

## **Composizione/modificazione del Raggruppamento temporaneo di imprese, ex art. 97, co. 9, Codice appalti**

*PARERE 05/11/2013-439812, Ct 39980/13, Sez. VII, Avv. ETTORE FIGLIOLIA*

Con la nota che si riscontra, codesto Ministero chiede di conoscere il parere di questo G.U. in ordine alla applicabilità del disposto di cui al comma 9 dell'art. 37 del d.lgs. 163/2006 rispetto alle sopravvenute modificazioni della composizione dell'ATI promotore finanziario, successivamente all'esperimento della procedura negoziata ai fini della aggiudicazione della concessione di cui all'oggetto, fase questa conclusasi senza l'individuazione di alcuna offerta concorrente con l'ATI promotore, e senza che sia intervenuta l'aggiudicazione provvisoria *"per motivazioni non note a questa struttura di vigilanza"*.

Riferisce ancora codesto Ministero che all'esito della procedura di selezione del promotore venne dichiarata di pubblico interesse *"la proposta formulata dalla Prima ATI Si."*, proposta deliberata positivamente dal Cipe, e, successivamente, il promotore *"per poter prendere parte alla successiva fase di procedura negoziata"* ha *"costituito, nel rispetto delle disposizioni normative il Raggruppamento Temporaneo con l'aggiunta della M. s.p.a (di seguito Seconda ATI Si.)"*.

Peraltro, nel corso della fase istruttoria posteriore all'espletamento della procedura negoziata comportante il diritto del promotore ad ottenere l'aggiudicazione della concessione di che trattasi in relazione alla già rappresentata carenza di partecipanti alla procedura stessa, il promotore (Seconda Ati Si.) *"ha rappresentato la necessità di procedere ad un'ulteriore modifica della compagine del Raggruppamento Temporaneo"*, in relazione alla procedura ex art. 160 e ss. della legge fallimentare che ha colpito l'Impresa S. ausiliaria di Si. s.pa.: in particolare, l'impresa Costruzioni G.M. s.p.a. non sarebbe più componente dell'ATI promotrice ma acquisirebbe il ruolo di ausiliaria di Seconda Ati Si. s.pa. in sostituzione di Impresa S., e, con nota del 1° ottobre 2013, codesto Ministero ha trasmesso il relativo contratto di avvalimento.

In subordine, poi, rispetto al quesito dell'applicabilità al contesto del disposto dell'art. 37, comma 9 del d.lgs. 163/2006, codesta Amministrazione richiede l'avviso di questo G.U. circa *"l'opportunità di procedere all'annullamento del bando relativo all'affidamento in oggetto, dato il notevole tempo trascorso e le conseguenti modifiche normative intervenute"*.

Ritiene al riguardo questa Avvocatura Generale di dover rappresentare quanto segue.

Com'è noto, la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di chiarire che la fase della individuazione del promotore e quella seguente volta all'affidamento della concessione debbono ritenersi sostanzialmente distinte, in quanto mentre la seconda costituisce una procedura soggetta alla normativa comunitaria e nazionale in materia di evidenza pubblica, ovviamente alla stregua delle

peculiarità e delle specifiche deroghe previste per l'affidamento delle concessioni, al contrario la individuazione del promotore, ancorché procedimentalizzata, è caratterizzata da amplissima discrezionalità amministrativa essendo finalizzata alla valutazione dell'esistenza di un interesse pubblico che giustifichi, nell'ambito della programmazione delle opere pubbliche, l'accoglimento della proposta formulata dall'aspirante promotore (**Cons. Stato, Ad. Plenaria 15 aprile 2010, n. 2155; Cons. Stato, Sezione V, 10 novembre 2005, n. 6287**).

Ulteriormente ha statuito il Consiglio di Stato (citata sentenza **Ad. Plen. n. 2155/2010**) che, in via generale, l'accertamento dei requisiti soggettivi del promotore partecipante alla successiva procedura selettiva di affidamento vada condotto al momento della domanda di partecipazione alla stessa, tenuto conto della diversità tra *“quanto l'impresa è tenuta a dimostrare ai fini dell'assunzione della veste di promotore e quanto invece deve documentare per l'ammissione alla successiva gara”*.

Per quanto suesposto deve ritenersi, quantomeno alla stregua del rapporto informativo stilato a corredo dei quesiti in rassegna, che rispetto alla procedura selettiva l'Amministrazione committente abbia riscontrato positivamente la ricorrenza di tutti i requisiti occorrenti a legislazione vigente per opinare la sussistenza delle condizioni per l'affidamento, atteso che seppure non sono noti i motivi per cui non intervenne l'aggiudicazione provvisoria, il che certamente non può non destare talune perplessità, peraltro codesta Amministrazione al momento non evidenzia in merito la ricorrenza all'epoca di elementi interdittivi.

Orbene, il rappresentato mutamento della composizione soggettiva del promotore Seconda ATI Si., con la diversità di ruolo dell'impresa Costruzioni G.M. s.p.a da componente dell'ATI ad ausiliaria, determinato dalla sopravvenienza della procedura di cui all'art. 160 legge fallimentare che ha colpito l'Impresa S., nella specie parrebbe tuttavia non costituire di per sé elemento ostativo all'affidamento della concessione sulla base delle considerazioni che seguono.

In primo luogo, va rilevato che alla procedura negoziata di selezione non hanno partecipato ulteriori imprese concorrenti oltre il promotore, sicché l'eventuale affidamento a quest'ultimo nella mutata composizione del Raggruppamento Temporaneo non potrebbe essere sindacata nella sede giurisdizionale da eventuali altre imprese tenuto conto del consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo cui non ricorrere la legittimazione al ricorso nei confronti di chi non ha partecipato alla procedura selettiva (da ultimo, **Cons. Stato, sez. V, 23 ottobre 2013, n. 5131**).

Ulteriormente, l'eventuale predetto affidamento non parrebbe idoneo a pregiudicare quei fondamentali principi di *par condicio* tra i concorrenti e di trasparenza delle procedure che sono recepiti nella disciplina di cui al comma 9 dell'art. 37 del codice dei Contratti.

Le circostanze, poi, della mancata adozione del provvedimento di aggiudicazione, unitamente ai caratteri propri della procedura negoziata, e tenuto

conto della peculiare disciplina del contesto concessorio rispetto a cui dovrebbe avvenire nell'ipotesi che ci occupa l'affidamento al promotore, parrebbero far ritenere insussistenti elementi ostativi all'affidamento medesimo posto che la scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei soli principi desumibili dal Trattato o e dei principi relativi ai contratti pubblici, e in particolare dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, "parità di trattamento", mutuo riconoscimento, proporzionalità, principi che non parrebbero in alcun modo lesi da un eventuale affidamento al promotore nella parzialmente diversa composizione prospettata.

Le deroghe, poi, previste dai commi 18 e 19 dell'articolo 37 del codice dei Contratti, riguardo al principio della immodificabilità soggettiva dell'ATI, ritenute di carattere eccezionale e come tali insuscettibili di estensione analogica, non sembrano poter essere richiamate nell'ipotesi oggetto del presente parere, tenuto conto che i citati commi riguardano la tutt'affatto diversa ipotesi in cui sia avvenuta l'aggiudicazione, viceversa, come detto, carente nella specie.

Inoltre, il rilievo che l'impresa Costruzioni G.M. s.p.a. da componente soggettiva dell'ATI promotore diventi ausiliaria a mezzo dell'istituto dell'avvalimento *ex art.* 49 del codice dei contratti, con ogni conseguente responsabilità solidale del promotore e dell'ausiliario nei confronti della stazione appaltante in relazione al complesso delle prestazioni oggetto del contratto ai sensi del comma 4 del predetto articolo di legge (**Cons. Stato, sez. III, 1 ottobre 2012 n. 5161; Cons. Stato, sez. V, 18 novembre 2011, 6079**), parrebbe escludere la possibilità di individuare profili di pregiudizio agli interessi stessi di titolarità della committenza rispetto alla ineludibile esigenza di assicurare a quest'ultima un occorrente quadro informativo delle imprese da impegnare nel costituendo rapporto obbligatorio in termini di certezza delle relative capacità professionali rispetto a quanto oggetto di concessione.

Parimenti, l'esigenza della stazione appaltante di conoscere preventivamente e senza incertezze se le componenti dell'ATI così come ausiliate con lo strumento dell'avvalimento siano in possesso dei requisiti occorrenti a fronte della ripartizione delle quote di esecuzione delle prestazioni oggetto dell'affidamento, bene potrebbe essere compiutamente soddisfatta nell'attualità attraverso gli accertamenti di carattere tecnico amministrativo di competenza esclusiva di codesta Amministrazione, da praticarsi anteriormente al provvedimento di aggiudicazione.

Sulla base delle superiori considerazioni, e tenuto anche conto di un orientamento giurisprudenziale secondo cui la modificazione del raggruppamento per sola "sottrazione", senza cioè la sostituzione con altro componente del soggetto nei cui confronti sia cessata la permanenza nel raggruppamento stesso, non costituisce violazione del principio racchiuso nel comma 9 dell'art. 37 del Codice dei Contratti (**Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2011, n. 888; Cons. Stato, sez. VI, 13 maggio 2009, n. 2964**), conclusivamente, si risponde

al primo quesito prospettato nel senso che non si individuano violazioni di sorta del principio della immodificabilità soggettiva del raggruppamento partecipante alla procedura dettato dal predetto comma.

Per quanto concerne, poi, il quesito ulteriore afferente alla prospettata opportunità di annullare il bando “*dato il notevole tempo trascorso*” ed in relazione al sopravvenuto mutamento del quadro normativo di riferimento, preliminarmente osserva questo G.U. che trattasi problematica inerente al merito delle valutazioni proprie dell’Amministrazione che sfuggono alle prerogative dell’Avvocatura dello Stato, quantomeno in difetto di una circostanziata relazione che evidenzi le eventuali criticità riscontrate rispetto alla possibilità di dare ulteriore corso alla procedura in essere.

Tuttavia, si ritiene opportuno suggerire a codesta Amministrazione nell’esercizio delle proprie competenze valutative, di tenere nella debita considerazione che la normativa vigente all’epoca dell’espletamento della procedura selettiva di cui trattasi è stata censurata in sede comunitaria, sicché non può escludersi che un eventuale affidamento postumo possa generare eventuali criticità nella stessa sede comunitaria, anche se la tutela dell’affidamento del soggetto promotore scrutinato positivamente all’esito della procedura selettiva deve essere parimenti apprezzata nel quadro valutativo di che trattasi rispetto alla probabile instaurazione di contenziosi da parte dello stesso soggetto promotore che ottenesse un definitivo diniego della auspicata aggiudicazione.

Comunque, non potrà non considerarsi da parte di codesto Ministero nell’ambito delle determinazioni da assumere in merito al contesto, l’attualità dell’interesse alla realizzazione e gestione delle opere previste in termini di urgenza incompatibili con l’ipotizzata rinnovazione della procedura selettiva, nonché la permanenza della corrispondenza del quadro finanziario alla consistenza attuale degli oneri realizzativi.

Nei sensi suesposti è la consultazione richiesta su cui si è pronunciato il Comitato Consultivo di questa Avvocatura.

### **Istanza rimborso spese legali nel caso di un “atto plurimo” di diniego**

*PARERE 02/12/2013-480871, AL 45095/07, SEZ. V, AVV. ENRICO DE GIOVANNI*

Con riferimento alla nota cui si risponde si rappresenta quanto segue.

Il Gen. (...) (insieme con altri ufficiali) è stato processato ed assolto dalla Corte dei Conti - con compensazione delle spese del giudizio - dall'accusa di aver causato danno erariale nell'ambito del disastro di Ustica, con sentenza