgs. n. 163 del 2006, cit., art. 49.

⁵⁷ Dir. 2014/24/UE, cit., art. 63; G. PASANISI, *L'avvalimento alla luce della direttiva 2014/24*, in www.giustamm.it, 2015. C.G.C.E., 18 marzo 2004, C-314/01; C.G.C.E.; 2 dicembre 1999, C-176/98.

⁵⁸ Nel caso di previsione nel bando di gara l'impresa ausiliaria dovrà assumere la responsabilità nei termini indicati, non operando un'eterointegrazione normativa, come invece avviene nel contesto dell'attuale d.lgs. n. 163 del 2006, cit., art. 49.

⁵⁹ Cons. St., sez. V, 06 ottobre 2015, n. 4653.

non avrebbe e consentendole di accedere alla gara nel rispetto delle condizioni poste dal bando⁶⁰.

In altri termini, ciò che la impresa ausiliaria mette a disposizione dell'impresa ausiliata è il suo valore aggiunto in termini di solidità economica e finanziaria, garantendo così una determinata affidabilità ed un concreto supplemento di responsabilità⁶¹. Per stabilire il grado di specificità del contratto di avvalimento di garanzia fra l'impresa partecipante e l'ausiliaria, occorre avere riguardo a come il requisito ausiliato si pone e che peso ha, nel sistema delineato dalla *lex specialis*, rispetto all'oggetto dell'appalto; proprio per questo, il requisito solo finanziario non impone altro obbligo negoziale che l'impegno dell'impresa ausiliaria di rispondere, nei limiti che il requisito stesso ha nel contesto della gara, con le proprie e complessive risorse economiche quando, in sede esecutiva, la necessità sottesa al requisito si renda attuale. Ciò non implica necessariamente il coinvolgimento di aspetti specifici dell'organizzazione della impresa. Peraltro, è stato ritenuto conforme alle previsioni di legge il contratto con il quale la società ausiliaria si è obbligata a mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, per tutta la durata dell'appalto, il requisito del fatturato specifico realizzato in un determinato anno⁶². Nell'avvalimento di garanzia i requisiti di fatturato sono infatti preordinati a garantire l'affidabilità del concorrente a sostenere finanziariamente sia l'attuazione dell'appalto, sia il risarcimento della stazione appaltante nel caso d'inadempimento⁶³.

⁶⁰ Cons. St., sez. III, 04 novembre 2015, n. 5038; Cons. St., sez. III, 2 marzo 2015, n. 1020; Cons. St., sez. III, 6 febbraio 2014, n. 584; Cons. St., sez. III 4 dicembre 2014, n. 5978; Cons. St., sez. III, 17 giugno 2014, n. 3058; Cons. St., sez. V, 6 agosto 2012, n. 4510; Cons. St., sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344.

⁶¹ Cons. St., sez. V, 27 aprile 2015, n. 2063; Cons. St., sez. III, 2 marzo 2015 n. 1020; Cons. St., sez. III, 6 febbraio 2014, n. 584; Cons. St., sez. III 4 dicembre 2014, n. 5978.

⁶² Cons. St., sez. V, 22 ottobre 2015, n. 4860; Cons. St., sez. III, 2 marzo 2015, n. 1020.

⁶³ Secondo quanto disposto dal d. lgs. n. 163 del 2006, art. 49, co., 1. g) in caso di avvalimento infragruppo è prevista, come misura di semplificazione, solo che in luogo

L'avvalimento può essere utilizzato anche per dimostrare la disponibilità dei requisiti soggettivi di qualità⁶⁴, poiché la disciplina del codice non contiene alcuno specifico divieto in ordine ai requisiti che possono essere comprovati mediante tale istituto (che ha pertanto una portata generale). La funzione pro-concorrenziale dell'avvalimento conduce a condividere pienamente l'orientamento che ha progressivamente esteso gli ambiti applicativi dell'istituto, con riguardo alle "categorie" di requisiti suscettibili di "circolazione" – così annoverando il fatturato, l'esperienza pregressa, il numero dei dipendenti a tempo indeterminato, il capitale sociale minimo (ritenendo quest'ultimo requisito di natura economica) - fino a ricomprendere, da ultimo, tra quelli di carattere organizzativo, anche la "certificazione di qualità"⁶⁵.

Resta fermo l'onere del concorrente di dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma assume l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità⁶⁶, e quindi, a seconda dei casi,

del contratto di avvalimento l'impresa concorrente possa presentare una dichiarazione sostitutiva "attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo, dal quale discendono i medesimi obblighi previsti dal co. 5", fermo restando tuttavia la necessità dell'effettiva prova dei requisiti concretamente messi a disposizione, non essendo sufficiente a tal fine la mera allegazione dei legami societari, non foss'altro che per l'autonomia contrattuale di cui godono le singole società del gruppo, cfr. Cons. St., sez. V, 15 ottobre 2015, n. 4764; Cons. St., sez. VI, 16 febbraio 2012, n. 810; Cons. St., sez. IV, 20 novembre 2008, n. 5742;).

⁶⁴ Cons. St., sez. V, 19 maggio 2015, n. 2547; Cons. St., sez. V, 04 novembre 2014, n. 5446.

⁶⁵ Cfr. Cons. St., sez. V, 14 febbraio 2013, n. 911; Cons. St., sez. V, 6 marzo 2013, n. 1368; Cons. St., sez. IV, 17 ottobre 2012, n. 5340; Cons. St., sez. VI, 22 marzo 2004, n. 1459; TAR Puglia, Bari, sez. I, 20 maggio 2013, n. 783, TAR Veneto, sez. I, 27 maggio 2103, n. 765.

⁶⁶ Cons. St., sez. III, 25 febbraio 2014, n. 887; Cons. St., sez. III, 7 aprile 2014, n. 1636; Cons. St., sez. IV, 16 gennaio 2014, n. 135; Cons. St., sez. V, 20 dicembre 2013, n. 6125.

mezzi, personale, e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti, in relazione all'oggetto dell'appalto⁶⁷.

L'operatore economico può utilizzare anche l'avvalimento frazionato ha cioè la possibilità di soddisfare un certo requisito non posseduto o posseduto solo in parte avvalendosi di più imprese; ciò salvo casi eccezionali che giustificano puntuali e ragionevoli restrizioni esterne nel bando di gara⁶⁸.

Non si può escludere l'esistenza di appalti che presentino peculiarità tali da richiedere una determinata capacità che non si ottiene associando capacità inferiori di più operatori.

L'amministrazione aggiudicatrice può esigere che il livello minimo della capacità sia raggiunto da un operatore economico unico o, eventualmente, facendo riferimento ad un numero limitato di operatori economici, laddove siffatta esigenza sia connessa e proporzionata all'oggetto dell'appalto interessato.

Questo orientamento è confermato dalla nuova disciplina europea che espressamente prevede la possibilità che le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente stesso o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici da un partecipante al raggruppamento⁶⁹.

⁶⁷ Cons. St., sez. III, 22 gennaio 2014, n. 294.

⁶⁸ C.G.U.E., sez. V, 10 ottobre 2013, C-94/12; con nota di R. CARANTA, *La corte di giustizia "bacchetta" l'Italia sull'avvalimento*, in *Urb. e app.*, 2014, 147; G. FISCHIONE, *La Corte di Giustizia ammette l'avvalimento frazionato attraverso un'incerta distinzione tra capacità e requisito*, in *www.giustamm.it*, 2013; la sentenza della C.G.U.E. ha determinato un espresso intervento normativo con la l. 30 ottobre 2014, n. 161 *Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2013-bis*, è stato modificato il d.lgs. n. 163 del 2006, art. 49 co. 6 che nell'attuale formulazione, prevede che «è ammesso l'avvalimento di più imprese ausiliarie» (fermo restando, per i lavori, il divieto di utilizzo frazionato per il concorrente dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di cui all'articolo 40, comma 3, lettera b), che hanno consentito il rilascio dell'attestazione in quella categoria; Cons. St., sez. V, 5 dicembre 2014, n. 5987; Cons. St., sez. V, 9 dicembre 2013, n. 5874; Cons. St., sez. V, 8 febbraio 2011, n. 857.

⁶⁹ Dir., 24/2014/UE, cit., art. 63; Cons. di Giust. Amm. per la Reg. Sic., 15 gennaio 2015, n. 1.

Dire che un “operatore economico può ... fare affidamento sulle capacità di altri soggetti⁷⁰” non vieta agli offerenti di fare riferimento alle capacità di più soggetti terzi per comprovare che soddisfano un livello minimo di capacità⁷¹, offrendo una lettura che è utile a facilitare l'accesso delle piccole e medie imprese⁷².

Non pare invece ammissibile il c.d. avvalimento a cascata che si verifica quando l'impresa ausiliaria non possiede il requisito che si obbliga a prestare al concorrente e ricorre a sua volta all'avvalimento facendosi prestare da altra impresa.

La facoltà di avvalimento è riconosciuta solo al "concorrente" propriamente detto⁷³, quindi sussiste un rapporto diretto e immediato tra soggetto ausiliario e soggetto ausiliato, confermato dal vincolo di responsabilità solidale per l'intera prestazione contrattuale⁷⁴.

Per i titoli di studio e professionali l'avvalimento è consentito solamente se l'impresa ausiliaria esegue effettivamente i servizi per i quali sono richiesti i titoli in questione, o le pertinenti esperienze professionali⁷⁵.

⁷⁰ Con la l. n. 161 del 2014 è stato modificato il d.lgs. 163 del 2006, art. 49, co. 6, il quale, nell'attuale formulazione, prevede che «è ammesso l'avvalimento di più imprese ausiliarie» (fermo restando, per i lavori, il divieto di utilizzo frazionato per il concorrente dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di cui all'articolo 40, comma 3, lettera b), che hanno consentito il rilascio dell'attestazione in quella categoria).

⁷¹ G. FISCHIONE, *La Corte di Giustizia ammette l'avvalimento frazionato attraverso un'incerta distinzione tra capacità e requisito*, in *giustamm.it*, 18 ottobre 2013.

⁷² C.G.U.E., sez. V, 10 ottobre 2013, C 94/12; punto 34 delle conclusioni.

⁷³ Cons. St., sez. III, 1 ottobre 2012, n. 5161.

⁷⁴ Cons. St., sez. V, 13 marzo 2014, n. 1251, con nota di G. PASSARELLI DI NAPOLI, *L'avvalimento a cascata nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *giustamm.it*, 15 aprile 2014; A. MANZI, *Il Consiglio di Stato consolida l'orientamento contrario all'avvalimento "a cascata" nell'appalto integrato*, in *Urb. e app.*, 2014, 819; C. VOLPE, *La Corte di giustizia dà il via libera all'avvalimento plurimo e frazionato*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2013; R. ROTIGLIANO, *L'avvalimento negli appalti pubblici: punti fermi e nodi irrisolti*, in *Il nuovo Diritto Amministrativo*, n. 1/2013, 62; AVCP, det. 1° agosto 2012, n. 2; det. 15 gennaio 2014, n. 1.

⁷⁵ Dir. 2014/24/UE, cit., art. 63. Oggi non è ammesso ricorrere all'avvalimento per i requisiti professionali ex d.lgs. n.163 del 2006 art. 39 perché non sono attinenti all'impresa e ai mezzi di cui essa dispone e non sono intesi a garantire l'obiettiva qualità dell'adempimento; ma sono, invece, relativi alla mera e soggettiva idoneità professionale

3. *La capacità del subappaltatore.*

Il subappalto è un contratto di esecuzione dell'appalto pubblico⁷⁶ originariamente previsto per i soli lavori pubblici, poi esteso anche agli appalti di servizi e forniture.

Con il subappalto l'appaltatore affida a un'organizzazione esterna l'esecuzione di prestazioni oggetto dell'obbligazione assunta con l'amministrazione pubblica di cui è l'unico contraente. L'appaltatore resta perciò verso la stessa l'unico obbligato e responsabile dell'adempimento dell'appalto.

Il contratto di subappalto è accessorio del contratto d'appalto principale, ne dipende causalmente e viene meno una volta che il rapporto principale non abbia più efficacia, sia nullo o annullato oppure risolto⁷⁷. Rispetto al rapporto tra appaltatore e committente il subappaltatore è perciò un'organizzazione terza.

del concorrente - e quindi non dell'impresa ma dell'imprenditore - a partecipare alla gara d'appalto e ad essere, quindi, contraente con la p.a. così Cons. St., sez. V, 14 febbraio 2013, n. 91; Cons. St., sez. V, 5 novembre 2012, n. 5595; Cons. St., sez. VI, 6 novembre 2015, n. 5045 ammette l'avvalimento avente ad oggetto i requisiti speciali di qualificazione professionale (non di abilitazione *tout court*) per l'attività di progettazione oggetto d'appalto integrato relativa a categorie richieste dalla *lex specialis*, e per le quali l'ausiliato non sia abilitato, purché l'ausiliaria non si impegni semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, avvalendosi della formula legislativa della messa a disposizione delle "risorse necessarie di cui è carente il concorrente", ma assuma espressamente un impegno contrattuale sufficientemente specifico a garantire all'impresa avvalente l'attività di progettazione richiesta per l'esecuzione dell'appalto integrato, con le proprie risorse di carattere economico, finanziario ed organizzativo, nonché con il proprio personale dipendente e le proprie attrezzature.

⁷⁶ C. MUCIO, *Sull'onere della preventiva indicazione del subappaltatore*, in *Urb. e app.*, 2015, 957.

⁷⁷ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004, 1018; G. MILIANO, *Il subcontratto tra teoria generale e ipotesi tipiche*, in *Giust. civ.*, 1993, II, 573 ss.; M. BACCIGALUPI, *Appunti per una teoria del subcontratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, 81 ss.; F. MESSINEO, *Contratto derivato - subcontratto*, in *Enc. Dir.*, Milano, X, 1962, 80; secondo C. RANGONE *Subappalto e qualificazione ad una svolta*, Convegno IGI, 24 settembre 2013, in <http://www.igitalia.it> la disciplina del subappalto è organica e tendenzialmente omogenea in quasi tutti i paesi dell'Unione Europea. V. CIGLIOLA, *Il contratto di subappalto*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Torino, 1995; U. DRAETTA, *Il subcontratto*, in *Il diritto dei contratti*

Ciò non esclude che nei documenti di gara l'amministrazione aggiudicatrice preveda il diretto pagamento al subappaltatore dei corrispettivi dovuti per i servizi, le forniture o i lavori forniti da quest'ultimo⁷⁸, con norma forse in deroga alla disciplina generale sui contratti pubblici che vieta la cessione del contratto⁷⁹.

L'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto non può formare oggetto di ulteriore subappalto.

All'atto dell'offerta è necessario indicare solo le prestazioni che s'intendono subappaltare, sicché l'offerente ha l'onere di indicare in modo analitico i lavori, o la parte delle opere, dei servizi e delle forniture che intende subappaltare.

La questione dell'indicazione anche del "nome" dell'impresa⁸⁰ è stata di recente risolta negativamente anche nel

internazionali, Vol. II, *La cooperazione fra imprese*, Padova, 1985; S. RELLINI, *Contratto di subappalto e arbitrato: problemi e tecniche di redazione della clausola compromissoria*, in *Dir. comm. internaz.*, 2002, 71; quanto agli aspetti più attinenti alla contrattualistica pubblica: G. CAPRINI, *Commento sub art. 118*, in *Codice dell'appalto pubblico*, a cura di S. Baccarini - G. Chiné - R. Proietti, Milano, 2011, 1341 ss.; L. GENIATTI SATE, *Commento sub art. 118*, in *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2007, 1136 ss.; S. FANTINI, *Il subappalto*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. Sandulli - R. De Nictolis - R. Garofoli, 2008, V, 3403.

⁷⁸ Dir. 24/2014/UE, cit., art. 71.

⁷⁹ D.lgs. n. 163 del 2006, cit., art. 118, co. 1°; art. 116.

⁸⁰ D.lgs. n. 163 del 2006, cit., art. 42 prevede che il concorrente, seppur con riferimento ai soli requisiti di capacità tecnico-professionale (e non, quindi, per quelli relativi alla capacità economico-professionale) possa dimostrarne il possesso mediante l'indicazione «della quota di appalto che il concorrente intenda, eventualmente subappaltare». Sostengono la necessità di indicare il nominativo dell'impresa subappaltatrice: Cons. St., sez. III, 26 novembre 2014, n. 5856; Cons. St., sez. V, 28 agosto 2014, n. 4405; Cons. St., sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4299; Cons. St., sez. IV, 13 marzo 2014, n. 1224; Cons. St., sez. III, 5 dicembre 2013, n. 5781 la ratio di tale conclusione risiede nell'imprescindibile esigenza di evitare che l'aggiudicazione avvenga in favore di un soggetto sprovvisto dei necessari requisiti di qualificazione, al quale, diversamente opinando, dovrebbe accordarsi la possibilità non soltanto di dimostrare, ma addirittura di acquisire i requisiti in questione a gara conclusa, in violazione del principio della par condicio e con il rischio per l'amministrazione procedente che l'appaltatore così designato non onori l'impegno assunto, rendendo necessaria la ripetizione della gara. Per fare chiarezza tra i diversi orientamenti la questione è stata rimessa all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato: Cons. St., sez. V, 17 giugno 2015, n. 3069; Cons. St., sez. IV, 03 giugno 2015, n. 2707.

caso di subappalto necessario ad integrare i requisiti soggettivi dell'appaltatore, poiché si è ritenuto che la normativa non lo preveda espressamente, sicché – trattandosi di norma eccezionale - non appare ammessa l'esclusione a partire da casi simili⁸¹. L'identificazione del subappaltatore per la verifica del possesso di tutti i requisiti richiesti dalla legge e dal bando, è rinviata al momento dell'estrazione a sorte dell'offerente o quando lo stesso risultasse aggiudicatario⁸².

Trattasi di scelta propria dell'appaltatore e della sua libertà di organizzare le concrete modalità di esercizio dell'attività di impresa, con il solo limite dei requisiti soggettivi e della conformità dell'oggetto per il ricorso al subappalto⁸³.

Il contratto di subappalto deve essere depositato presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di inizio delle prestazioni, unitamente a tutte le attestazioni e dichiarazioni necessarie⁸⁴.

Il subappalto invece va autorizzato prima della sua esecuzione (art. 1656 c.c.; d. lgs. 163 del 2006, cit. art. 118)⁸⁵, con atto ritenuto provvedimento, di natura vincolata e non discrezionale,

⁸¹ Come l'avvalimento (art. 49, d.lgs. n. 163 del 2006, cit.,): Cons. St., Ad. Plen., 02 novembre 2015, n. 9, in sede di gara pubblica l'indicazione del nominativo del subappaltatore già in sede di presentazione dell'offerta non è obbligatoria neanche nell'ipotesi in cui il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili previste dal d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, art.107, co. 2; d. lgs. n. 163 del 2006, cit., art. 118; d.P.R. n. 207 del 2010, cit., art. 92.

⁸² Cons. St., sez. V, 19 giugno 2012, n. 3563; AVCP det. n. 4/2012; Cons. St., 25 luglio 2013, n. 3963 si colloca in una posizione mediana l'ulteriore orientamento che ha risolto la questione in base al contenuto della *lex specialis*. Sicché è stata ritenuta sufficiente la sola dichiarazione di volere ricorrere al subappalto in tutti i casi in cui - sebbene il concorrente sia privo di tutti i requisiti necessari per l'esecuzione delle prestazioni da affidare necessariamente in subappalto - la disciplina di gara non richieda espressamente l'indicazione del nominativo dell'impresa subappaltatrice e la dimostrazione dei requisiti da parte di questa.

⁸³ A. MOLITERNI, *I pareri di Massimo Severo Giannini: la continuità con la scienza*, in *Riv. Trim. di Dir. Pubblica*, 2015, 925.

⁸⁴ D.lgs. n. 163 del 2006, cit., art. 118.

⁸⁵ Da ultimo N. SERSALE, *Il subappalto nei contratti pubblici: Disciplina privatistica e pubblicistica*, Vicalvi (FR), 2015, 13 ss.

ove l'amministrazione verifica che il subappaltatore abbia il possesso di requisiti richiesti e che il subappalto abbia ad oggetto le obbligazioni indicate nell'offerta⁸⁶.

La mancata dichiarazione di voler ricorrere al subappalto comporta l'esclusione dalla gara ove il concorrente risulti privo dei requisiti di capacità tecnico professionale o economico finanziaria necessari per eseguire la prestazione oggetto di contratto, poiché il ricorso all'organizzazione esterna costituisce il solo mezzo per dare esatta esecuzione alla prestazione⁸⁷.

Si ha decadenza⁸⁸ - o risoluzione di diritto per inadempimento del contratto d'appalto – ove alla previa dichiarazione nell'offerta di volere subappaltare per necessità dei requisiti soggettivi non segua la stipulazione.

Sempre inadempiente è l'appaltatore che abbia dichiarato nell'offerta il subappalto utile ad ottenere punti qualità per l'aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa.

Diversa è l'ipotesi in cui il ricorso al subappalto si configura come una mera modalità operativa per l'appaltatore, comunque, in condizione di poter procedere in proprio all'esecuzione della prestazione perché munito di tutte le capacità richieste⁸⁹ e in concreto capace di eseguire le prestazione oggetto delle sue obbligazioni.

L'omessa indicazione nell'offerta della volontà di ricorrere al subappalto non consente di ricorrere al soccorso istruttorio, possibile per integrare dichiarazione che risultino incomplete.

⁸⁶ M. GIOVANNELLI, *Subappalto a qualificazione obbligatoria*, in *Urb. e app.*, 2015, 1087.

⁸⁷ Cfr., per tutte, Cons. St., sez. V, 26 marzo 2012, n. 1726; Cons. St., sez. IV, 30 ottobre 2009, n. 6708; Cons. St., sez. IV., 12 giugno 2009, n. 3696.

⁸⁸ Di esclusione in senso proprio si può parlare forse nel solo caso di estrazione a sorte, ove al candidato sia chiesto non solo di indicare chi è il subappaltatore, ma anche un serio impegno di questi alla stipula del subappalto.

⁸⁹ Cfr. Cons. St., sez. IV, 13 marzo 2014; Cons. St., sez. V, 21 novembre 2012, n. 5900; Cons. St., sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2508; Cons. St., sez. V, 20 giugno 2011, n. 3698.

Il soccorso istruttorio infatti comporta l'avvio di un procedimento di regolarizzazione ed integrazione, con un'istruttoria preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni, prima della valutazione dell'ammissibilità dell'offerta, mantenendo l'amministrazione il potere di irrogare la sanzione espulsiva ove sia violato l'obbligo d'integrazione documentale entro il termine perentorio accordato a tal fine dalla stazione appaltante⁹⁰.

Il subappalto si distingue dall'avvalimento sia per definizione strutturale sia sul piano funzionale.

Dal punto di vista organizzativo il subappalto può dirsi una esternalizzazione nel senso che l'appaltatore obbliga il terzo a coadiuvarlo con la propria autonoma organizzazione d'impresa, mentre nell'avvalimento si ha un accrescimento dell'organizzazione dell'appaltatore che dispone - temporaneamente ma direttamente - dell'organizzazione altrui, cioè per il tempo necessario ad adempiere al contratto con la pubblica amministrazione.

Sul piano funzionale l'avvalso è stato ritenuto solidalmente responsabile dell'intero contratto con l'appaltatore mentre il subappaltatore solo delle obbligazioni oggetto di subappalto, ma come corresponsabile. Si è visto poi questa responsabilità limitata dalla recente direttiva ai soli requisiti economico-finanziari che incidono sull'intero contratto⁹¹.

Si è detto che il subappaltatore non deve indicare il nome al momento dell'offerta, nome che invece va dato dall'offerente che

⁹⁰ TAR Sicilia, Palermo, sez. I, 29 aprile 2015, n. 1040, con nt O. CARPARELLI, *Subappalto necessario ed omessa indicazione del subappaltatore: esclusione o soccorso istruttorio?*, in www.lexitalia.it, 2015.

⁹¹ D. GALLI E C. GUCCIONE S., *Contratti pubblici: "avvalimento" e subappalto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 127; F. LEGGIADRO, *Il codice dei contratti pubblici di lavori servizi e forniture*, in *Urb. e app.*, 2006, 882 ss.; S. CACACE, *L'idoneità degli operatori economici alla esecuzione di lavori pubblici: un filo conduttore che lega istituti vecchi e nuovi del "Codice" unificato degli appalti*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2006; R. MANGANI, *Avvalimento e subappalto*, in www.giustamm.it, 2007.

intenda valersi dell'organizzazione altrui⁹², corredata da una dichiarazione dell'impresa ausiliaria con la quale si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente.

Certo l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati. Vero è piuttosto che se il concorrente è in condizione di utilizzare liberamente l'avvalimento, qualora esso si concretizzi in subappalto, quest'ultimo incontra i limiti dei requisiti prestati⁹³.

Trattasi però di differenti discipline che - al di là dei punti comuni - non creano i medesimi vincoli e senza assicurare, dunque alla stazione appaltante le stesse garanzie⁹⁴.

Diversamente si giunge erroneamente ad estendere la disciplina che è propria di un istituto giuridico ad altro che dal primo si distingue, costringendo le imprese concorrenti a sopportare oneri del tutto sproporzionati con grave limitazione della concorrenza.

⁹² Ci si interroga se tale previsione debba essere contenuta nel bando di gara o possa operare automaticamente (d.lgs. 163 del 2006, cit., art. 42, co. 2°). La quota affidabile in subappalto non potrebbe comunque eccedere il 30% dell'importo del contratto (d.lgs. 163 del 2006, cit., art. 118, co. 2°). Inoltre la norma parla dei soli requisiti di capacità tecnica e professionale e non potrebbe quindi essere estesa anche ai requisiti di capacità economico-finanziaria così: G. PALAZZESI, *Dichiarazione di subappalto: è necessario fare chiarezza*, in *Amministrativ@mente*, 2015, 11; G. MARIO MILITERNI, *Osservazioni critiche alla teoria del "subappalto necessario"*, in *Corriere Giur.*, 2015, 813

⁹³ Dir. 2014/24/UE, cit., art. 71, "le amministrazioni aggiudicatrici possono, conformemente agli articoli 59, 60 e 61, verificare o essere obbligate dagli Stati membri a verificare se sussistono motivi di esclusione dei subappaltatori a norma dell'articolo 57. In tali casi le amministrazioni aggiudicatrici impongono all'operatore economico di sostituire i subappaltatori in merito ai quali la verifica ha dimostrato che sussistono motivi obbligatori di esclusione. Le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre o essere obbligate da uno Stato membro a imporre che l'operatore economico sostituisca i subappaltatori in relazione ai quali la verifica ha dimostrato che sussistono motivi non obbligatori di esclusione".

⁹⁴ Cons. St., Ad. Plen., 02 novembre 2015, n. 9.

4. *L'aggregazione come sommatoria delle capacità nei limiti imposti dalla disciplina antitrust.*

Per consentire alla pubblica amministrazione di individuare il miglior offerente è necessario che il mercato – rilevante⁹⁵ del prodotto⁹⁶ e geografico⁹⁷ – si mantenga aperto alla concorrenza effettiva, o quanto meno non precluda la possibilità che essa si svilupparsi concretamente⁹⁸.

Concorrenza sottratta alla libertà di disporre da parte delle parti (art. 2596 e 2602 c.c.)⁹⁹, espressione dell'utilità sociale (art. 41 co. 2 Cost.) che limita la libera iniziativa economica.

La disciplina sulla concorrenza si applica alla pubblica amministrazione che a tal fine è considerata “consumatore”.

⁹⁵ *Ex multis*: Cons. St., sez. VI, 02 luglio 2015, n. 3291; Cass. civ., sez. I, 04 giugno 2015, n. 11564; Cons. St., sez. VI, 26 gennaio 2015, n. 334; Cons. St., sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 6050; Cons. St., sez. VI, 04 novembre 2014, n. 5423; C.G.U.U.E., sez. II, 28 febbraio 2013, n. 1; C.G.U.E., sez. I, 06 dicembre 2012, n. 457; Cons. St., sez. VI, 24 settembre 2012, n. 5067; F. DINELLI, *La (difficile) individuazione del mercato rilevante nel settore dei servizi idrici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 4, 405; F. DENOZZA, A. TOFFOLETTO, *Contro l'utilizzazione dell'"approccio economico" nell'interpretazione del diritto antitrust*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2006, 3, 563 ss.; M.L. MILANESI, *Il mercato rilevante*, Torino, 1997; J. BRIONES ALONSO, *Market Definition in the Community's Merger Control Policy*, in *ECLR*, 1994, 4, 195 ss.; V. G. BRUZZONE, *L'individuazione del mercato rilevante nella tutela della concorrenza*, pubblicazione a cura dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Roma, 1995; M.L. MILANESI, *Il mercato rilevante*, Torino, 1997.

⁹⁶ Il mercato del prodotto comprende i prodotti e i servizi che sono posti fra loro in un rapporto di sostituibilità: questo sussiste quando, in seguito ad un ipotetico aumento - piccolo, ma significativo e non transitorio - del prezzo di un prodotto i consumatori reagiscono optando per altri prodotti, i quali vengono in considerazione, pertanto, come sostituti di quello preso in esame. Se si osserva tale "spostamento" da parte dei consumatori, significa che il mercato di riferimento è formato non solo dal bene inizialmente considerato, ma anche dai suoi succedanei.

⁹⁷ Lo stesso criterio dell'ipotetico aumento del prezzo del prodotto (c.d. price test) viene utilizzato anche per l'individuazione del mercato geografico: se i consumatori si dirigono in un'area geografica diversa da quella in cui il prodotto viene immesso in commercio alla ricerca di suoi sostituti, allora il mercato rilevante comprenderà sia l'area geografica di partenza, sia l'area geografica (o le aree geografiche) verso cui si attua lo spostamento.

⁹⁸ G. GUIZZI, *Contratto e intesa nella disciplina a tutela della concorrenza*, in *I contratti nella concorrenza*, a cura di A. Catricalà, E. Gabrielli, Torino, 2011, 8.

⁹⁹ L. n. 287 del 1990, cit.,

È necessario quindi valutare la liceità delle manifestazioni di autonomia negoziale riconosciute dallo stesso Codice dei contratti pubblici che, pur soddisfacendo i requisiti posti, si caratterizzano per una funzione restrittiva della concorrenza indifferentemente se la condotta sfoci in un'intesa (art. 101 TFUE, l. n. 287 del 1990, cit., art. 2), una concentrazione oppure un abuso di posizione dominante (art. 102 TFUE, l. n. 287 del 1990, cit., art. 3).

Una condotta anticoncorrenziale potrà essere vietata se il mercato sulla quale essa incide è sufficientemente esteso da poter arrecare pregiudizio al commercio fra gli Stati membri, nella prospettiva europea; oppure abbia ad oggetto il mercato nazionale o una sua parte rilevante o comunque produca consistenti effetti restrittivi sui medesimi, nella prospettiva nazionale¹⁰⁰.

Le gare pubbliche possono costituire, avuto riguardo alle circostanze del caso concreto, un mercato rilevante¹⁰¹ e le intese parrebbero lo strumento più agevole per limitare la concorrenza nel mercato degli appalti. Cioè la scelta di spartirsi il mercato sia in sede di presentazione dell'offerta (raggruppamenti temporanei, consorzi, avvalimento) sia nella fase esecutiva del contratto. L'intesa si può tradurre in un'un'obbligazione, se l'accordo si trasfonde in un contratto, oppure può tradursi in una serie di oneri comportamentali, privi del carattere dell'obbligatorietà, nei c.d.

¹⁰⁰ La valenza dell'identificazione del mercato rilevante deve essere diversamente calibrata in reazione alla natura dell'illecito: in ipotesi di un'operazione di concentrazione, l'accertamento della posizione dominante di un'impresa sul mercato dipende strettamente dalla struttura dell'impresa oggetto dell'indagine; con riferimento all'intesa, l'individuazione del mercato è funzionale alla delimitazione dell'ambito nel quale l'intesa può restringere o falsare il meccanismo concorrenziale. In caso di abuso di posizione dominante la delimitazione del mercato di riferimento inerisce ai presupposti del giudizio sul comportamento che potrebbe essere anticoncorrenziale, così Cons. St., sez. VI, 03 giugno 2014, n. 2837.

¹⁰¹ Cons. St., sez. 13 giugno 2014, n. 3032, con nota di G. MANGIONE, *Gare d'appalto e intese nel mercato assicurativo: una recente sentenza del Consiglio di Stato*, in *Riv. delle Società*, 2014, 1196; R. PERATONER, C. PONCIBÒ, G. VERTUCCI, *Il profilo negoziale delle intese anticompetitive e delle pratiche concordate: risvolti di diritto civile e processuale*, in *Giust. civ.*, 2009, 369.

*gentlemen's agreement*¹⁰². Le intese al di là delle ipotesi che configurano fattispecie penali (turbativa d'asta c.p.) possono assumere anche come semplici comportamenti.

L'intesa è nulla per illiceità della causa (art. 1343 c.c.). E la nullità si ripercuote sul contratto concluso con la stazione appaltante poiché il legame fra l'intesa restrittiva (a monte) e la negoziazione (a valle) è rappresentabile nella forma del "collegamento negoziale"¹⁰³. L'intesa è infatti una condotta preparatoria rispetto all'appalto, che rappresenta la condotta finale immediatamente e direttamente lesiva dei diritti dell'amministrazione – degli altri offerenti e degli amministrati – i due momenti sono inscindibili, poiché preordinati al medesimo fine, non realizzabile senza l'uno o senza l'altro¹⁰⁴.

Dichiarata la nullità dell'intesa illecita, la costruzione normalmente accolta è di considerare il contratto a valle nullo per mancanza di causa in concreto (art. 1418, co. 2, c.c.). L'intesa altera il mercato dunque l'equilibrio contrattuale che può raggiungere il consumatore che ha subito l'intesa anticoncorrenziale.

Così la pubblica amministrazione che può stipulare a un prezzo maggiore o ottenere una prestazione di qualità inferiore

¹⁰² Nell'ipotesi di intese restrittive, la definizione del mercato rilevante è successiva all'individuazione dell'intesa, in quanto sono l'ampiezza e l'oggetto dell'intesa a circoscrivere il mercato su cui l'abuso è commesso: vale a dire che la definizione dell'ambito merceologico e territoriale nel quale si manifesta un coordinamento fra imprese concorrenti e si realizzano gli effetti derivanti dall'illecito concorrenziale è funzionale alla decifrazione del grado di offensività dell'illecito.

¹⁰³ O a quello del negozio complesso, a seconda che l'intesa abbia o no natura negoziale. Cass. civ., sez. III, 10 ottobre 2014, n. 21417; Cass. civ., 27 gennaio 1997, n. 827; Cass. civ., 12 dicembre 1995, n. 12733, dove i giudici affermano che «l'unitarietà dei negozi non viene meno anche in assenza di una coincidenza soggettiva di tutte le parti: essenziale a tal fine è l'unitarietà dell'interesse perseguito laddove tale unitarietà è sinonimo di ragione pratica dell'affare»; v. anche Cass. civ., 30 ottobre 1991, n. 11638; Cass. civ., 15 dicembre 1984, n. 6586; Cass. civ., 21 ottobre 1983 n. 6193. C. LO SURDO, *Il diritto della concorrenza tra vecchie e nuove nullità*, in *Banca, borsa*, 2004, I, 188 s.

¹⁰⁴ Cass. civ., sez. I, 28 maggio 2014, n. 11904; N. VECCHIO, *Danno antitrust e onere probatorio a carico del consumatore*, in <http://www.odcc.mulino.it>, 2014.

(offerta economicamente più vantaggiosa) rispetto a quello che avrebbe potuto ottenere in assenza dell'intesa.

L'indicata costruzione giuridica è prevalsa rispetto a quella di considerare nullo il contratto stipulato dal "consumatore" per illiceità della causa, che invece si è affermata con specifico riferimento all'intesa anticoncorrenziale.

Come è evidente la sanzione che appronta all'ordinamento è di tipo oggettivo (mancanza della causa in concreto), al di là delle ragioni soggettive che inducono gli imprenditori a progettare il loro disegno collusivo. È dal collegato contratto con l'amministrazione che emerge il dato incontestabile di un'alterazione causale del contratto il cui carattere è essenzialmente patrimoniale. La variazione del profilo economico del rapporto, in cui si traduce lo sfalsamento della concorrenza provocato dall'intesa a monte, è un dato oggettivo che consente pertanto di delineare una precisa funzione economico individuale in capo all'imprenditore colludente.

Nel nostro ordinamento l'attuazione della tutela della concorrenza è affidata in via autonoma e complementare a un sistema di *public e private enforcement*¹⁰⁵.

L'AGCM agisce a tutela dell'interesse pubblico vietando con atti di natura provvedimentoale il proseguimento della condotta anticoncorrenziale e irrogando sanzioni pecuniarie. Il giudice ordinario tutela invece gli interessi individuali di imprese e consumatori che hanno subito le conseguenze delle intese e dei comportamenti anticoncorrenziali¹⁰⁶. È il giudice civile, e non l'Autorità *Antitrust*, a dover tutelare il terzo danneggiato da

¹⁰⁵ M. LIBERTINI, *Il ruolo necessariamente complementare di "private" e "public enforcement" in materia antitrust*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di M. Maugeri - A. Zoppini, Bologna, 2009, 171 ss.; R. PARDOLESI, *Private Enforcement of Antitrust Law*, in *Handbook on the Economics of European Union Law*, a cura di T. Eger - H.B. Schäfer, Cheltenham, 2012, 289 ss.; Cons. Stato 22 settembre 2014, n. 4773, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 252 ss., con nota di G. IOANNIDES, *Alla ricerca del giusto bilanciamento tra public e private enforcement nel diritto antitrust*.

¹⁰⁶ L. CASTELLI, *Disciplina antitrust e illecito civile*, Milano, 2012, 89 ss.

un'eventuale condotta anticoncorrenziale anche se non accertata attraverso strumenti di *public enforcement* perché non più attuale, o non più pericolosa per il corretto funzionamento del mercato.

Nel nostro sistema giuridico, a differenza di quanto accade in altri ordinamenti (es. Germania e Regno Unito), l'azione davanti al giudice civile non è subordinata ad una previa pronuncia dell'Autorità amministrativa¹⁰⁷, in virtù dell'autonomia dei rapporti tra azione amministrativa e giudiziaria, ed il provvedimento assunto non è vincolante per il giudice ordinario.

Il provvedimento amministrativo è sicuramente una "prova privilegiata"¹⁰⁸ per la sua normale efficacia verso i destinatari e terzi, anche se resta comunque impregiudicata la possibilità per gli imprenditori di fornire prova contraria, offrendo precise indicazioni su situazioni e comportamenti relativi alle condotte dell'impresa e alle scelte dei singoli utenti.

E' noto che ogni persona fisica o giuridica che abbia subito un danno causato da una violazione del diritto della concorrenza può chiederne e ottenerne il pieno risarcimento¹⁰⁹. Per quanto è qui di interesse l'illecito anticoncorrenziale nei confronti degli appalti

¹⁰⁷ Tra le prime pronunce rilevanti in ordine alla valenza in sede civile dell'accertamento di un'intesa compiuto dall'A.G.C.M., v. Cass. civ., 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Foro it.*, 2007, I, 1097 ss., con note di A. PALMIERI, *Cartello tra compagnie assicuratrici, aumento dei premi e prova del pregiudizio: il disagiata cammino dell'azione risarcitoria per danno da illecito antitrust*, e R. PARDOLESI, *Il danno antitrust in cerca di disciplina (e di identità?)*; e in *Danno e resp.*, 2007, 755 ss., con note di G. AFFERNI, *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust italiano: nesso di causalità e prova del danno*, e M. CARPAGNANO, *Una pietra sopra. Commento alla sentenza della Corte di cassazione n. 2305/07 in tema di private enforcement*.

¹⁰⁸ Cass. civ., 13 febbraio 2009, n. 3640. In chiave critica A. FRIGNANI, *La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust. La Cassazione in guerra con se stessa*, cit., 429 ss.

¹⁰⁹ M. CARPAGNANO, *Prove tecniche di private enforcement del diritto comunitario della concorrenza*, in *Danno e resp.*, 1, 2007, 43; lo strumento rimediabile ha, tuttavia, faticato ad emergere in tal senso, G. OLIVIERI, *Iniziativa economica e mercato nel pensiero di Giorgio Oppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 4, 526: è significativo che, "a fronte della scoperta di quasi centinaia di cartelli segreti da parte delle Autorità di Concorrenza, i repertori quasi non rechino tracce di azioni".

pubblici assume rilievo come responsabilità precontrattuale¹¹⁰. Quindi sul piano della contrattualistica pubblica l'amministrazione, gli altri offerenti e anche l'amministrato che subisce indirettamente la traslazione del danno da illecito *antitrust*¹¹¹ potrebbe chiederne il risarcimento.

Si è detto che nella tradizione la gara pubblica ha rappresentato per l'amministrazione pubblica soprattutto un modo di selezionare il miglior contraente mentre più di recente l'accento si è spostato verso la tutela di un diritto delle imprese a una libera concorrenza nell'accaparrarsi il bene contratto.

Superato il velo della personalità giuridica dell'impresa con la teoria e poi la disciplina sui gruppi societari, non si può non riconoscere l'aggregazione in gruppo come reale organizzazione dell'impresa contemporanea, connessa alla capacità di ciascuno di raggrupparsi anche allo scopo di partecipare ad una gara pubblica, riequilibrando la competizione tra grandi e piccole medie imprese, consentendo a queste di costituire anche temporaneamente una associazione o raggruppamento, idonea ad "allargare"¹¹² la platea dei potenziali partecipi ad una gara¹¹³.

¹¹⁰ A. FRIGNANI, *La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust. La Cassazione in guerra con se stessa*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2013, 429.

¹¹¹ F. MEZZANOTTE, *Sul private enforcement del diritto antitrust (in vista del recepimento della dir. 2014/104/ue)*, in *Contratti*, 2015, 1109; M. CARPAGNANO, *Le difese dell'impresa convenuta ed il passing on*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, a cura di L.F. Pace, Napoli, 2013, 298 ss.; A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, 1996, 261 ss.. Dir. 26 novembre 2014 n. 2014/104/UE Relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, capo IV. La direttiva dovrà essere recepita entro il 27 dicembre 2016.

¹¹² Vedi M.P. CHITI, *Regolamentazione e mercato nella disciplina degli appalti pubblici*, in A. ANGELETTI (a cura di), *Privatizzazione ed efficienza della pubblica amministrazione alla luce del diritto comunitario*, Milano, 1996, 144 ss.; G. MORBIDELLI, M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, cit., p. 213 ss.; M. MAZZAMUTO, *Concessionari privati ed evidenza pubblica o meglio concessionari privati e tutela della concorrenza*, in *Dir. pubbl.*, 1997, p. 186 e 199; A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998, 12; A. MASSERA, *I contratti*, cit., 1379. Nella Comunicazione della Commissione 2001/C3/02, «Linee

Trattasi di una disciplina che offre alle imprese uno «strumento pro-competitivo ed anti-monopolistico che, favorendo le *chances* di accesso al mercato degli appalti pubblici, amplia la dinamica concorrenziale al suo interno»¹¹⁴ consentendo di rompere posizioni consolidate verso la pubblica amministrazione. Soprattutto in presenza di appalti di rilevanti dimensioni l'associazione temporanea di imprese medio-piccole consente la loro partecipazione alle gare, altrimenti riservate alle imprese più grandi che finirebbero così per rafforzare oltre misura la loro posizione dominante nel mercato di riferimento¹¹⁵.

Anche dal punto di vista dell'amministrazione¹¹⁶ l'aggregazione degli offerenti può aumentare la concorrenza e legittima un unico interlocutore per lo svolgimento di prestazioni complesse o di notevole mole, in attesa dello sviluppo di un

direttrici sull'applicabilità dell'art. 81 del Trattato CE agli accordi di cooperazione orizzontale», viene infatti affermato che: «Le imprese devono reagire alla crescente pressione concorrenziale e adeguarsi ad un mercato in costante evoluzione dovuta alla mondializzazione, al ritmo dei progressi tecnici e, in generale, al maggiore dinamismo dei mercati».

¹¹³ F. BAGLIVO, *L'avvalimento infragruppo: nessuna deroga all'obbligo di indicazione dettagliata dei mezzi e delle risorse*, in *giustamm.it*, 26 febbraio 2015.

¹¹⁴ M. MAZZAMUTO, *I raggruppamenti temporanei d'impresa tra tutela della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2003, 182. L'uso in funzione anticompetitiva dell'ATI, in particolare nel contesto di partecipazione a gare pubbliche, è nota alla prassi applicativa sia della Commissione (cfr. decisione 24 ottobre 1988, Eurotunnel, in *G.U.C.E.*, n. L. 311/36 e la decisione 27 luglio 1990, Konsortium Ecr 900, in *G.U.C.E.*, n. L. 228/31) che dell'Autorità antitrust nazionale (AGCM Prov. n. 11726 del 20 febbraio 2003, Aziende di trasporto pubblico locale - Petrolieri, in *Boll.* n. 8 del 2003). Si veda A. STABILINI, *Concentrazione e tutela dei terzi nella legge antitrust*, in *Giur. comm.*, 2006, III, 467.

¹¹⁵ Così Cons. St., sez. V, 30 aprile 2002, n. 2294. Sulla funzione antimonopolistica, vedi anche, con riferimento alla Dir. 71/305/CE, Cass. civ., sez. I, 2 marzo 1996, n. 1650 "La principale finalità della direttiva nell'imporre agli Stati membri l'introduzione dell'istituto della riunione temporanea era quella di adottare uno strumento di contrasto alle situazioni di monopolio delle grandi imprese, nell'attuazione dei principi di libera concorrenza accolti dal Trattato di Roma".

¹¹⁶ Cons. St., sez. V, 24 agosto 2006, n. 4969; Cons. St., sez. V, 7 luglio 2005, n. 3737; Cons. St., sez. V, 30 luglio 1996, n. 918.

mercato non ancora capace di far decollare organizzazioni più complesse.

Del pari di favore per la concorrenza e d'utilità per la stessa amministrazione appaltante sono le norme che vietano di frammentare in lotti un oggetto contrattuale al sol fine di abbassare la soglia di rilevanza europea del valore degli appalti o di ridurre la rilevanza delle capacità tecniche e finanziarie, escludendo l'effetto di una moltiplicazione di energie gestionali nell'esecuzione di una pluralità di contratti, artificialmente creata in luogo di un solo interlocutore¹¹⁷.

Tenere conto – con una preliminare analisi di mercato e per l'effetto sin dai primi documenti di gara – della reale condizione del mercato delle imprese da cui si vuole trarre l'offerta utile alla stipulazione del contratto appare da alcuni anni metodologia ineludibile che non può non essere attratta al procedimento amministrativo di selezione del contraente, ai suoi atti preliminari cui sono chiamate a partecipare le imprese del settore secondo la disciplina generale, contribuendo a definire in contraddittorio i requisiti di ammissione, i criteri di aggiudicazione del contratto, le specifiche tecniche. La soluzione acquisisce alla procedura pubblica uno *standard* che è stato sinora prerogativa delle trattative tra privati¹¹⁸.

Il fenomeno della collaborazione temporanea ed occasionale tra imprenditori ha rappresentato una costante delle politiche aziendali¹¹⁹ e secondo l'analisi economica del diritto ciò si traduce in un incremento di efficienza per il risparmio in termini di costi di

¹¹⁷ A. CLARIZIA, *Associazione temporanea tra imprese e consorzi nell'esecuzione delle opere pubbliche: profili amministrativistici*, in *Trib. amm. reg.*, 1984, II, 107.

¹¹⁸ Cfr. Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2004 n. 926, caso Pellegrini/Consip: “La concorrenza avviene nel settore pubblico in modo del tutto diverso rispetto al settore privato: nel primo, la concorrenza tra le imprese si svolge esclusivamente nella fase della procedura di evidenza pubblica”.

¹¹⁹ M. MAZZONE, *L'associazione temporanea di imprese*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, XVII, Torino 1985, 551; G. PALEOLOGO, *Sviluppo economico, libera concorrenza e collaborazione fra imprese nell'esecuzione di opere pubbliche*, in *La collaborazione fra imprese nell'appalto per l'esecuzione di opere pubbliche*, a cura di F. MASTRAGOSTINO, Padova, 1988, 3 ss.

transazione. La sommatoria delle capacità imprenditoriali delle imprese riunite potrebbe però essere soltanto apparente e nascondere invece, a danno dell'amministrazione, una sostanziale o effettiva inidoneità all'esecuzione dell'appalto¹²⁰.

La disciplina che è di favore per l'aggregazione – anche temporanea – delle imprese offerenti ha forse lasciato in ombra che un'aggregazione può anche configurarsi come ipotesi sanzionate dalla disciplina *antitrust* qualora risulti falsata l'effettiva contendibilità della gara a discapito della concorrenza¹²¹.

In particolare è d'interesse la mancanza di un'effettiva separazione delle offerte in ragione d'intese tra i concorrenti o perché l'effetto di un unico centro decisionale. Tra i principali rischi presenti nel mercato dei contratti pubblici, si è inteso porre particolare attenzione al rischio di comportamenti collusivi delle imprese, anche mediante il fenomeno delle cordate, che pongono in essere una compartimentazione del mercato tale da pregiudicare la selezione del contraente più efficiente¹²².

Più in generale qualora la selezione avvenga in un mercato affetto da comportamenti anti competitivi, esistenti *ab origine* o indotti dalla *lex specialis* di gara, l'operatore economico selezionato non sarà il più efficiente e non assicurerà la realizzazione dell'interesse pubblico perseguito dalla stazione appaltante in termini di prezzo e qualità offerti, determinando un danno al benessere sociale della collettività.

Certo la disciplina sugli appalti pubblici già offre alcuni rimedi come la verifica dell'offerta anomala e in materia la stessa disciplina generale sul divieto di aiuti alle imprese ha assunto una

¹²⁰ A. LINGUITI, *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, in *La convergenza dei diritti amministrativi in Europa*, Milano, 2002, 27.

¹²¹ G. VICICONTE, *La protezione multilivello della concorrenza nel settore degli appalti pubblici*, in *Responsabilità e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, a cura di G. F. CARTEI, Napoli, 2008, 163.

¹²² Art. 101 TFUE e l'art. 2 della l. 10 ottobre 1990, n. 287 pongono il divieto di intese restrittive della concorrenza e legittimano l'avvio di procedimenti volti ad accertare e sanzionare le condotte assunte in violazione.

portata rilevante, ma appare di rilievo diretto ancor prima lo stesso diritto *antitrust*¹²³ e la disciplina contro la corruzione negli apparati pubblici¹²⁴.

La disciplina sull'*antitrust* ha assunto tale rilievo in materia di appalti pubblici da legittimare *ex lege* l'Autorità garante della concorrenza e del mercato a proporre ricorso¹²⁵ davanti al giudice amministrativo contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti e i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato¹²⁶.

¹²³ G. BRUZZONE, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Arbitri dei mercati – Le autorità indipendenti e l'economia*, a cura di M. D'alberti, A. Pajno, Bologna, 2012, 302 e ss.; Autorità garante della concorrenza e del mercato, Provvedimento n. 25435 del 22 aprile 2015, 1775, *procedure di affidamento dei servizi di ristoro sulla rete autostradale ASPI*; Autorità garante della concorrenza e del mercato Provvedimento n. 25382 del 25 marzo 2015, 1744, *gare RCA per trasporto pubblico locale*; S. SIMONE, L. ZANETTINI, *Appalti pubblici e concorrenza*, in *Lo Stato compratore*, a cura di L. Fiorentino, Bologna, 2007, 139 ss.; A. PERA, *Concorrenza e antitrust*, Bologna, 2005, 112 ss.; L. DI VIA, *Antitrust e diritti sociali*, Napoli, 2004, 24 ss;

¹²⁴ G. M. RACCA, D. I. GORDON, *Integrity Challenges In The EU And U.S. Procurement Systems*, in *Integrity And Efficiency In Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, a cura di G. M. Racca, C. R. Yukins, Bruxelles, 2014; ID. *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici (art. 1, commi 14-25, 32 e 52-58)*, in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, a cura di B.G. Mattarella, M. Pelissero, Torino, 2013, 125; ID., *L'aggregazione dei contratti pubblici per la sostenibilità, la concorrenza e la qualità delle prestazioni*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, III, 2259 ss.; G. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, relazione al convegno *Prevenzione della corruzione nella riforma della p.a. e nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, Roma, 9 novembre 2015, in <http://www.italiadecide.it>; M. CLARICH, *The rules on public contracts in Italy after the Code of Public Contracts*, in *Italian Journal of public law*, 2013, 43; A. VANNUCCI, *Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione*, in *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, a cura di G.D. Comporti, Napoli, 2011; M. A. SANDULLI, A. CANCRINI, *I contratti pubblici*, in *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, a cura di F. Merloni, L. Vandelli, Firenze-Antella, 2010, 437 ss..

¹²⁵ L. n. 287 del 1990, cit., art. 12-bis; C. COLOSIMO, *L'oggetto del contratto, tra tutela della concorrenza e pubblico interesse*, in *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, a cura di G.D. Comporti, Napoli, 2011, 66.

¹²⁶ Cons. St., sez. VI, 30 maggio 2014, n. 2818; M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, cit., 19, rileva come lo strumento riguarda anche le stazioni appaltanti e

A ciò si aggiunga che da tempo il fenomeno collusivo è oggetto di una pluralità di azioni di contrasto, anzitutto in sede di gara con disposizioni volte ad impedire comportamenti anticoncorrenziali nella presentazione delle offerte, pena l'esclusione dalla gara; sanzionando poi i successivi comportamenti posti in violazione della disciplina *antitrust* o delle disposizioni penali a della gara¹²⁷.

Le stesse disposizioni di gara possono favorire, o addirittura occasionare, comportamenti anticompetitivi oppure rafforzare gli effetti di accordi collusivi volti a compartimentare il mercato dei contratti pubblici aprendo una non facile risoluzione di un conflitto tra norme pari ordinate, siano esse quelle nazionali o poste dall'ordinamento dell'Unione europea, sussistendo in via generale sia norme sugli appalti che *antitrust* in entrambe le fonti¹²⁸.

Conflitti tra norme che debbono essere risolti secondo i tradizionali principi di competenza, specialità, gerarchia e cronologico.

Il codice dei contratti pubblici prescrive alcuni divieti atti a contrastare i fenomeni collusivi in sede di gara. E' sancito

rappresenti un *unicum* nel nostro ordinamento processuale che non prevede in termini generali il potere di impugnazione di atti amministrativi attribuito ad amministrazioni pubbliche a tutela degli interessi pubblici da esse curati; cfr anche ID., *Per uno studio sui poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Dir. amm.*, 1993, 77; ID. (a cura di), *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, 85 ss.; A. POLICE, *Le sanzioni antitrust tra diritto amministrativo e diritto penale. Il Libro e la Spada: l'Autorità antitrust e il Leone di San Marco*, in www.apertacontrada.it, 28 maggio 2014.

¹²⁷ Turbativa d'asta (353 c.p.).

¹²⁸ M.S. GIANNINI, *Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia*, in *Riv. dir. comm.*, LVIII, 1959, 313; E. CHELI, *Libertà e limiti dell'iniziativa economica privata*, in *Rass. dir. pubbl.*, I, 1960, 300; U. POTOTSCHNIG, *Poteri pubblici ed attività produttive*, in *Dir. ec.*, 1990, 49; G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, 17; M. D'ALBERTI, *Libera concorrenza e diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 347; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo*, Pompei, 1962; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983.

anzitutto l'esclusione dalla gara pubblica¹²⁹ di quelle imprese che hanno presentato offerte distinte pur essendovi tra le stesse la situazione di controllo o di collegamento definita dal codice civile (art. 2359 c.c.), oppure ogni qualvolta emerga una relazione tra le stesse tale da ricondurre le offerte a un unico centro decisionale¹³⁰.

E' noto che per il diritto commerciale il controllo è dato dalla maggioranza dei voti in assemblea ordinaria o dai voti sufficienti per esercitare nella stessa assemblea un'influenza dominante, oppure ove l'influenza dominante s'affermi in virtù di particolari vincoli contrattuali (art. 2359, co. 1°, c.c.) ed a tal fine si computano anche quelli spettanti a società controllate, fiduciarie o a persona interposta. Non si computano invece i voti spettanti per conto di terzi.

Sono imprese collegate invece le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole, che si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in borsa.

L'esclusione dalla gara pubblica non è un mero atto di accertamento, ma un vero e proprio atto di volontà che come ogni altro è assoggettato dalla legge generale sul procedimento al

¹²⁹ Cons. St., sez. V, 18 luglio 2012, n. 4189; Cons. St., sez. VI, 13 giugno 2005, n. 3089.

¹³⁰ D.lgs. 163 del 2006, cit., art. 38, co. 2. Al riguardo la giurisprudenza amministrativa ha dato alla locuzione unico centro decisionale un'interpretazione estensiva sostenendo che è possibile escludere le imprese che risultino collegate tra loro anche nel caso di collegamento diverso dal controllo *ex* articolo 2359 ed anche in assenza di una specifica prescrizione in tal senso nel bando di gara: Cons. St., sez. VI, 22 febbraio 2013 n. 1091; Cons. St., sez. V, 30 novembre 2011, n. 6329 Cons. St., sez. VI, 6 settembre 2010, n. 6469 Cons. St., sez. VI, 27 luglio 2010, n. 4888; Cons. St., sez. IV, 19 ottobre 2006, n. 6212; Cons. St., sez. VI, 13 giugno 2005, n. 3089 sanzionano le ipotesi di collegamenti, anche di fatto (intrecci personali tra gli assetti societari delle imprese), tra imprese partecipanti che comportino l'imputabilità delle relative offerte ad un unico centro decisionale.

contraddittorio con i destinatari¹³¹ e ad un'istruttoria accurata sui rapporti in concreto tra i concorrenti alle gare¹³².

La stazione appaltante deve non solo provare la situazione di controllo o di collegamento ma anche la rilevanza di ciò sulla presentazione delle offerte. Il concorrente può tuttavia dimostrare che le situazioni non hanno affatto influito sul comportamento in gara¹³³ lasciando in fatto l'indipendenza delle offerte in misura tale da garantire la partecipazione più ampia possibile di offerenti a una gara d'appalto¹³⁴. Anche ove si abbia il controllo del cento per cento dei voti in assemblea l'astrattezza della norma sul controllo può dunque essere superata o temperata nel caso concreto dal principio di proporzionalità¹³⁵.

Infatti il *Blind trust* o altri particolari vincoli contrattuali possono in concreto garantire l'indipendenza e la segretezza nell'elaborazione e presentazione delle offerte, neutralizzando le dichiarate situazioni di controllo o di collegamento, negando un'influenza sul contenuto delle differenti offerte depositate dalle imprese nell'ambito della procedura di aggiudicazione pubblica.

La riferibilità delle offerte a un unico centro decisionale può coinvolgere invece la violazione d'importanti principi sulle procedure a evidenza pubblica, come la segretezza, la serietà e l'indipendenza delle offerte¹³⁶. Come per le "comunanze

¹³¹ C.G.U.E., sez. X, 22 ottobre 2015, C-425/14; C.G.C.E., sez. IV, 19 maggio 2009, C-538/07, p. da 28 a 30; C.G.U.E., sez. IV, 23 dicembre 2009, C-376/08, p. 39 e 40.

¹³² Non parrebbe conforme al diritto dell'Unione l'ipotesi di esclusione automatica dalla gara per il collegamento fra le imprese partecipanti, nel caso in cui sia accertata l'esistenza, fra due o più concorrenti, di una situazione di controllo, prevista dall'art. 2359 c.c. *contra* Cons. St., sez. III, 23 dicembre 2014, n. 6379.

¹³³ C.G. U. E., 19 maggio 2009, C-538/07.

¹³⁴ C.G.U.E., sez. X, 22 ottobre 2015, n. 425, C-425/14, è contrario al principio di proporzionalità l'obbligo per un partecipante a un appalto pubblico di dichiarare, l'assenza di situazioni di controllo o di collegamento con altri concorrenti e, l'assenza di accordi con altri partecipanti alla gara d'appalto, con la conseguenza che, senza una tale dichiarazione, esso è automaticamente escluso da tale procedura.

¹³⁵ C.G.C.E., 19 maggio 2009, C-538/07.

¹³⁶ Cons St, sez. III, 23 dicembre 2014, n. 6379; Cons. St., sez. V, 18 luglio 2012, n. 4189.

strutturali”¹³⁷ va sempre provata in concreto l'esistenza di elementi oggettivi e concordanti tali da ingenerare pericolo per il rispetto dei principi di segretezza, serietà delle offerte e *par condicio* tra i concorrenti, tali da non incidere sulla libertà del diritto di impresa¹³⁸.

L'utilizzazione non necessaria dei raggruppamenti temporanei d'impresa ove è stata talora vista come modalità per restringere la concorrenza, che possono rientrare definizione normativa che è ad ampio spettro sulle intese vietate dal diritto nazionale e ancor prima dell'Unione europea (art. 101 TFUE, l. 10 ottobre 1990, n. 287, art. 2)¹³⁹.

Si è sviluppato un orientamento di favore all'inserimento nei bandi di gara di clausole di esclusione dei raggruppamenti temporanei nonostante alcune imprese siano già in possesso di tutti i requisiti finanziari e tecnici per partecipare alla gara¹⁴⁰.

¹³⁷ Cons. St., sez. V, 20 agosto 2013, n. 4198. Sono indizi di collegamento sostanziale: a) gli intrecci “parentali e societari” tra amministratori, rappresentanti legali, o direttori tecnici; b) la produzione di polizze fideiussorie rilasciate dalla stessa compagnia di assicurazione, con numeri sequenziali ravvicinati e risultanze camerali contenenti modifiche all'oggetto sociale delle ditte apportate nei medesimi giorni; l'identità degli indirizzi delle sedi legali e/o operative o di residenza dei concorrenti; la corrispondenza apparente dell'impostazione grafica generale, della grafia e delle firme sui vari atti di gara; il fatto che la spedizione delle offerte sia avvenuta nel medesimo ufficio postale, nel medesimo giorno alla medesima ora con le stesse modalità di invio; il fatto che le buste ed i plichi contenuti abbiano la stessa dimensione, colore, impostazione grafica ed identica grafia dell'indirizzo apposto; la circostanza che le offerte presentino documenti o dichiarazioni non richieste dal bando di gara e uguali per contenuto. Cons. St., sez. VI, 08 maggio 2012, n. 2657.

¹³⁸ Cons. St., sez. V, 08 aprile 2014, n. 1668; Cons. St., sez. IV, 04 marzo 2014, n. 1020; Cons. St., sez. VI, 09 luglio 2013, n. 3628.

¹³⁹ Comunicazione del Presidente dell'AVCP del 12 maggio 2014 *Indicazioni alle stazioni appaltanti in materia di esclusione dei raggruppamenti temporanei di imprese “sovrrabbondanti”*; AVCP det. 10 ottobre 2012, n. 4.

¹⁴⁰ Anche il ricorso da parte di imprese operanti nel settore del gas allo strumento dell'associazione temporanea di imprese nell'ambito di una procedura per l'affidamento del servizio avviata da un comune è stata qualificata come un'intesa restrittiva della concorrenza essendo stata accertata la finalità restrittiva della concorrenza da parte di imprese ciascuna già in possesso dei requisiti richiesti per la partecipazione, cfr. Autorità garante della concorrenza e del mercato, provvedimento del 2 agosto 2012 n. 23974, I-740, Cons. St., sez. VI, 4 novembre 2014, n. 5423.

La possibilità di escludere tali raggruppamenti dovrebbe, quindi, fondarsi sulla contemporanea convergenza di elementi di carattere formale (il possesso dei requisiti) e sostanziale (le concrete potenzialità anticoncorrenziali del raggruppamento).

La verifica va operata dalla stazione appaltante anzitutto in senso oggettivo cioè verificando se l'esclusione sia nei limiti imposti dal principio di proporzionalità, cioè sia posta in ragione dei rischi e delle pratiche invalse nel mercato oggetto d'appalto pubblico¹⁴¹. Altra e diversa questione è l'accertamento soggettivo della sussistenza di una volontà collusiva delle imprese partecipanti al raggruppamento¹⁴².

Si è detto che la vigente disciplina sugli appalti pubblici non vieta ad imprese che già hanno superato la prequalificazione – dunque in possesso dei requisiti di partecipazione - di associarsi temporaneamente in vista della gara e che pertanto un raggruppamento sovradimensionato non può considerarsi perciò vietato¹⁴³.

In caso di procedure ristrette, negoziate o di dialogo competitivo, l'operatore economico individualmente invitato o ammesso nella procedura di dialogo competitivo hanno la facoltà

¹⁴¹ Cons. St., sez. IV, 06 ottobre 2014, n. 4980; AGCM 30 gennaio 2003 AS251; AGCM 18 gennaio 2005, S536.

¹⁴² La previsione di una siffatta clausola di esclusione era espressamente consentita per le gare indette per l'affidamento dei servizi pubblici locali, ai sensi dell'art. 4, co. 11, lett. d) del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (convertito dalla l. 15 settembre 2011, n. 148), caducato a seguito della declaratoria di incostituzionalità da parte della sentenza della Corte costituzionale n. 199, depositata il 20 luglio 2012. La citata norma stabiliva che, al fine di promuovere e proteggere l'assetto concorrenziale dei mercati interessati, il bando di gara o la lettera di invito potessero prevedere l'esclusione di «forme di aggregazione o di collaborazione tra soggetti che possiedono singolarmente i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara, qualora, in relazione alla prestazione oggetto del servizio, l'aggregazione o la collaborazione sia idonea a produrre effetti restrittivi della concorrenza sulla base di un'oggettiva e motivata analisi che tenga conto di struttura, dimensione e numero degli operatori del mercato di riferimento».

¹⁴³ S. FOÀ, *I soggetti partecipanti alle gare*, in *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, a cura di C.E. Gallo, Torino, 2014, 48.

di presentare un'offerta o di trattare per se stessi o quali mandatari di operatori riuniti¹⁴⁴.

Non è dunque il sovradimensionamento del raggruppamento in sé a essere illecito, ma «l'inserirsi di tale sovradimensionamento in un contesto di elementi di fatto che denotano i fini illeciti perseguiti con uno strumento, quello dell'a.t.i., in sé lecito»¹⁴⁵.

Si ritiene non ammissibile un divieto generale di partecipazione per i raggruppamenti “sovrabbondanti”, dovendo la questione essere valutata in relazione alla eventuale concreta portata anticoncorrenziale¹⁴⁶.

La complessità del servizio o l'assetto del mercato di riferimento possono legittimare l'inserimento nel bando di gara di una clausola di esclusione *ad hoc*, fermo restando che l'esclusione non potrà mai essere automatica ma giustificato in relazione alle esigenze del caso specifico¹⁴⁷. Le imprese hanno sempre la possibilità di giustificare la necessità di unirsi in raggruppamento temporaneo presentando alla stazione appaltante idonea documentazione, come un piano di business utile ad ottenere più punti nell'offerta economicamente più vantaggiosa in ragione del valore, dimensione, tipologia del servizio richiesto o dell'attuale stato delle imprese coinvolte (coinvolgimento in altri servizi, stato di difficoltà, temporanea impossibilità di utilizzare i mezzi a disposizione)¹⁴⁸.

Uguale *ratio* - sottesa al divieto di partecipazione alla stessa gara di soggetti formalmente o sostanzialmente collegati tra loro – dà fondamento al divieto di partecipare alla medesima procedura in più di un consorzio stabile, né più imprese di un medesimo

¹⁴⁴ D.lgs. 163 del 2006, cit., art. 37, co. 12.

¹⁴⁵ Cons. St., sez. VI, 24 settembre 2012, n. 5067.

¹⁴⁶ Cons. St., sez. III, 11 giugno 2012, n. 3402; nella medesima ottica che connota l'art. 38, comma 1, m-quater.

¹⁴⁷ Cons. St., sez. IV, 06 ottobre 2014, n. 4980; AGCM 30 gennaio 2003 AS251; AGCM 18 gennaio 2005, S536.

¹⁴⁸ Cfr. AGCM AS987 e AS880; si veda inoltre Cons. St., sez. VI, 24 settembre 2012, n. 5067.

consorzio stabile o anche solo una di esse ove sia presente il consorzio stabile (d. lgs. n. 163 del 2006, cit., art. 37, co. 7°).

Il divieto non opera nell'ipotesi di partecipazione alla medesima gara di più imprese consorziate nel medesimo consorzio ove il consorzio non partecipi esso stesso, salvo che la partecipazione di ciascuna delle consorziate riveli il coordinamento nella partecipazione alla gara, favorito dall'unica organizzazione consortile comune.

La comune struttura d'impresa e la finalità di operare in modo congiunto implicano legami tra le imprese e relativi consorzi o raggruppamenti che, anche ove dotati di un'autonoma soggettività giuridica, rappresentano una forma di collegamento molto forte¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Anche il divieto di abuso di posizione dominante posto dall'art. 103 del TFUE e della l. 10 ottobre 1990, n. 287, art. 3 può trovare applicazione nella materia dei contratti pubblici. Autorità garante della concorrenza e del mercato, Provvedimento n. 23114 del 14 dicembre 2011, 431 *Comuni vari, Espletamento gare affidamento distribuzione gas*, è stato sanzionato il comportamento di un'impresa del settore gas per non aver collaborato con due comuni per conto dei quali gestiva il servizio di distribuzione del gas nel fornire le informazioni necessarie per redigere il bando di gara per l'affidamento del servizio delle quali l'impresa aveva una disponibilità esclusiva, così ostacolando, con intento escludente, la capacità di altri operatori di partecipare alla procedura.