

INTRODUZIONE

Il presente lavoro – all’indomani dell’entrata in vigore del nuovo Codice dei Contratti Pubblici, di cui al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, e del contestuale recepimento delle direttive nn. 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, nonché dell’aggiornamento operato dal D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56, c.d. «Decreto Correttivo» – mira a offrire una riflessione organica sul tema della cosiddetta associazione temporanea di imprese e delle relazioni negoziali che con essa si instaurano.

Il tema si pone all’intersezione tra il diritto privato, il diritto commerciale e il diritto amministrativo, e naturalmente subisce i riflessi del dettato costituzionale e del diritto dell’Unione europea: esso, tuttavia, in questa sede verrà analizzato principalmente in chiave civilistica.

L’originalità del fenomeno, nell’ambito del più complessivo quadro delle forme di cooperazione, ha posto alla dottrina e alla giurisprudenza molteplici interrogativi sulla natura stessa dell’associazione temporanea di imprese.

È noto che, secondo un orientamento dottrinario ormai consolidato, tale collaborazione si sviluppa principalmente sul crinale delle relazioni negoziali. Pertanto, l’associazione temporanea non costituisce, di per sé, un centro di imputazione di rapporti giuridici nuovo e diverso rispetto alle imprese partecipanti. Si è al cospetto di un coacervo di contratti intersecantisi, dal quale emerge soltanto un fittizio «simulacro di soggettività», in una singolare e intrinseca tensione tra unità e pluralità.

Tale tensione è aggravata dall’assenza, nel nostro ordinamento, del “*concetto di una pluralità costituita di elementi collegati, i quali, mentre conservano la propria indipendenza formale e non assurgono a una nuova unità, agiscono tuttavia in funzione del gruppo cui appartengono*”: assenza denunciata dalla migliore letteratura giuridica già antecedentemente all’emanazione del codice civile¹.

Ne conseguono molteplici problemi di coerente ricostruzione della disciplina dell’associazione temporanea di imprese, in particolar modo per ciò che afferisce alle interrelazioni tra le imprese riunite e i soggetti terzi, all’influenza reciproca tra i contratti, al regime delle responsabilità e alla gestione delle sopravvenienze. Problemi acuiti dall’ampio spazio riservato, nella materia che ci

¹ V. SALANDRA, *Il diritto delle unioni di imprese (consorzi e gruppi)*, Padova, 1934, 61.

occupa, all'autonomia negoziale, dall'atteggiamento *self-restraint* consapevolmente adottato dal legislatore e dal conseguente emergere di frequenti lacune normative.

Di qui, interessanti interrogativi sulla persistente attualità delle categorie tradizionali del diritto comune e sui confini, talvolta labili, che intercorrono tra contratto e soggetto giuridico, tra comunione e società, tra impresa e proprietà. In particolare, emerge, in tutta la sua criticità, la tematica della dicotomia sistemica tra negozio giuridico e organizzazione personificata. Ne derivano, con rinnovata complessità, sempiterni interrogativi circa l'idoneità del contratto a rappresentare una fonte di *governance* nell'ambito di una dimensione plurisoggettiva.

Lo studio dell'avvalimento varrà a render vieppiù articolata la tematica, inserendo ulteriori e originali fattori di complicazione al già composito groviglio di interazioni negoziali insito nell'operatività dell'associazione temporanea di imprese. L'esame del contratto di rete dischiuderà nuovi scenari, testimoniando una rinnovata (ma ancora controversa) sensibilità del *policy maker* rispetto ai negozi relazionali. L'analisi dei riferimenti giurisprudenziali consentirà di percepire il disagio che angustia il diritto vivente nel difficile compito di fornire risposte coerenti ai principali nodi problematici che interessano le relazioni temporanee tra imprese e le conseguenti interdipendenze contrattuali.

L'indagine mirerà a ricostruire i meccanismi mediante i quali, nell'ambito dell'associazione temporanea di imprese, il contratto (*rectius*, la pluralità di contratti) diviene strumento di composizione tra unità e pluralità. Conseguentemente, il presente lavoro intende verificare se il ricorso alla sola dimensione contrattuale sia o meno sufficiente a disciplinare articolati assetti di interessi quali sono quelli in cui si innerva la cooperazione occasionale tra imprese.

Molto più ambiziosamente, si tenterà di affrontare, limitatamente alla tematica oggetto di trattazione, il problema della tenuta delle categorie giuridiche tradizionali, sul quale la dottrina si è interrogata, traendo spunto proprio dalle aporie e dalle contraddizioni intrinseche all'associazione temporanea di imprese.

In particolare, si intende analizzare il sistema di relazioni reticolari intercorrenti tra imprese riunite e terzi inforcando gli «occhiali» del collegamento negoziale. Si proverà a utilizzare il grimaldello del collegamento negoziale per ricostruire le complesse relazioni tra contratti: si tenterà di analizzare, in contesti fisiologici, l'eventuale impatto di ciascun negozio sulla qualificazione giuridica e sulla disciplina degli altri, nonché di esaminare, in contesti patologici, le eventuali ripercussioni di vizi genetici o sopravvenienze da un contratto a un altro.

Si tratta di una ricerca connotata da obiettivi caratteri di complessità e originalità.

Infatti, non risulta che (come si vedrà, quantomeno prima del 2012), nell'ambito del diritto giurisprudenziale, sia mai stato utilizzato lo strumento del collegamento negoziale per inferire conseguenze sulla disciplina delle associa-

zioni temporanee di imprese. La stessa dottrina si è sovente limitata a meramente e tralattivamente prospettare, in chiave incidentale, un *trait d'union* tra i due istituti.

Lo sforzo, pertanto, sarà quello di verificare se il ricorso al congegno del collegamento negoziale assuma valenza soltanto descrittiva di fenomeni già disciplinati o risolti, innestandosi su un piano meramente dogmatico, ovvero se esso sia suscettibile di sciogliere in maniera innovativa e sistematicamente coerente i concreti nodi problematici sinora irrisolti.

In tale ultimo scenario, il pur controverso istituto del collegamento negoziale parrebbe assurgere a utile armamentario per contemperare cooperazione e competizione, per risolvere il conflitto tra contrattualità e soggettività e, da ultimo, per garantire la preservazione delle categorie giuridiche tradizionali.

Nel primo capitolo, quale premessa indispensabile della ricerca, è stato affrontato il tema delle origini storiche e dell'attuale disciplina dell'associazione temporanea di imprese. In particolare, sono state analizzate le disposizioni normative che, a partire dalla Legge 8 agosto 1977, n. 584, e poi nel corso degli anni, hanno regolato il fenomeno, in materia di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture (essendosi ravvisata una tendenza alla progressiva «omogeneizzazione» della disciplina nei suddetti tre settori, sul modello dello statuto normativo che era in passato dettato esclusivamente per gli appalti di lavori). Particolare attenzione è stata dedicata al dibattito dottrinale e giurisprudenziale relativo alla normativa concernente le associazioni temporanee di imprese: con particolare dettaglio, si è analizzato l'art. 48 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (c.d. "*Codice dei Contratti Pubblici*"; **di seguito "Cod. Contr. Pubbl. del 2016"**), emanato in esecuzione della Legge 28 gennaio 2016, n. 11, così come novellato dal D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (**di seguito "D.Lgs. Correttivo del 2017"**).

Numerosi sono gli spunti *de iure condendo*, anche in vista della normativa di fonte secondaria che dovrà essere emanata, soprattutto per ciò che attiene agli appalti di lavori, in forme diverse rispetto a quelle del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (di esecuzione del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163): regolamento, quest'ultimo, che, non a caso, è stato abrogato (dovendosi applicare tuttora alcune sue disposizioni, in regime meramente transitorio). Ampi cenni sono stati dedicati anche al documento di consultazione predisposto dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (di seguito, "A.N.A.C.") il 3 aprile 2017, relativo alle linee guida sul sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici di importo pari o superiore a centocinquantomila Euro: linee guida che dovranno essere emanate, ai sensi dell'art. 83, comma 2, del Cod. Contr. Pubbl. del 2016, su proposta dell'A.N.A.C. stessa, da parte del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

Si è messo in luce l'ampio spazio riservato dal *rule maker* all'autonomia negoziale delle parti nella disciplina dell'associazione temporanea di imprese. Au-

tonomia negoziale che, tuttavia, risulta compressa, nella materia degli appalti pubblici, in precipua considerazione delle esigenze di salvaguardia degli interessi delle stazioni appaltanti. Si è riscontrata, a partire dalla Legge 11 febbraio 1994, n. 109, una tendenza ad accrescere la pervasività degli interventi eteronomi, non soltanto a tutela del committente pubblico, bensì anche di altri, specifici soggetti terzi (subappaltatori e fornitori). Infine, ci si è concentrati sulla *ratio* della normativa che disciplina i raggruppamenti temporanei di imprese. In particolare, si è approfondito il rapporto tra la suddetta disciplina e la finalità di tutela e promozione della concorrenza. Ne è maturata la consapevolezza della complessità della problematica. Se, da una parte, è innegabile, in astratto, la valenza anti-monopolistica e pro-concorrenziale delle forme di cooperazione oggetto di analisi, si è anche riscontrato, dall'altra, come – in determinate circostanze concrete – proprio la costituzione di associazioni temporanee di imprese possa determinare o rafforzare regimi di oligopolio, intese restrittive o abusi di posizioni dominanti. La stessa giurisprudenza di nomofilachia ha avuto modo di affermare come tale struttura, in determinati casi, possa tramutarsi in strumento di coordinamento anti-competitivo. A tal proposito, si è dato atto di un vivace dibattito tra le corti e le autorità amministrative indipendenti in materia di A.T.I. “sovrabbondanti”.

Nel secondo capitolo, è stata esaminata la *vexata quaestio* della soggettività giuridica del raggruppamento temporaneo di imprese. Secondo la prevalente opinione giurisprudenziale e dottrina, il coacervo di contratti intersecantisi nell'associazione temporanea di imprese non determina, *ex se*, l'insorgenza di un centro di imputazione di rapporti giuridici nuovo e diverso rispetto ai partecipanti. Tuttavia, secondo altra parte della letteratura giuridica, la previsione normativa di specifici ed esclusivi canali di interlocuzione con il committente pubblico «istituzionalizzerebbe» il legame sussistente tra le imprese cooperanti. In tal modo, sia pure mediante meccanismi puramente negoziali, l'associazione temporanea di imprese, nei confronti della stazione appaltante, parrebbe acquisire una connotazione identitaria simile, almeno negli effetti, a quella discendente dall'attribuzione della soggettività giuridica. In virtù di tale specifica normativa, secondo autorevole dottrina, l'associazione temporanea di imprese, pur senza assurgere a soggetto di diritto, parrebbe svincolarsi dal ruolo di collettore di un mero groviglio di relazioni contrattuali “interne”, per acquisire anche una sua pur larvata parvenza di “*suitas*”. Si è evidenziato, inoltre, come il legislatore, a partire dalla Legge 11 febbraio 1994, n. 109, abbia esteso il regime di responsabilità solidale tra le diverse imprese appartenenti al raggruppamento anche ai rapporti dell'associazione temporanea di imprese con i subappaltatori ed i fornitori. Per l'effetto di tali disposizioni, la normativa di protezione dell'interlocutore negoziale dell'associazione temporanea di imprese riguarda oggi non più il solo committente pubblico, ma anche determinati soggetti terzi privati (per l'appunto, subappaltatori e fornitori), i quali, in forza del loro *status*, sono stati

ritenuti meritevoli di una più accentuata tutela. La giurisprudenza di legittimità, poi, ha recentemente incluso nella nozione di fornitori anche i lavoratori dipendenti di un operatore del raggruppamento. Parrebbe essersi venuta a creare, in tal modo, una disciplina dell'associazione temporanea di imprese "a due velocità". In particolare, parrebbe essersi innescato un processo di graduale "oggettivizzazione" ed "entificazione" del raggruppamento temporaneo di imprese, che, non più soltanto nei confronti del committente, inizia ad assumere anche nei rapporti esterni contorni maggiormente precisi, tali da aprire nuovi ed affascinanti quesiti, anche in una prospettiva *de iure condendo*. Non può negarsi, peraltro, che il *nomen juris* di «associazione» temporanea di imprese, per quanto atecnico, abbia assunto un rilievo, quanto meno suggestivo, nell'interpretazione della disciplina: tanto che finanche la giurisprudenza di legittimità, persino a Sezioni Unite, ha attribuito talvolta all'associazione temporanea di imprese "la qualità di centro di imputazione di rapporti giuridici" (Cass. Civ., Sez. Un., 22 ottobre 2003, n. 15807). Al di là di tali pronunciamenti – resi, peraltro, incidentalmente, nell'ambito di meri *obiter dicta* –, la stessa giurisprudenza generalmente qualifica il raggruppamento come la risultante di una trama di negozi giuridici. Sulla base di tali premesse, l'indagine è proseguita mediante il tentativo, dai riflessi non soltanto scolastici, di iscrizione del raggruppamento temporaneo di impresa nel *genus* più ampio (ma dai contorni eterogenei e, pertanto, più sfumati) della *joint venture*. Esercizio che non può prescindere dal rilievo secondo cui l'associazione temporanea di imprese integrerebbe, nel caso di risposta affermativa, una *contractual joint venture* e non una *joint venture corporation*. Infine, oggetto di precipua attenzione è stata la società «di scopo», originariamente prevista dall'art. 23-bis della Legge n. 584/1977. Sono state ripercorse, a tal riguardo, le notevoli dispute dottrinarie che essa ha originato, con riguardo al rapporto tra la società medesima e l'associazione temporanea di imprese. Si è evidenziato, in particolare, che, per la dottrina maggioritaria, si tratterebbe soltanto di società «a valle», la quale subentrerebbe al raggruppamento soltanto nell'esecuzione delle obbligazioni ma non anche, *tout court*, nel rapporto contrattuale. Analogo percorso è stato seguito, per ciò che concerne i contratti di concessione, nell'analisi della società «di progetto», strumentale al raggruppamento, ma contraddistinta da rilevanti caratteri di atipia.

Nel terzo capitolo, ci si è concentrati sull'originalità del fenomeno del raggruppamento temporaneo di imprese, così come disciplinato nel settore degli appalti pubblici, rispetto ad altre forme di cooperazione. Le considerazioni svolte nei primi due capitoli hanno consentito, sia pure con gradi diversi di complessità, di distinguere il raggruppamento temporaneo di imprese dalla società, dalla società «civile», dalla società apparente, dall'associazione in partecipazione, dal gruppo europeo di interesse economico, dal consorzio con attività esterna. Più complessa è risultata la linea di demarcazione con il consorzio «interno» e con la società "*unius negotiationis*" o "*unius rei*". Ne è derivata, nel diritto giu-

risprudenziale e nel dibattito dottrinario, una caratterizzazione sostanzialmente «in negativo» dell'associazione temporanea di imprese. Caratterizzazione «in negativo» che, se ha consentito di tracciare con tendenziale nitidezza le linee di demarcazione con istituti giuridici aventi diverse caratteristiche fisiognomiche, ha lasciato irrisolti diversi nodi, con particolare riguardo alla suscettibilità di estendere analogicamente al raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di vuoti normativi, le norme dettate per altre forme di aggregazione. Lo studio della natura delle associazioni temporanee di imprese operanti negli appalti pubblici ha consentito, inoltre, di cogliere i punti di «contatto» e quelli di cesura della suddetta forma di cooperazione con le discipline specifiche, ma scarse, dettate in tema di aggregazioni di imprese in alcuni settori particolari (cinematografia e ricerca e coltivazione degli idrocarburi). Se ne è ricavata la convinzione che, in questi ultimi settori, solo attecnicamente possa parlarsi di raggruppamenti temporanei di imprese alla stregua di quelli operanti nel settore degli appalti pubblici, quantunque autorevole dottrina abbia rintracciato in tali formazioni di settore gli antesignani dell'istituto in esame. Ancor minori analogie sono state rintracciate tra i predetti accordi di cooperazione temporanee tra imprese, da una parte, e coassicurazione e trasporto cumulativo, dall'altra. Analogo raffronto si è operato con le società e le associazioni sussistenti tra professionisti e con le associazioni temporanee di scopo, disciplinate nel settore delle sovvenzioni.

L'«*actio finium regundorum*» si è arricchita di ulteriori, interessanti e sinora parzialmente inesplorati caratteri di complessità, alla luce dell'istituzione del contratto di rete di imprese, avvenuta con Legge 9 aprile 2009, n. 33. Si è esaminato come, secondo una controversa impostazione dottrinaria, il contratto di rete assuma connotati «trans-tipici», essendo suscettibile di essere sussunto nella fattispecie di «rete» un variegato e proteiforme novero di istituti e forme di cooperazione, anche eterogenei tra loro. Sulla base di tali preliminari considerazioni, è stata oggetto di precipua indagine la tematica del rapporto tra raggruppamento temporaneo di imprese e rete di imprese. In particolare, ci si è domandati se le associazioni temporanee, al sussistere di particolari condizioni, possano o meno essere incluse nel *genus* delle «reti» contrattuali. Le modifiche apportate a tale fattispecie negoziale – dalla Legge 30 luglio 2010, n. 122 prima, dalla Legge 7 agosto 2012, n. 134 poi – parrebbero aver aperto interessanti scenari in proposito, avendo sostanzialmente distinto due macro *species* di rete: una rete-soggetto di diritto, dotata di fondo patrimoniale, che agisce mediante rappresentanza organica, e una rete contrattuale, non dotata di fondo patrimoniale e compatibile con il conferimento di un mandato. Ci si è interrogati sull'ambito di applicabilità del rinvio alla disciplina dell'A.T.I., previsto dall'art. 48, comma 14, del Cod. Contr. Pubbl. del 2016, per ciò che concerne le «*procedure di affidamento delle aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete*», nonché sui margini di operatività della clausola di compatibilità ivi prevista.

Il quarto capitolo è stato dedicato all'analisi dei negozi giuridici interessati dall'operatività dell'associazione temporanea di imprese. Innanzitutto, si è analizzato il c.d. contratto di cooperazione tra gli operatori raggruppati. Ci si è domandati se la disciplina per esso dettata sia idonea a farlo ascrivere o meno tra i contratti nominati e tra quelli tipici, atteso che il legislatore, pur regolando frammenti dell'associazione temporanea di imprese, non dedica molta attenzione ai rapporti interni tra i partecipanti alla stessa. Controverso, inoltre, è l'inquadramento di tale negozio nell'ambito dei contratti plurilaterali con comunione di scopo ovvero nell'ambito dei contratti di scambio, posto che, almeno secondo una parte della dottrina, si rintraccerebbero nel suo ambito anche profili di sinallagma o, comunque, di corrispettività degli apporti. Si è pertanto esaminato se la convergenza degli interessi innervi la causa del contratto ovvero si ponga soltanto come risultato accessorio dell'attività negoziale dei partecipanti, restando così confinata sul piano dei motivi esterni dell'attività stessa. Successivamente, è stato posto sotto la «lente di ingrandimento» il contratto di mandato, così come operante nell'ambito dell'associazione temporanea di imprese, essendosi constatata la presenza di dubbi della dottrina circa la sovrapposibilità di tale fattispecie negoziale rispetto a quella, tipica, disciplinata dal codice civile. Si è evidenziato che si tratta di mandato speciale, irrevocabile, parzialmente "*in rem propriam*". Ci si è domandati, inoltre, se si verta in ambito di mandato collettivo, ovvero se possa riscontrarsi la sussistenza di tanti contratti di mandato, tra loro paralleli e negozialmente collegati. Si è riscontrato, inoltre, come tale mandato rappresenti il basamento negoziale cui si aggancia la procura, funzionale a innescare i rapporti intrattenuti dal raggruppamento di imprese con il committente: il mandato, pertanto, appare funzionalmente collegato al contratto di appalto. Conseguentemente, è stata analizzata la disciplina dettata per la procura, con particolare attenzione al rapporto tra la procura medesima e il contratto di mandato. Particolare attenzione è stata poi riservata all'analisi della legittimazione processuale attiva e passiva per il caso di controversie giudiziali delle associazioni temporanee di imprese: legittimazione processuale che, quantomeno sul fronte attivo, la legge riserva esclusivamente alla società capogruppo, ma che la giurisprudenza, pur controversa, tende ad estendere, a determinate condizioni, anche alle singole imprese mandanti. Alcune pagine sono state dedicate, infine, al contratto di appalto e ai negozi stipulati dalle imprese riunite con i terzi diversi dalla stazione committente. Tale ultima ricognizione non ha avuto la pretesa di elencare esaustivamente e tanto meno quello di approfondire le singole fattispecie contrattuali suscettibili di venire in rilievo con i terzi; di contro, si è inteso esaminare quanto la disciplina di tali contratti risulti condizionata dall'essere gli stessi eventualmente stipulati in ragione dell'appartenenza delle imprese stipulanti all'associazione temporanea.

Nel quinto capitolo, è stato affrontato il tema del momento di costituzione dell'associazione temporanea di imprese. In particolare, ci si è interrogati sulla

natura giuridica e sulle conseguenze dell'impegno congiunto, sottoscritto dalle imprese di un'associazione temporanea costituenda, a (per l'appunto) istituire il raggruppamento, condizionatamente alla futura ed eventuale aggiudicazione dell'appalto. Posto che il riconoscimento della legittimità del mero «progetto di riunione» affonda le sue radici nell'esigenza di evitare i costi correlati alla costituzione del raggruppamento, laddove non se ne ravvisi la cogente e immediata necessità, ci si è chiesti quale sia, in tal caso, la disciplina dell'aggregazione tra operatori nella fase antecedente all'aggiudicazione. Nel medesimo capitolo, è stata tracciata la distinzione tra associazioni temporanee orizzontali, verticali e «miste». Si è notato come la suddivisione tra le suddette diverse forme di raggruppamento, un tempo stabilita soltanto per gli appalti di lavori, sia poi stata mutuata anche per gli appalti di servizi e di forniture, così corroborando l'impressione che essa sia divenuta ontologicamente correlata al «tipo-associazione temporanea di imprese». Ci si è domandati, tuttavia, se la «scorporabilità» dei lavori costituisca, *ex se*, parametro per distinguere associazioni orizzontali e associazioni verticali, ovvero se detta «scorporabilità» sia fenomeno potenzialmente trasversale rispetto alle varie forme di raggruppamento. La tematica è stata oggetto di precipua analisi, in quanto la qualificazione dell'associazione come orizzontale, verticale o mista, in materia di appalti pubblici, riverbera i propri effetti sia sulla disciplina dei requisiti soggettivi delle imprese, sia, soprattutto, sul regime di responsabilità delle stesse. In tale ottica, è stata analizzata la disciplina dei requisiti, oggettivi e soggettivi, imposti, dalla normativa di settore, all'associazione temporanea di imprese e ai singoli operatori riuniti. Ci si è interrogati sulle conseguenze discendenti dal sopravvenuto venir meno, anche parziale, dei suddetti requisiti, nonché sulla sostituibilità delle imprese divenute *medio tempore* prive dei suddetti requisiti. A tal riguardo, si sono registrate due tendenze contrapposte nell'ordinamento. Da una parte, il *rule maker* nazionale parrebbe incline ad inserire sempre nuovi e più rigidi requisiti in capo agli operatori raggruppati. Dall'altra, è stata tipizzata la c.d. cooptazione delle imprese e, soprattutto, su impulso comunitario, ha trovato ormai ingresso anche nel nostro sistema giuridico il controverso istituto dell'«avvalimento». Si è evidenziato come il recepimento nel nostro ordinamento dell'«avvalimento» sia stato contrassegnato da un vero e proprio percorso ad ostacoli; le maggiori «resistenze» si sono riscontrate proprio allorché tale istituto impatta con la disciplina del raggruppamento di imprese.

Nel sesto capitolo trova sede l'esame del regime di responsabilità degli operatori appartenenti all'associazione temporanea di imprese. Ci si è concentrati, innanzitutto, sui rapporti con il committente pubblico. In particolare, si è analizzato il differente sistema di responsabilità che coinvolge, da una parte, l'impresa mandataria e, dall'altra, le imprese mandanti, a seconda se si verta nell'ambito di un'associazione temporanea di imprese di tipo verticale, orizzontale o misto. Si è ribadito, inoltre, come regime di responsabilità analogo a quello

stabilito nei confronti del committente sia previsto anche in relazione a eventuali inadempimenti delle imprese associate rispetto ai contratti di fornitura e di subappalto (sebbene la legge non prescriva che gli operatori raggruppati agiscano, al cospetto delle relative controparti negoziali, sulla base di un contratto di mandato). Un'ampia parentesi è stata dedicata alle diverse posizioni dottrinali: alcune di esse, infatti, ravvisano nel suddetto assetto di responsabilità delle imprese (nei confronti della stazione appaltante, dei subappaltatori, dei fornitori) una manifestazione di solidarietà passiva tecnicamente intesa, mentre altre qualificano la posizione delle imprese non inadempienti quale mera prestazione di garanzia (riscontrandosi, inoltre, diverse tesi intermedie, che sono state, del pari, analizzate approfonditamente). Correlativamente, secondo alcuni autori, committente, fornitori e subappaltatori potrebbero domandare l'adempimento delle obbligazioni non assolute a ciascuna delle imprese su cui grava per legge la responsabilità, mentre, secondo altri autori, nei confronti delle imprese associate, diverse da quella originariamente e precipuamente deputata all'adempimento dell'obbligazione, potrebbero essere avanzate esclusivamente pretese di natura risarcitoria. Nel silenzio della legge, si è cercato di esaminare, inoltre, il regime di responsabilità delle imprese associate per ciò che concerne i contratti sottoscritti con terzi diversi dal committente pubblico, dai fornitori e dai subappaltatori. Interessanti spunti emergono, a riguardo, dall'analisi del diritto giurisprudenziale. Infatti, a livello di *case-law*, si è prevalentemente orientati a ravvisare un regime di responsabilità esclusivo, nei confronti del terzo, della singola impresa (appartenente al raggruppamento) che abbia stipulato il contratto, senza alcun coinvolgimento degli altri operatori raggruppati. Pertanto, in assenza di specifiche, diverse pattuizioni delle parti, l'orientamento pretorio è quello di privilegiare una concezione «atomistica» delle obbligazioni. Si è riscontrato, tuttavia, come una parte della dottrina abbia messo in discussione la solidità di tale orientamento, facendo ricorso a una pluralità di istituti giuridici, e come la stessa Suprema Corte, recentemente, abbia attinto a piene mani proprio dalla teorica del collegamento negoziale per sciogliere talune aporie (Cass. Civ., sez. III, 5 aprile 2012, n. 5526). Successivamente, è stato esaminato l'assetto degli interessi e delle responsabilità nei rapporti interni tra le imprese associate. L'analisi del diritto giurisprudenziale ha mostrato come spesso si verificano inadempimenti "collegati" o "a cascata" di più operatori, a fronte dei quali risulta difficile ricostruire, anche da un punto di vista dell'eziologia, le rispettive sfere di responsabilità. Sono stati oggetto di precipua analisi, infine, gli scenari di possibile ricorso alla manleva, alla rivalsa e/o al regresso, nei rapporti interni tra le imprese associate.

Il settimo capitolo è stato dedicato all'analisi, per grandi linee, dell'istituto del collegamento negoziale. A tal proposito, si è verificato come, in termini generalissimi, *condicio sine qua non* affinché tale meccanismo possa instaurarsi è la sussistenza di una pluralità di contratti, ciascuno dei quali caratterizzato da una

propria autonoma causa. Affinché vi sia collegamento negoziale occorre, tuttavia, che gli stessi contratti, pur conservando la individualità del rispettivo tipo negoziale, risultino (e/o vengano concepiti come) connessi tra di loro da un punto di vista funzionale e/o teleologico. Si è riscontrato, pertanto, come elementi strutturali del collegamento negoziale siano la pluralità dei contratti, il nesso di collegamento e gli effetti di tale collegamento, consistenti nelle reciproche interferenze tra negozi. I suddetti contratti si trovano in stato di dipendenza, senza che, quanto meno per la dottrina maggioritaria, a tal uopo occorra un negozio ulteriore di collegamento. Il nesso può essere talmente stringente da far sostenere ad autorevole dottrina che si sarebbe al cospetto di un'unica operazione economica, generata dalla combinazione di diversi autonomi frammenti di contratto. La letteratura, tuttavia, non è univoca nell'individuazione della nozione di collegamento negoziale, taluni autori optando per nozioni maggiormente elastiche, altri autori pervenendo a soluzioni maggiormente rigorose. Si è avuto modo di distinguere, inoltre: il collegamento unilaterale da quello bilaterale; il collegamento genetico da quello funzionale; il collegamento necessario da quello volontario. Anche in virtù di tali classificazioni, si è riscontrato come si sia al cospetto di un istituto assai controverso. Inizialmente elaborato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, esso, negli anni, ha ricevuto anche un parziale riconoscimento normativo: ad esempio, nella disciplina delle clausole vessatorie, dettata nell'ambito dei contratti tra consumatori e professionisti. Si è inoltre riscontrato come dottrina e giurisprudenza, nel tempo, abbiano posto maggiormente l'accento sul dato oggettivo e funzionale rispetto a quello psicologico-soggettivo, ai fini dell'individuazione e della ricostruzione della connessione tra contratti. Diverso, ancora, è il campo di applicazione dell'istituto, a seconda se per collegamento negoziale si intenda soltanto il fenomeno che estende ad altri negozi gli effetti della patologia di un contratto, ovvero se in tale ambito si facciano rientrare anche forme più tenui di interrelazione. Si è operata una distinzione, a tal proposito, tra fenomeni di concatenazione che comportano trasmissione o «riverbero» di vizi da un negozio all'altro, ipotesi di relazione che comportano modifica della qualificazione e/o della disciplina di un contratto e fattispecie che determinano conseguenze soltanto a livello ermeneutico.

Nell'ottavo capitolo, si è cercato di capitalizzare l'attività di ricerca condotta nella precedente parte della monografia, "incrociando" le tematiche dell'associazione temporanea di imprese e del collegamento negoziale. Si tratta di un tentativo connotato da assoluta originalità, posto che l'argomento – quantomeno sino alla sentenza della Cass. Civ., sez. III, 5 aprile 2012, n. 5526 (e, poi, alla successiva pronuncia della Cass. Civ., sez. I, 22 ottobre 2013, n. 23894) – è stato sempre ignorato dalla giurisprudenza, e posto che esso è stato appena lambito dagli studi dottrinali. Innanzitutto, si è cercato di ricostruire i meccanismi di interrelazione suscettibili di generarsi tra contratto di cooperazione tra imprese riunite, contratto di mandato, procura e contratto di appalto. *In primis*, si è

sgombrato il campo da possibili ostacoli alla configurazione del collegamento negoziale nella materia *de qua*: in particolare, si è evidenziato come sia ormai riconosciuta la riscontrabilità di un collegamento in senso stretto tra contratti caratterizzati da parte diverse, nonché tra contratti morfologicamente e strutturalmente eterogenei, e ancora come una siffatta configurazione non sia di per sé antinomica rispetto alla sussistenza di contratti con comunione di scopo. Viceversa, sono stati valorizzati gli elementi che rendono quello dell'associazione temporanea di imprese un terreno di elezione per lo studio delle interferenze tra negozi: il ruolo nevralgico svolto dal contratto di mandato, l'assenza di soggettività giuridica della compagine, l'inquadramento degli accordi interessati nel novero dei contratti di impresa. Dopo aver esaminato le tesi della pluralità dei contratti di mandato e dei contratti di appalto, autorevolmente avanzate in dottrina ma recessive e prive di supporti normativi, si è tentato di riesaminare tutta l'operatività del raggruppamento temporaneo di imprese con la «filigrana» del collegamento negoziale. Innanzitutto, è stato analizzato il contratto di cooperazione *inter*-imprenditoriale alla stregua di un contratto normativo o, comunque, di un contratto-quadro, nelle sue interrelazioni con gli atti esecutivi. Inoltre, sono stati tracciati i contorni della connessione reciproca tra lo stesso contratto di cooperazione e il contratto di mandato, segnalando come si tratti di due «stampelle» sulle quali si regge tutta l'architettura negoziale dell'associazione temporanea di imprese. Proseguendo, i suddetti due negozi sono stati analizzati alla luce del loro collegamento funzionale con il contratto di appalto, cui sono strumentali. Un paragrafo è stato dedicato anche alle ricadute in punto di forma del contratto di appalto sulla procura e sul contratto di mandato. Nella suddetta ricerca, non ci si è limitati ad una descrizione statica del rapporto tra i diversi negozi, ma sono state segnalate le possibili conseguenze della connessione dei contratti nelle situazioni fisiologiche e in quelle patologiche del rapporto medesimo. In tal modo, sono state messe in discussione le acquisizioni cui, omettendo di utilizzare lo strumento del collegamento negoziale, è pervenuto negli anni il diritto giurisprudenziale. Ad esempio, è stata riletta, alla luce di tale istituto giuridico, la disciplina del fallimento dell'impresa mandataria e di quella mandante: in tal modo, ci si è proposti di fornire soluzioni persuasive e sistematicamente coerenti a tutta una serie di problematiche a tutt'oggi controverse. Sempre utilizzando il grimaldello del collegamento negoziale tra contratto di appalto, contratto di cooperazione e contratto di mandato, si è cercato di analizzare la disciplina delle modifiche soggettive del raggruppamento temporaneo di impresa, delle possibili sopravvenienze, dell'assenza dei requisiti richiesti a ciascuna impresa, nonché dei trasferimenti di azienda. La ricerca si è complicata ulteriormente allorché è stata esaminata la connessione dei contratti in cui si articola l'associazione temporanea di imprese con il contratto istitutivo del «progetto di riunione», con l'accordo costitutivo della società «di scopo» e (per ciò che concerne i contratti di concessione) della società «di progetto», nonché con i

negozi che vengono in rilievo nella disciplina dell'«avvalimento». Anche con riguardo a tale mosaico negoziale, si è cercato di proporre un percorso logico, nel tentativo di risolvere problemi giuridici che attanagliano la dottrina e costituiscono motivo di acerrime dispute. Infine, persino la tematica della responsabilità delle imprese riunite nei confronti dei terzi diversi dal subappaltatore e dal fornitore è stata analizzata alla luce del collegamento negoziale, accreditando anche tale ultimo istituto tra quelli in grado di risolvere l'annosa questione, accanto agli altri già individuati in precedenza dalla letteratura giuridica.

Dalle pagine finali del libro emerge, pertanto, come il collegamento negoziale non si limiti a rivestire un ruolo descrittivo, ma assurga a cemento che lega i negozi, a schema ordinante e a cerniera concludente. Con armonia di costruzione geometrica, tale istituto inserisce i diversi contratti implicati nel raggruppamento temporaneo in un itinerario coerente, tramutandoli in tessere di un più complesso ordito, che esso ricomponne, riannodando i negozi medesimi in una nuova intelaiatura.

CAPITOLO 1

LA DISCIPLINA DELLE ASSOCIAZIONI TEMPORANEE DI IMPRESE NEGLI APPALTI PUBBLICI

SOMMARIO: 1.1. Le origini. Le prime leggi in Europa. I primi interventi giurisprudenziali in Italia. – 1.2. Gli interventi del legislatore italiano. – 1.3. Le differenze nella disciplina delle associazioni temporanee di imprese tra appalti pubblici di lavori, forniture e servizi. – 1.4. La *ratio* sottesa alla normativa sulle associazioni temporanee di imprese. – 1.5. Associazioni temporanee di imprese e diritto *antitrust*.

1.1. *Le origini. Le prime leggi in Europa. I primi interventi giurisprudenziali in Italia.*

Nel settore degli appalti, per associazione temporanea di imprese (di seguito, anche raggruppamento temporaneo di imprese, A.T.I., R.T.I. o, *rectius*, imprese riunite o operatori riuniti) si intende la collaborazione temporanea e limitata di due o più imprese, al fine di realizzare il lavoro, il servizio o la fornitura oggetto dell'appalto.

La collaborazione è temporanea, perché è destinata a concludersi, una volta realizzato lo scopo comune.

Essa è limitata non solo nel tempo, ma anche nell'oggetto, in quanto è finalizzata esclusivamente all'esecuzione dell'appalto: per di più, di norma, le imprese partecipanti investono in tale iniziativa imprenditoriale soltanto parte delle proprie risorse¹.

Le imprese conservano la propria autonomia economica e giuridica e non danno vita, di norma, a un nuovo soggetto di diritto, impegnandosi sul piano negoziale a collaborare al fine di realizzare “*a single business enterprise*”. Il collegamento tra le attività di ciascuna impresa si rinviene nella preordinazione funzionale delle stesse all'opera da realizzare².

¹ A. CIANFLONE-G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, XII ed., tomo I, Milano, 2012, 410.

² A. DE MARTINI, *Associazioni temporanee di imprese per l'esecuzione di opere pubbliche*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1971, I, 1; G.A. FERRETTI, *Le «associazioni temporanee di imprese»*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1975, 350.

Originariamente, in assenza di interventi eteronomi, siffatte forme di collaborazione si svilupparono, in forma atipica, sul piano dell'autonomia privata. Al pari di altre tipologie negoziali trapiantate nel nostro sistema giuridico, si faceva principalmente ricorso a modelli contrattuali invalsi nel commercio internazionale ovvero in altri ordinamenti giuridici³.

Esempi paradigmatici si rinvenivano nelle *contractual joint ventures*, sorte nell'esperienza statunitense e tipiche dei regimi di *common law*, su cui ci si soffermerà nel prosieguo della trattazione. Ma le forme di collegamento funzionale di più imprese, al fine di realizzare un singolo appalto, hanno fatto ingresso, nella prassi negoziale italiana, principalmente sulla scia delle esperienze di altri Paesi di *civil law*. L'intervento del legislatore italiano, infatti, si è registrato soltanto a seguito della introduzione di regole sui raggruppamenti in altre esperienze giuridiche.

La prima significativa «normativizzazione» nell'Europa continentale si ebbe in Spagna, con la *Ley sobre asociaciones y uniones de empresas* del 28 dicembre 1963, che istituì la figura dell'A.T.E. (*agrupacion temporal de empresas*)⁴. La successiva legge 26 maggio 1982 poi conìdò, da un punto di vista fiscale, la nozione di U.T.E. (*Uniones Temporales de Empresas*), dando vita ad aggregazioni prive di personalità giuridica. Un modello analogo si rinvenne in Portogallo, dove il legislatore, differenziandosi solo leggermente dall'esperienza spagnola, introdusse la figura dell'*agrupamento complementar de empresas*. Il Belgio apprestò la disciplina della *association momentanée* (di norma, non dotata di personalità giuridica) non già nell'ambito della legislazione speciale, bensì nel codice di commercio.

Anche in Francia si sviluppò inizialmente un intenso dibattito giurisprudenziale, per molti tratti speculari a quello registratosi in Italia. Successivamente, con l'*ordonnance* 67-821 del 23 settembre 1967, fu istituita la figura del G.I.E. (*Groupement d'intérêt économique*)⁵. Il G.I.E. venne disegnato come un mandato collettivo conferito da varie imprese ad una *entreprise pilote*, alla quale venivano attribuite funzioni di coordinamento e di rappresentanza⁶. Il potere di rappresentanza della *entreprise pilote* si esplicava non solo nei confronti del committente, ma anche nei confronti di altri soggetti terzi. Ciò nonostante, il G.I.E. era dotato di personalità giuridica e aveva caratteri di tendenziale stabilità, assimila-

³ G. CAPO, *In tema di qualificazione del modello «legale» dell'associazione temporanea di imprese*, in *Giur. Comm.*, 2003, II, 142.

⁴ A. DE MARTINI, *op. cit.*, 1.

⁵ Cass. Com., 19 ottobre 1959, in *Sen. Jur.*, 1960, J, 11432; Corte di Riom, 24 ottobre 1962, in *Dalloz*, 1962, J, 627; Cass. Com., 22 novembre 1963, in *Rev. De Jurispr. Comm.*, *Journal des agrées*, 1964, 99.

⁶ G.A. FERRETTI, *I raggruppamenti di imprese per la partecipazione agli appalti di opere pubbliche*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1979, 125.

bili a quelli che si rinvergono nel consorzio. Il G.I.E. poteva disporre di un fondo comune, che i creditori avrebbero dovuto escutere preventivamente; dopodiché, era previsto un regime di responsabilità solidale delle imprese raggruppate nei confronti di tutti i terzi. Il modello disegnato dal legislatore francese non fu completamente soddisfacente per le esigenze emerse nella prassi, proprio perché delinse il G.I.E. quale autonomo centro di imputazione di rapporti giuridici e perché introdusse un sistema di responsabilità analogo nei confronti di tutti i terzi. Per questo motivo, si sviluppò, negli anni successivi, la diversa figura del *Groupement momentané d'entreprises*, speculare a quella che sarebbe divenuta l'associazione temporanea di imprese italiana. Mentre in Germania il legislatore delinse la figura dell'*Arbeitsgemeinschaft*, dotata di peculiari caratteristiche, un intervento eteronomo intervenne anche nell'allora Jugoslavia nel 1968⁷.

In sostanza, negli altri principali Paesi europei, i rispettivi legislatori disciplinano il fenomeno delle associazioni temporanee di imprese nel corso degli anni Sessanta, sebbene con significative differenze da Stato a Stato. Differenze che, sia detto per inciso, permangono tuttora, in quanto, pur essendo state assoggettate le normative originarie di ciascun Paese a profonde modifiche, difetta ancora un modello unitario europeo di raggruppamento temporaneo di imprese.

In Italia, il legislatore intervenne con notevole ritardo, benché il problema della disciplina delle aggregazioni di imprese avesse interessato la giurisprudenza di merito sin dagli anni Trenta⁸. Fu proprio negli anni Sessanta che la tematica investì la giurisprudenza di nomofilachia, la quale si interrogò, innanzitutto, sull'inquadramento giuridico della fattispecie e, poi, sulla meritevolezza degli interessi ad essa sottesi⁹. La vicenda giurisprudenziale, benché risalente, merita un cenno, in via di estrema sintesi.

Al cospetto di un contratto con il quale due imprese si accordarono per eseguire un contratto di appalto concernente la edificazione di una sede della Banca d'Italia, la Corte di Cassazione, con la celebre sentenza 16 febbraio 1963, n. 342, escluse la sussumibilità dell'accordo medesimo nell'ambito degli schemi tipici della società irregolare e dell'associazione in partecipazione¹⁰. La Suprema Corte (confermando l'orientamento espresso da App. Roma, 13 gennaio-5 aprile 1960), inoltre, statuì che non era ravvisabile nel siffatto contratto un'ipotesi di

⁷ G.A. FERRETTI, *I raggruppamenti di imprese per la partecipazione agli appalti di opere pubbliche*, cit., 125.

⁸ F.L. VERCELLINO, *Associazione temporanea d'impresa*, in *Digesto comm.*, Aggiornamento, 2003, 59.

⁹ C.M. BIANCA, *La gestione in comune di un appalto pubblico: associazione temporanea, consorzio, società di fatto o contratto associativo innominato?*, II, in *Riv. Dir. Civ.*, 1983, II, 651.

¹⁰ A. DONATI, *Recenti orientamenti della Corte di Cassazione in tema di associazioni temporanee di imprese*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1998, 183; G.A. FERRETTI, *I raggruppamenti di imprese per la partecipazione agli appalti di opere pubbliche*, cit., 125.

associazione in partecipazione, quantunque le parti avessero attribuito tale *nomen juris* al negozio da essi stipulato¹¹.

Pertanto, l'accordo venne qualificato come contratto associativo atipico. La Cassazione, in via di astrazione, ne riconobbe l'ammissibilità, rinvenendosi un principio di tipicità nell'ambito del fenomeno societario, ma non anche nell'ambito del più vasto fenomeno associativo. Inoltre, il contratto venne considerato meritevole di tutela, ai sensi dell'art. 1322 c.c. Soltanto per curiosità storiografica, si evidenzia che, in concreto, il contratto oggetto di causa venne dichiarato nullo sotto altro e diverso profilo (vale a dire: la violazione del divieto di partecipazione delle società di capitali nell'ambito delle società di persone)¹². Ma la sentenza della Cassazione del 1963 costituisce un *leading case* per aver incontrovertibilmente collocato siffatti fenomeni di collaborazione temporanea tra imprese nell'ambito dell'atipicità, segnalandone la difformità "morfologica" rispetto agli schemi organizzativi tipici. Il primo, decisivo passo era stato compiuto, anche se l'affermata collocazione di tali accordi nell'ambito del fenomeno associativo sarebbe divenuta negli anni controversa.

Diversamente da quanto accadde in Francia, ove l'affermazione della validità di siffatti accordi si affermò su impulso della giurisprudenza di merito, nel nostro Paese la spinta propulsiva in tal senso fu impressa dalla Suprema Corte. I giudici di merito, «imprigionati» negli schemi tipici, si confermarono restii a riconoscere la meritevolezza delle forme di collaborazione temporanea¹³.

Dovette pertanto nuovamente intervenire la Cassazione, nel 1975. In realtà, si verteva in una fattispecie dissimile rispetto a quelle riconducibili all'associazione temporanea di imprese, o perlomeno alla forma con cui sarebbe stata di lì a poco disegnata dal legislatore. Infatti, nel caso di specie, una sola società era risultata aggiudicataria dell'appalto per la costruzione di un tratto della metropolitana di Roma; dopodiché, tale società aveva trovato un'intesa con altre imprese per l'esecuzione congiunta dell'opera. Anche in questo caso, le imprese qualificarono l'accordo come associazione in partecipazione: in particolare, secondo lo schema negoziale prefigurato dalle parti, l'aggiudicatario avrebbe assunto la veste di associante e le altre imprese quello di associate. Sia i giudici di merito che la Cassazione esclusero, però, la ravvisabilità di un'associazione in partecipazione, non essendo stato previsto dalle parti alcun limite per le perdite delle imprese non aggiudicatarie. Mentre i giudici di merito avevano qualificato l'accordo come istitutivo di una società in nome collettivo irregolare, prima, e come contratto atipico nullo, poi, la Cassazione vi ravvisò un valido contratto associativo atipico¹⁴. In considerazione della previsione nell'accordo della crea-

¹¹ Cass. Civ., sez. I, 16 febbraio 1963, n. 342, in *Foro It.*, 1963, 1990 e in *Foro It.*, 1964, 369.

¹² A. DE MARTINI, *op. cit.*, 1.

¹³ Trib. Bologna, 3 maggio 1972, in *Giur. It.*, 1972, I, 886.

¹⁴ Cass. Civ., 24 febbraio 1975, n. 681, in *Giur. Comm.*, 1976, II, 780.

zione di un comitato di gestione, il Giudice di legittimità dispose un rinvio alla Corte d'appello al fine di accertare se, nel caso concreto, l'accordo fosse istitutivo di un nuovo soggetto giuridico, a rilevanza reale, ovvero se esso istituisse un vincolo solo interno tra le imprese, non esteriorizzato e non dotato di un proprio autonomo patrimonio¹⁵. Nel quesito originante il rinvio, insomma, emerse il problema-cardine dei raggruppamenti temporanei di imprese: quello del rapporto tra contratto e soggettività giuridica.

Problema che si ripropose di lì a poco, allorché il legislatore, seguendo l'esempio dei *rule makers* di altri Paesi e qualche isolato e pionieristico esempio del legislatore regionale, decise di intervenire, disciplinando (sia pure parzialmente, come si vedrà) il fenomeno delle associazioni temporanee di imprese negli appalti pubblici.

1.2. *Gli interventi del legislatore italiano.*

Così come era accaduto in Francia, la proliferazione nella prassi negoziale di svariate tipologie di accordi temporanei di cooperazione tra imprese, da una parte, e il riconoscimento giurisprudenziale della legittimità di tali accordi, dall'altra, stimolarono il legislatore ad intervenire nella materia *de qua*.

Ciò avvenne con gli artt. da 20 a 23 della Legge 8 agosto 1977, n. 584, rubricata "Norme di adeguamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici alle direttive della Comunità economica europea"¹⁶.

Non venne dettata una regolamentazione giuridica generale dei raggruppamenti temporanei di imprese, ma furono emanate norme relative esclusivamente all'operare di tali aggregazioni nell'ambito degli appalti pubblici di lavori.

Anche in tale settore, la scelta del *policy maker* italiano, rimasta sostanzialmente inalterata anche con le successive riforme, fu quella di disciplinare soltanto «frammenti» di un fenomeno così vasto. L'intervento eteronomo si concentrò sulla disciplina delle questioni procedurali, del contratto di mandato e del regime di responsabilità nei confronti del committente pubblico: in sostanza, vennero regolamentati i soli rapporti interni propedeutici all'attività giuridica verso l'esterno dell'associazione temporanea di imprese. Non venne dettata, invece, una disciplina del contratto di cooperazione (o di associazione temporanea di imprese): disciplina che era in gran parte (e resta, sia pur in misura minore) riservata all'autonomia negoziale delle imprese.

Le disposizioni *de quibus* fugarono definitivamente i residui dubbi circa

¹⁵ G. DI ROSA, *L'associazione temporanea di imprese – Il contratto di joint venture*, Milano, 1998, 28.

¹⁶ M. MATTIONI, *Rapporti interni all'associazione temporanea d'impresa e autonomia negoziale*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2012, 459.

l'ammissibilità della partecipazione congiunta di più imprese alle gare per la realizzazione di appalti pubblici di lavori. Dubbi che erano alimentati da un'interpretazione restrittiva dell'art. 347, allegato F della Legge 20 marzo 1865, n. 2248. Tale disposizione, infatti, imponeva all'appaltatore la conduzione personale dei lavori. Ma una siffatta interpretazione restrittiva non teneva in debito conto il fatto che la parte appaltatrice, tenuta a condurre personalmente i lavori, può anche assumere natura plurisoggettiva, come accade, per l'appunto, nell'ambito delle associazioni temporanee di imprese.

La Legge 8 agosto 1977, n. 584 venne emanata in attuazione della direttiva CEE 26 luglio 1971, n. 71/305. Tuttavia, nel settore delle associazioni temporanee di imprese, il legislatore italiano non si limitò ad un mero recepimento della normativa comunitaria, «scavalcando» il *rule maker* europeo e regolamentando anche aspetti estranei all'ambito oggettivo della direttiva. L'art. 21 della suddetta direttiva, infatti, si limitava ad imporre agli Stati membri il principio secondo cui “*i raggruppamenti di imprenditori sono autorizzati a presentare un'offerta*”: dunque, l'intervento comunitario afferiva esclusivamente alla fase dell'offerta, mentre la legge italiana ammise la partecipazione congiunta delle imprese riunite anche alla fase dell'esecuzione dei lavori.

Negli anni successivi, la normativa ha registrato un vero e proprio profluvio di interventi, i quali, come già ricordato, non hanno tuttavia intaccato la fisionomia della disciplina dettata nel 1977.

La disciplina, concernente gli appalti pubblici di lavori, fu novellata inizialmente, senza sostanziali modificazioni, dalla Legge 3 gennaio 1978, n. 1, recante “*Accelerazione delle procedure per la esecuzione di opere pubbliche e di impianti e costruzioni industriali*”, e dalla Legge 10 dicembre 1981, n. 741, recante “*Ulteriori norme per l'accelerazione delle procedure per l'esecuzione di opere pubbliche*”. La Legge 17 febbraio 1987, rubricata “*Norme straordinarie per l'accelerazione dell'esecuzione di opere pubbliche*”, ammise l'affidamento in concessione alle associazioni temporanee di imprese anche della progettazione e dell'esecuzione di opere di importo superiore ai venti miliardi di Lire.

Modifiche sensibili vennero introdotte dalla Legge 8 ottobre 1984, n. 687. In particolare, l'art. 12 della suddetta legge, novellando la Legge 8 agosto 1977, n. 584, vi introdusse l'art. 23-bis, a norma del quale “*le imprese riunite possono costituire tra loro una società, anche consortile ... per la esecuzione unitaria, totale o parziale, dei lavori*”.

L'ambito di applicazione della normativa sulle associazioni temporanee di imprese venne ampliato con la Legge 30 marzo 1981, n. 113, art. 9 (“*Norme di adeguamento delle procedure di aggiudicazione delle pubbliche forniture alla direttiva della Comunità economica europea n. 62/77 del 21 dicembre 1976*”). Infatti, la normativa sulle associazioni temporanee di imprese, sino ad allora confinata al settore degli appalti pubblici di lavori, venne estesa, con significative modificazioni, anche al settore degli appalti pubblici di forniture.

Con il successivo D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157, recante “Attuazione della direttiva n. 50/92 CEE in materia di appalti pubblici di servizi”, la partecipazione delle associazioni temporanee di imprese venne ammessa anche nell’ambito di taluni appalti pubblici di servizi. In tale ultimo settore, la disciplina venne modellata, con leggeri adattamenti, sulla falsariga di quanto stabilito per le pubbliche forniture.

Frattanto, nel settore degli appalti pubblici di lavori, la normativa era stata incorporata negli artt. 22, 23 e 25 del D.Lgs. 19 dicembre 1991, n. 406 (“Attuazione della direttiva n. 440/89/CEE, in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici”), nuovamente su impulso comunitario¹⁷. Il suddetto decreto legislativo non si limitò a meramente recepire la normativa preesistente, ma apportò alla stessa talune rilevanti modifiche. Per la prima volta, il legislatore intervenne sulla natura giuridica delle A.T.I., specificando (sul modello del legislatore spagnolo) che il mandato conferito dalle imprese riunite mandanti alla capogruppo “non determina di per sé organizzazione o associazione fra le imprese riunite, ognuna delle quali conserva la propria autonomia ai fini della gestione e degli adempimenti fiscali e degli oneri fiscali” (art. 23, comma 10, del D.Lgs. n. 406/1991). Come si approfondirà nel prosieguo della trattazione, la suddetta disposizione ha alimentato negli anni numerosi e complessi problemi ermeneutici. Problemi ancor più gravosi ove si consideri che l’art. 26 del medesimo decreto legislativo, rubricato “Società tra imprese riunite”, replicava, con modificazioni, quanto era precedentemente dettato dall’art. 23-bis della Legge n. 584/1977, come novellata nell’ottobre 1984.

In adesione alla tendenza alla c.d. “testunificazione”, la disciplina in materia di lavori pubblici cambiò nuovamente “contenitore”, essendo stata conglobata negli artt. da 10 a 13 della Legge 11 febbraio 1994, n. 109 (“Legge quadro in materia di lavori pubblici”). Tale legge venne poi modificata dal D.L. 3 aprile 1995, n. 101, convertito nella Legge 2 giugno 1995, n. 216. Con l’emanazione della suddetta normativa, venne inaugurata una tendenza ad accrescere la pervasività degli interventi eteronomi, non soltanto a tutela del committente pubblico, bensì anche di altri, specifici soggetti terzi (quali sono subappaltatori e fornitori).

La legge quadro del 1994 dettava soltanto la normativa di principio, rinviando (secondo la tecnica della c.d. “delegificazione”) la disciplina di dettaglio a un regolamento attuativo di fonte secondaria, che venne poi dettato con il D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554. Tale ultimo intervento normativo, in attuazione della legge di delega, abrogò anche precedenti disposizioni di legge e – pur fedele alla scelta di *policy* volta a non disciplinare i rapporti interni tra le imprese riunite –

¹⁷ Intervento di minore importanza è quello rappresentato dall’art. 23 del D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 158, recante “Attuazione delle direttive n. 351/90/CEE e nn. 38/93/CEE relative alle procedure di appalti nei settori esclusi”, che ha esteso l’ambito di applicazione della normativa sulle A.T.I. anche a settori di lavori pubblici precedentemente esclusi.

comprese, in parte, gli ambiti precedentemente riservati all'autonomia negoziale¹⁸.

Le associazioni temporanee di imprese furono poi disciplinate dal D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, recante il “*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*”.

Le associazioni temporanee di imprese vennero incluse, dall'art. 34, lett. d) del D.Lgs. n. 163/2006, nel novero dei “*soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici*”¹⁹. La disciplina specifica era dettata dall'art. 37 del D.Lgs. n. 163/2006²⁰. Tale normativa venne poi novellata dal D.L. 24 gennaio 2012, n. 1 (cosiddetto «Decreto Crescitalia»).

La normativa di dettaglio era costituita dagli artt. 50, 72, 92, 93, 108, 275 e 276 del regolamento attuativo del D.Lgs. n. 163/2006, emanato con D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (di seguito, per comodità, anche “**Reg. Esec. del 2010**”).

Quanto agli appalti pubblici di lavori, la materia era regolata dalla parte II, titolo III, capo IV del Reg. Esec. del 2010 (artt. da 92 a 96). La materia degli appalti pubblici di servizi e forniture era regolata dalla parte IV, titolo II, capo I del Reg. Esec. del 2010 (artt. 275 e 276).

Con Legge 28 gennaio 2016, n. 11, infine, sono state conferite “*Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*”.

Nella suddetta legge di delega si prevedeva che il Governo, in occasione dell'emanazione del decreto legislativo di recepimento delle suddette direttive, avrebbe dovuto operare altresì “*il riordino complessivo della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*”.

Era inoltre prevista la “*compilazione di un unico testo normativo con contenuti di disciplina adeguata anche per gli appalti di servizi e forniture denominato «codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione», recante le disposizioni legislative in materia di procedure di affidamento di gestione e di esecuzione degli appalti pubblici e dei contratti di concessione disciplinate dalle tre direttive, che*

¹⁸ M. MATTIONI, *op. cit.*, 459.

¹⁹ P. CHIRULLI, *I soggetti ammessi alle procedure di affidamento degli appalti di lavori, servizi e forniture – I raggruppamenti temporanei di concorrenti e i consorzi ordinari*, in *I contratti di appalto pubblico*, a cura di C. FRANCHINI, in *Trattato dei contratti* diretto da P. RESCIGNO-E. GABRIELLI, Torino, 2010, 374; N. SERSALE-A. TIRABOSCHI, *La partecipazione aggregata alle gare e l'avvalidamento*, Milano, 2015, 82.

²⁰ Deve evidenziarsi, peraltro, che il comma 13 dell'art. 37 del D.Lgs. n. 163/2006 era stato *medio tempore* abrogato dalla Legge 23 maggio 2014, n. 80, mentre la Legge 17 dicembre 2012, n. 221 aveva aggiunto il comma 15-*bis*.

sostituisce il codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, garantendo in ogni caso l'effettivo coordinamento e l'ordinata transizione tra la previgente e la nuova disciplina".

Ciò, anche al fine di compiere una "ricognizione" ed un "riordino del quadro normativo vigente nelle materie degli appalti pubblici e dei contratti di concessione".

Non a caso, la predetta legge disponeva la "espressa abrogazione delle disposizioni del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, con effetto dalla data di entrata in vigore del codice di cui alla lettera b)". Veniva prescritto, inoltre, il divieto del *gold plating*, vale a dire il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive²¹.

Pertanto, la disciplina delle A.T.I. negli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture trova ora la sua principale *sedes materiae* nel D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (recante "Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture"), emanato in attuazione della Legge 28 gennaio 2016, n. 11.

D.Lgs. n. 50/2016 che è stato poi più icasticamente rubricato, dall'art. 1 del D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56, "Codice dei Contratti pubblici" e che, dunque, d'ora in avanti, per ragioni di sintesi, verrà definito anche come "**Cod. Contr. Pubb. del 2016**"²².

Come chiarisce già il relativo art. 1, il Cod. Contr. Pubb. del 2016 regola, oltre ai contratti pubblici di concessione e ai concorsi pubblici di progettazione, i contratti pubblici di appalto aventi ad oggetto l'acquisizione "di servizi, forniture, lavori e opere".

Il legislatore aveva stabilito che il Governo, entro un anno dall'entrata in vigore del suddetto Cod. Contr. Pubb. del 2016, avrebbe potuto apportarvi correttivi e dettare disposizioni integrative, pur sempre nel rispetto dei principi e dei criteri della legge di delega. Il Governo è intervenuto in tal senso, con l'emanazione del D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (D.Lgs. Correttivo del 2017), che

²¹ C. CONTESSA, *Dalla legge delega al nuovo 'Codice': opportunità e profili di criticità*, in www.giustizia-amministrativa.it.

²² R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urban. App.*, 2016, 503, evidenzia che la fase di predisposizione ed emanazione della legge di delega ha comportato l'impiego quasi integrale del biennio stabilito per il recepimento delle direttive europee del 2014, imponendo al Governo di predisporre il decreto legislativo in pochissimo tempo. Il Cod. Contr. Pubb. del 2016, peraltro, non regola tutti i contratti di appalto pubblico. Per una ricognizione, sul punto, A. MEALE, *I contratti esclusi dall'ambito di applicazione del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urban. App.*, 2016, 919 e F. MANGANARO, *Soglie di rilevanza comunitaria nel Codice dei contratti pubblici*, in *Urban. App.*, 2016, 948.

ha modificato il testo originario del Cod. Contr. Pubbl. del 2016 conferendogli maggiore coerenza sistematica e sciogliendo alcuni nodi gordiani che, originariamente, erano rimasti inestricati²³.

La disciplina delle associazioni temporanee di imprese, contenuta nel Cod. Contr. Pubbl. del 2016, non si discosta significativamente da quella dettata, in passato, dal D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163²⁴. Non mancano, tuttavia, dei *nova*, tra cui si possono annoverare, ad esempio, la previsione del recesso di un'impresa dall'A.T.I. (art. 48, comma 19) e l'equiparazione al fallimento di liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo, procedura di insolvenza concordata o liquidazione (art. 48, commi 17 e 18). Disposizioni, queste ultime, su cui è poi ulteriormente intervenuto il D.Lgs. Correttivo del 2017, chiarendo che, sussistendone i presupposti, il recesso di un'impresa è consentito anche qualora il raggruppamento si riduca ad un unico soggetto, nonché accostando al fallimento anche il caso di perdita in corso di esecuzione, da parte di un operatore, dei requisiti soggettivi, la cui iniziale assenza costituirebbe motivo di esclusione.

Il Cod. Contr. Pubbl. del 2016 ha segnato anche il superamento della fonte regolamentare, avendo privilegiato una diversificata congerie di atti di regolamentazione *sub*-primaria, ritenuti più agili e flessibili. Tra di essi spiccano diverse tipologie di linee guida di carattere generale. Ad esempio, quelle (di cui all'art. 83, comma 2, del Cod. Contr. Pubbl. del 2016), che saranno proposte dall'A.N.A.C. e approvate dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, previo parere delle commissioni parlamentari, relative al sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici di importo superiore a centocinquanta mila Euro: linee guida la cui bozza di consultazione è stata sottoposta dall'A.N.A.C. agli *stakeholder* nell'aprile 2017. Il Cod. Contr. Pubbl. del 2016 prevede anche altre tipologie di linee guida, aventi differente efficacia, emanate direttamente dall'A.N.A.C., non sempre aventi anche efficacia vincolante²⁵. Tale

²³ Si tratta del D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56, recante “*Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*”, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 103 (Supplemento Ordinario n. 22) del 5 maggio 2017.

²⁴ E. TOMA, *Commento all'art. 48 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, in F. GARELLA-M. MARIANI, *Il Codice dei Contratti Pubblici – Commento al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*, Torino, 2016, 116 ss.

²⁵ C. CONTESSA, *Dalla legge delega al nuovo 'Codice': opportunità e profili di criticità*, cit., sul punto, evidenzia (e critica) l'eterogeneità del formante regolatorio, previsto nel Cod. Contr. Pubbl. del 2016, essendo stati attribuiti a una pluralità di enti differenti poteri *lato sensu* normativi. L'autore, inoltre, segnala che all'A.N.A.C. sono stati ascritti poteri di vario genere: da quello regolatorio a quello di emettere pareri di precontenzioso; da quello di predisporre atti di indirizzo a quello di vigilanza; da quello di deterrenza a quello sanzionatorio; da quello consultivo a quello paragiurisdizionale. L'autore rileva che l'A.N.A.C., condividendo talvolta il potere regolatorio con il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, si discosta significativamente dal modello delle Autorità indipendenti previste nel nostro ordinamento. R. DE NICTOLIS, *op. cit.*, 503 ss., nota che

opzione di politica del diritto, ispirata alla semplificazione ed alla maggiore celerità nel processo *lato sensu* normativo, si preannuncia non priva di criticità²⁶.

Un esempio del suddetto nuovo assetto regolatorio può già rinvenirsi nell'ambito dei raggruppamenti temporanei di imprese ammessi ad operare nell'ambito dei servizi di architettura ed ingegneria. Come si specificherà, ai sensi dell'art. 46, comma 1, lett. e) del Cod. Contr. Pubbl. del 2016, essi possono essere composti dai prestatori di servizi di ingegneria ed architettura, dalle società di professionisti e dalle società di ingegneria. L'A.N.A.C., in data 14 settembre 2016, ha approvato le prime linee guida in materia²⁷. L'art. 2.2.3.1 della sezione delle linee guida disciplina anche la distribuzione delle quote tra mandataria e mandanti, nonché i requisiti soggettivi e oggettivi degli operatori.

Come si noterà anche nel prosieguo del presente scritto, il Cod. Contr. Pubbl. del 2016 prevede disposizioni di coordinamento, transitorie e finali, orientate a consentire un'ordinaria transizione tra la previgente e la nuova disciplina. Molte di queste disposizioni prevedono, in attesa dell'emanazione dei decreti attuativi e delle linee guida, l'ultrattività di alcune norme dettate dal Reg. Esec. del 2010.

Le associazioni temporanee di imprese, frattanto, hanno trovato parziale riconoscimento eteronomo anche in un settore diverso da quello degli appalti pubblici.

L'art 88 del regolamento UE del Consiglio n. 1605/2002, infatti, stabilisce che il partenariato nel settore delle sovvenzioni può avvenire “*attraverso un'Associazione Temporanea di Imprese o un'Associazione Temporanea di Scopo*”, modellate sull'archetipo già disegnato nella materia degli appalti pubblici²⁸.

1.3. Le differenze nella disciplina delle associazioni temporanee di imprese tra appalti pubblici di lavori, forniture e servizi.

Si è già constatato che le associazioni temporanee di imprese sono oggetto di regolamentazione per ciò che concerne la loro partecipazione agli appalti pubblici sia di lavori sia di forniture e servizi. Si è anche constatato come la prima discipli-

sono state previste diverse tipologie di linee guida di carattere generale predisposte dall'A.N.A.C.: solo alcune di esse hanno natura normativa e vincolante, mentre altre sono sussumibili nel fenomeno della *soft regulation* e della *moral suasion* e/o nell'ambito degli atti amministrativi generali. La predisposizione di tali atti richiede spesso una preventiva fase di consultazione.

²⁶ C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in www.giustizia-amministrativa.it, iscrive tale scelta nel più ampio processo di “fuga dal regolamento” e di erosione della sfera di regolazione autoritativa, a favore di meccanismi più agili di *fast law*.

²⁷ Le linee guida sono state pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n.228 del 29 settembre 2016.

²⁸ R. CIPPITANI, *Associazione temporanea di scopo e altri raggruppamenti tra i beneficiari di sovvenzioni*, in *Contr.*, 2011, 843.

na relativa alle imprese riunite in materia di appalti pubblici di forniture (di cui alla Legge n. 113/1981) sia stata dettata solo a seguito dell'intervento del legislatore in materia di appalti pubblici di lavori (di cui alla Legge n. 584/1977), e ancora come solo dopo oltre un decennio (con il D.Lgs. n. 157/1995) sia stata approntata una normativa nel settore degli appalti pubblici di servizi.

Si è sottolineato, inoltre, come, in materia di appalti pubblici di servizi, il *law maker* abbia seguito il modello tracciato dalla disciplina delle imprese riunite negli appalti pubblici di forniture.

Si è infine indicato come solo con il D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 la normativa relativa ai suddetti tre settori sia stata inserita in un unico testo legislativo.

Tale condivisibile impostazione è immanente anche al Cod. Contr. Pubb. del 2016.

Occorre ora segnalare come la disciplina dettata in tema di appalti pubblici di forniture e di servizi sia stata connotata per anni da significative differenze rispetto a quella avente a oggetto gli appalti pubblici di lavori.

Soltanto talune differenze normative risultavano ontologicamente correlate al diverso oggetto dei contratti di appalto di volta in volta interessati. Tant'è che, anche su impulso di una giurisprudenza "illuminata", si è registrata una graduale tendenza all'omogeneizzazione della disciplina nei suddetti tre settori: tendenza che ha trovato il suo punto di approdo, dapprima, nel D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e, da ultimo, nel Cod. Contr. Pubb. del 2016 (rinvenendosi oggi delle discipline divergenti solo e soltanto allorché sussistono delle precipue peculiarità dei diversi tipi di appalti)²⁹.

Il suddetto processo di omogeneizzazione è stato percorso assumendo a modello, di norma, la disciplina originariamente dettata per gli appalti pubblici di lavori.

Risulta smentita, pertanto, quella posizione dottrina che, al fine di colmare le lacune precedentemente emerse nei settori degli appalti pubblici di servizi e forniture, tendeva ad escludere l'applicazione analogica delle norme riguardanti gli appalti pubblici di lavori, sul presupposto che le leggi relative a servizi e forniture erano state emanate posteriormente. E infatti, almeno taluni "vuoti normativi", in materia di appalti pubblici di servizi e forniture, erano ascrivibili più a pressapochismo, a sciatteria normativa o a un eccesso di prudenza del legislatore, che ad una attenta e matura riflessione da parte dello stesso.

Ad esempio, soltanto in materia di appalti pubblici di lavori, il legislatore aveva tracciato una netta distinzione tra A.T.I. orizzontali (relative ad opere qualitativamente omogenee) e A.T.I. verticali (relative ad opere qualitativamente disomogenee), tracciando per le due fattispecie un diverso regime di respon-

²⁹ Tuttavia, l'A.V.C.P. – con parere 14 maggio 2008, n. 156 – ha criticato le operazioni di trasposizione di regole da un settore all'altro, in assenza di specifiche previsioni normative.

sabilità (nel primo caso, responsabilità solidale di tutte le imprese riunite; nel secondo caso, responsabilità solidale della sola impresa capogruppo e dell'impresa mandante inadempiente). Secondo una parte della dottrina, pertanto, il silenzio del legislatore in materia di appalti pubblici di servizi e forniture avrebbe dovuto essere interpretato come preclusivo della configurabilità, in tali ultimi settori, di A.T.I. verticali: la *ratio* avrebbe dovuto rintracciarsi nella volontà del *policy maker* di ricomporre su un piano paritetico unità imprenditoriali omogenee frazionate³⁰. Secondo altra parte della dottrina e secondo la giurisprudenza, si era trattata di una semplice dimenticanza del legislatore, cui si poteva sopperire mediante il ricorso all'analogia, in considerazione della configurabilità di opere qualitativamente disomogenee anche nel settore delle forniture e dei servizi³¹. L'art. 37 del D.Lgs. n. 163/2006 ha uniformato le discipline, riconoscendo la possibilità di costituire A.T.I. verticali anche in appalti diversi rispetto a quelli di lavoro. Tale soluzione è stata oggi recepita anche nel Cod. Contr. Pubbl. del 2016, con tutte le conseguenze del caso, anche in punto di responsabilità nei confronti dell'ente appaltante.

Analoghe considerazioni valgono per la disciplina del fallimento della mandataria e della morte, interdizione o inabilitazione della persona avente un'impresa individuale mandataria. Nel settore degli appalti pubblici di lavori, era sì previsto che la nuova mandataria avrebbe potuto essere scelta tra le mandanti, ma era stabilito anche che il committente avrebbe poi dovuto fornire il proprio consenso, esercitando la propria discrezionalità³². La disciplina in materia di appalti pubblici di forniture e di servizi, invece, taceva sui poteri della stazione appaltante³³. Se ne era inferito che non occorresse, in questo caso, il consenso del committente pubblico, ovvero che lo stesso committente potesse opporsi soltanto se l'impresa designata come mandataria (fosse esterna all'A.T.I. originaria e) non avesse i requisiti idonei per essere unica rappresentante e interlocutrice. Anche in questo caso, l'art. 37 del D.Lgs. n. 163/2006, al comma 18, aveva equiparato la disciplina delle tre fattispecie, richiedendo in ogni caso il consenso della stazione appaltante.

Si vedrà nell'ultimo capitolo del presente elaborato come giurisprudenza e dottrina, peraltro, fossero solite interpretare in maniera particolarmente prudente tale regolamentazione. Infatti, si affermava generalmente che il consenso avrebbe potuto essere legittimamente negato dalla stazione appaltante soltanto nel caso in cui l'impresa designata fosse risultata sprovvista dei requisiti richie-

³⁰ D. BONVICINI, *Associazione temporanea di imprese*, in *Enc. giur. Treccani*, 1988, 5; M. MAZ-ZAMUTO, *I raggruppamenti temporanei d'impresa tra tutela della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comun.*, 2003, 179.

³¹ Cons. Stato, sez. VI, 30 maggio 2003, n. 2989, in *Urban. App.*, 2003, 1311.

³² Art. 23, comma 1, Legge n. 584/1977; art. 25, comma 1, D.Lgs. n. 406/1991.

³³ Art. 9, comma 8, Legge n. 113/1981; art. 10, comma 8, D. Lgs. n. 358/1992.

sti. Pertanto, sebbene la disposizione di cui all'art. 37, comma 18, del D.Lgs. n. 163/2006 avesse mutuato la formula della legge previgente in materia di appalti di lavori, l'assimilazione delle discipline, così come risultante nella prassi giurisprudenziale, sembrava essere avvenuta, in tale settore, sull'archetipo delle norme in materia di appalti pubblici di servizi e forniture³⁴.

L'art. 48, comma 17, del Cod. Contr. Pubbl. del 2016 conferma l'*acquis* giurisprudenziale. Esso prevede che, in ogni tipo di appalto pubblico disciplinato dal suddetto "codice", l'ente committente può (ma, in realtà, deve) proseguire il rapporto di appalto, purché il nuovo mandatario disponga dei necessari requisiti per i lavori, i servizi o le forniture ancora di eseguire. L'ente medesimo deve (e non già può, come ha chiarito il D.Lgs. Correttivo del 2017) recedere, invece, in assenza di tali requisiti.

Ancora, l'istituto della cooptazione, su cui si ritornerà *funditus*, era previsto, dal D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, soltanto in materia di appalti pubblici di lavori. Ebbene, sulla scorta della giurisprudenza comunitaria, il Reg. Esec. del 2010 ha esteso l'applicazione dell'istituto anche agli altri settori.

Infine, il principio di immodificabilità soggettiva (vale a dire, il divieto di modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei) risultava statuito soltanto in tema di appalti pubblici di lavori. Anche in questo caso, recependo l'orientamento espresso dalla giurisprudenza amministrativa, il D.Lgs. n. 163/2006, all'art. 37, comma 9, e il Cod. Contr. Pubbl. del 2016, all'art. 48, comma 9, hanno generalizzato il principio, prevedendovi solo specifiche eccezioni³⁵.

Non mancano, tuttavia, fattispecie inverse, in relazione alle quali, a fronte di originarie differenze normative, si è pervenuti a una disciplina ordinaria assumendo a modello lo "statuto" normativo inizialmente previsto per il contratto di appalto pubblico di forniture e servizi.

Ad esempio, solo in tale settore era stabilito che il mandato collettivo all'impresa capofila avrebbe dovuto necessariamente essere conferito con unico atto. Se ne era inizialmente desunto che, negli appalti pubblici di lavori, il suddetto mandato avrebbe potuto essere conferito anche con diversi atti, tra loro paralleli. In questo caso, è stata la normativa sugli appalti pubblici di lavori (con l'art. 37, comma 14, del D.Lgs. n. 163/2006) ad adeguarsi successivamente: oggi la

³⁴ Inoltre, soltanto negli appalti pubblici di lavori era stato stabilito un obbligo di corrispondenza tra la quota di partecipazione nell'A.T.I. e la quota di esecuzione dell'appalto relativamente a ciascuna impresa: tale regola era stata poi estesa a tutte le A.T.I., dall'art. 37, comma 13, del D.Lgs. n. 163/2006 (Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2013, n. 2563, in *Pluris-banca dati e T.A.R. Sicilia-Palermo*, sez. II, 29 aprile 2013, n. 993, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2013, 757). La suddetta disposizione, tuttavia, è stata poi abrogata dall'art. 12, comma 8, del D.L. 28 marzo 2014, n. 47, così come convertito, con modificazioni, dalla Legge 23 maggio 2014, n. 80. Il Cod. Contr. Pubbl. del 2016 non prevede più un siffatto obbligo di corrispondenza.

³⁵ Cons. Stato, sez. VI, 4 gennaio 2002, n. 35, in *Foro Amm. CDS*, 2002, 140.

necessità di un unico atto è confermata dall'art. 48, comma 12, del Cod. Contr. Pubb. del 2016.

Inoltre, sono state estese anche agli appalti pubblici di lavori talune regole, originariamente dettate soltanto per gli appalti pubblici di forniture e servizi, che stabiliscono una semplificazione nella presentazione delle offerte.

Infatti, negli appalti di pubblici di lavori, originariamente, vigeva il divieto di costituire l'A.T.I. contemporaneamente o in un momento successivo all'aggiudicazione della gara³⁶. Negli appalti pubblici di forniture e di servizi, viceversa, l'offerta poteva risultare anche da un semplice atto congiuntamente sottoscritto da tutte le imprese. La costituzione dell'A.T.I. poteva avvenire anche successivamente all'aggiudicazione, purché, naturalmente, le imprese si fossero impegnate sin da subito a conformarsi alla normativa, qualora fossero poi risultate aggiudicatari. Si trattava, insomma, di una disciplina maggiormente agile, che non onerava le imprese dei costi e delle formalità connesse alla stipula del contratto di mandato con rappresentanza, se non a seguito dell'avvenuta aggiudicazione.

Tale possibilità di scelta è stata consentita alle imprese anche negli appalti pubblici di lavori, in forza del disposto dell'art. 37, comma 8, del D.Lgs. n. 163/2006. Conformemente, l'art. 48, comma 8, del Cod. Contr. Pubb. del 2016 ammette ora la possibilità di posticipare la costituzione dell'associazione temporanea di imprese al momento dell'eventuale aggiudicazione, evitando di addossare necessariamente sulle imprese costi potenzialmente superflui.

In questo caso, eccezionalmente, davvero può dirsi che l'applicazione del congegno, previsto originariamente dalla sola normativa di appalti pubblici di forniture, abbia rappresentato il «laboratorio» per successive e più generali scelte di *policy making*.

L'originario comma 13 dell'art. 37 del D.Lgs. n. 163/2006, come si vedrà, prevedeva, inizialmente per tutte le tipologie di appalti, il principio di corrispondenza tra le quote di esecuzione dell'opera e le quote di partecipazione al raggruppamento temporaneo riferibili a ciascuna impresa.

La Legge 7 agosto 2012, n. 135, di conversione del D.L. 6 luglio 2012, n. 95, aveva poi circoscritto tale principio ai soli appalti di lavori. La Legge 23 maggio 2014, n. 80 – di conversione, con modificazioni, del D.L. 28 marzo 2014, n. 47 – aveva poi abrogato il suddetto comma, omologando sostanzialmente la normativa per tutte le tipologie di appalto. Tale ultima soluzione è stata poi recepita dal Cod. Contr. Pubb. del 2016, che non prevede un siffatto principio di corrispondenza.

A seguito della suddetta disordinata congerie di interventi normativi, tuttavia, era emersa un'incongruenza sistematica. Infatti, il legislatore, nel tentativo di emancipare il settore dei lavori dal principio di corrispondenza tra le quote di

³⁶ Il divieto era imposto dall'art. 22, comma 4, del D.Lgs. n. 406/1991 e dall'art. 13, comma 5, della Legge n. 109/1994.

esecuzione e le quote di partecipazione, rendendolo affine a quello delle forniture e dei servizi, si era spinto troppo oltre, «scavalcando» persino la disciplina relativa a tali settori. E così, nel testo iniziale dell'art. 48, comma 4, del Cod. Contr. Pubb. del 2016, esclusivamente per gli appalti relativi a pubbliche forniture e servizi risultava stabilita la necessità, per le imprese, di specificare le porzioni di rispettiva competenza di ciascuna impresa³⁷. Per ciò che concerne i lavori, originariamente, risultava assente persino questa sia pur minima prescrizione. Il D.Lgs. Correttivo del 2017, opportunamente, ha eliminato la discrasia e, novellando l'art. 48, comma 4, del Cod. Contr. Pubb. del 2016, ha esteso l'obbligo di indicare preventivamente le porzioni di spettanza di ciascun operatore altresì al settore dei lavori. Anche in questo caso, il processo di omogeneizzazione dei tre settori si è realizzato sulla falsariga di quanto era inizialmente previsto per le forniture e per i servizi.

Permangono tuttora, peraltro, talune marginali, discrasie tra le diverse normative. Le norme in materia di società «di scopo», ad esempio, sono previste soltanto nell'ambito degli appalti di lavori.

1.4. *La ratio sottesa alla normativa sulle associazioni temporanee di imprese.*

L'ammissione di imprese alle gare riunite in associazione temporanea trova la sua principale giustificazione nella sempre maggior complessità delle opere oggetto di appalto pubblico.

Che si tratti di complessità di carattere tecnico, postulante il ricorso a differenti competenze, ovvero di complessità di carattere dimensionale, richiedente ingenti risorse economiche, lo strumento della collaborazione temporanea tra imprese si congegnava quale modello virtuoso per assicurare una più efficace esecuzione delle opere.

Talvolta, infatti, la realizzazione dell'opera oggetto di appalto implica l'impiego di differenti specializzazioni ovvero di differenti risorse tecnico-operative, non necessariamente reperibili in capo a un'unica impresa. In questo caso, come si vedrà, la necessità di una combinazione di frammenti di *know how* suggerirà il ricorso all'A.T.I. verticale (o a quella mista), affinché diverse imprese apportino sinergicamente la rispettiva distinta *expertise*, senza per questo dover aggregarsi in organismi stabili.

Talaltra, il volume di lavoro necessario per compiere l'opera è talmente imponente da comportare l'utilizzo di mezzi economici e di apparati organizzativi non disponibili in capo ad un unico soggetto imprenditoriale. Trattasi di situazione particolarmente frequente soprattutto nel nostro Paese, dove al giganti-

³⁷ Analoghe norme erano dettate dall'art. 10, comma 2, del D.Lgs. n. 385/1992, dall'art. 11 del D.Lgs. n. 157/1995 e dall'art. 37, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006.

simo dei lavori fa da contraltare il tendenziale nanismo dei soggetti giuridici operanti sul mercato, tipico di una struttura economico-produttiva fondata, per l'appunto, sulle piccole e medie imprese. Si potrà allora impiegare lo strumento dell'A.T.I. orizzontale, per consentire a diverse imprese di cooperare nella realizzazione dell'opera, abbattendo in tal modo gli ostacoli di natura dimensionale ed economico-finanziaria, senza che le stesse rinunzino alla propria rispettiva individualità economica e giuridica. Di converso, l'introduzione di requisiti minimi per ciascuna impresa è volta ad evitare un'eccessiva «balcanizzazione» della partecipazione, contemperando l'apertura alle piccole e medie imprese con la necessità di evitare l'ingresso di soggetti inadeguati.

La giurisprudenza, sul punto, ha chiarito quanto segue: “*La finalità che ispira l'istituto dell'associazione temporanea tra imprese e tra professionisti è quella di consentire alle imprese più piccole e ai professionisti meno affermati di maturare significative esperienze di lavoro, capaci di favorire la loro crescita imprenditoriale e professionale, garantendo al contempo la più ampia partecipazione alle procedure di gara per il conferimento di appalti pubblici, in linea con le esigenze di concorrenza che le norme comunitarie prescrivono*”³⁸.

È allora evidente anche la valenza tendenzialmente anti-monopolistica dell'A.T.I.³⁹ Il ricorso a tale strumento, infatti, rende possibile la partecipazione ai grandi appalti pubblici di una platea maggiormente ampia di operatori economici, fungendo così anche da strumento di promozione di imprese minori le quali, diversamente, sarebbero escluse dagli appalti medesimi⁴⁰. La tematica sarà oggetto di precipua analisi nel prossimo paragrafo.

Si vedrà, in particolare, che, alla stregua di un orientamento minoritario, il ricorso all'A.T.I. risulterebbe ammissibile solamente da parte delle imprese che, singolarmente, non siano in grado di soddisfare i requisiti finanziari e tecnici necessari a partecipare autonomamente alla gara.

Viceversa, secondo l'indirizzo maggioritario, ragioni anche di mera opportunità, e non per forza di necessità, possono giustificare la partecipazione di un'impresa a un raggruppamento temporaneo.

Aderendo a tale impostazione, siffatto strumento di collaborazione occasionale sarebbe idoneo anche a soddisfare esigenze di diversificazione del rischio: potrebbero accedervi anche imprese che, astrattamente in grado di operare singolarmente, non intendano tuttavia concentrare tutti i propri sforzi economici

³⁸ T.A.R. Calabria-Reggio Calabria, sez. I, 10 dicembre 2009, n. 1197, in *Pluris*-banca dati.

³⁹ F. BERTINI, *Brevi note in tema di associazioni temporanee di imprese: pratica lecita o intesa vietata?*, in *Giur. Mer.*, 2008, 1721; M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 179; P.L. PELLEGRINO, *Raggruppamenti temporanei di imprese e fallimento nel nuovo Codice dei lavori pubblici*, in *Giur. Mer.*, 2009, 2904.

⁴⁰ S. USAI, *Raggruppamenti orizzontali e obbligo di specificare le “parti” della prestazione da eseguire*, in *Urban. App.*, 2012, 1033; A. VALLETTI, *Le riunioni di imprese alla luce della nuova direttiva comunitaria 2004/17/CE*, in *Urban. App.*, 2004, 887.

su un solo appalto⁴¹. Insomma, l'A.T.I. assurgerebbe anche a strumento per assecondare opportunità industriali, nel senso dell'ottimizzazione delle risorse e della ripartizione dell'alea⁴².

Pertanto, la collaborazione temporanea rinverrebbe la propria origine non soltanto nella necessità, ma anche nella convenienza, per più imprese, di cooperare nella realizzazione di un'unica opera. La collaborazione, pertanto, è circoscritta nel tempo e nell'oggetto, non intacca l'autonomia dei singoli partecipanti e non richiede il ricorso a strutture stabili, bensì l'utilizzo di uno strumento di cooperazione agile e non intrusivo⁴³.

La «normativizzazione» delle A.T.I. nell'ambito degli appalti pubblici mira anche a tutelare la stazione appaltante, quanto meno sotto due profili.

Da una parte, vi è il già segnalato interesse pubblico alla partecipazione ampia e vivace dei competitori alle gare, al fine non solo di accrescere la competitività delle imprese, ma anche e soprattutto di assicurare una più competente esecuzione delle opere⁴⁴.

Dall'altra, l'esigenza delle imprese di cooperare mediante un meccanismo di cooperazione duttile va bilanciato con l'interesse del committente pubblico a non subire pregiudizio dalla frammentazione interna del soggetto aggiudicatario.

Tale contemperamento dei diversi interessi trova la sua sintesi nella disciplina dell'A.T.I., che: *a)* assegna alle stesse imprese riunite il coordinamento delle loro rispettive attività, esonerando il committente pubblico dall'onere della direzione organizzativa; *b)* consente alla stazione appaltante di interfacciarsi con unico interlocutore, a dispetto della polverizzazione degli operatori, e di restare (parzialmente) indifferente alle vicende interne del raggruppamento, come se l'ente avesse quale controparte un unico soggetto e non una pluralità di imprese⁴⁵.

La sintesi tra le contrapposte esigenze delle imprese (di conservare la propria autonomia e di non dar vita a un nuovo soggetto giuridico) e della stazione appaltante (di avere un'interlocuzione univoca) si compendia nel contratto di mandato con rappresentanza, conferito dalle imprese riunite a una sola di esse, e nel connesso regime di responsabilità previsto per i rapporti con il committente. In questo delicato bilanciamento di interessi, il mandato con rappresentanza diviene dispositivo funzionale non tanto alla produzione diretta degli effetti in ca-

⁴¹ G. PALEOLOGO, *Sviluppo economico, libera concorrenza e collaborazione fra imprese nell'esecuzione di opere pubbliche*, in *La collaborazione tra imprese nell'appalto per l'esecuzione di opere pubbliche*, a cura di F. MASTRAGOSTINO, Padova, 1988, 3.

⁴² S. M. CARBONE-A. D'ANGELO, *Cooperazione tra imprese e appalto internazionale – Joint venture e Consortium Agreement*, Milano, 1991, 3.

⁴³ P. CHIRULLI, *op. cit.*, 373.

⁴⁴ Cons. Stato, 16 aprile 1987, n. 246, in *Foro it.*, 1988, III, 292, e in *Foro Amm. CDS*, 1987, I, 562.

⁴⁵ F. BERTINI, *op. cit.*, 1721.

po alle mandanti, quanto alla tutela della stazione appaltante pubblica, la quale – mediante il meccanismo negoziale che con esso si sviluppa – si rapporterà con un'unica interfaccia. Dunque, il legislatore introduce norme a tutela della pubblica amministrazione committente non già utilizzando gli strumenti autoritativi del diritto pubblico, bensì classici istituti del diritto comune, quali sono il mandato e la procura.

La considerazione degli interessi della stazione appaltante offre allo studioso anche una diversa chiave di lettura della normativa sull'associazione temporanea di imprese. Infatti, proprio in considerazione di tali interessi, i rapporti tra committente e imprese riunite sono assoggettati a una dettagliata disciplina di carattere eteronomo, demandata a norme rigide ed imperative. Viceversa, la regolamentazione degli assetti interni all'associazione temporanea, in relazione ai quali l'interesse pubblico è adiaforo, è riservata all'autonomia negoziale delle imprese.

Di qui, delicati problemi in merito alla possibilità di ricorrere all'analogia per disciplinare l'operare delle associazioni temporanee di imprese nell'ambito degli appalti privati⁴⁶.

1.5. Associazioni temporanee di imprese e diritto antitrust.

Si è accennato alla valenza anti-oligopolistica delle associazioni temporanee, disegnate dal legislatore nazionale (non a caso, su *input* comunitario) quale strumento per ampliare il novero dei partecipanti alle gare di appalto e per accentuare la competizione concorrenziale tra imprese⁴⁷. Trattasi, infatti, di uno strumento di contrasto alle situazioni di monopolio o oligopolio delle grandi imprese e di incentivazione del confronto competitivo⁴⁸. Come si è notato, tale forma di cooperazione non scalfisce l'autonomia dei partecipanti e si delinea quale limitata anche nell'oggetto (a un unico affare), cosicché resta impregiudicata la libertà per ciascuna impresa di operare, anche in competizione reciproca, in altri appalti.

L'A.T.I. è stata istituita anche per attuare i principi di libera prestazione dei

⁴⁶ G. DI ROSA, *Organizzazione delle imprese riunite negli appalti privati*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2014, 1040; E. DI SABATINO, *A.T.I. private: disciplina applicabile e profili di responsabilità*, in *Resp. Civ.*, 2006, 748.

⁴⁷ La natura pro-concorrenziale dell'istituto è stata più volte ribadita dalla stessa giurisprudenza (*ex multis*: Cons. Stato, sez. V, 15 giugno 2001, n. 3188, in *Foro Amm.*, 2001, fasc. 6; Cons. Stato, 24 novembre 1992, n. 1387, in *Foro Amm. CDS*, 1992, I, 1643). In tal senso, anche A.V.C.P., parere 28 gennaio 2010, n. 22 e deliberazione 16 luglio 2009, n. 64, secondo cui, tuttavia, è ammesso che la stazione appaltante, nel bando, stabilisca una soglia quantitativa minima per ciascuna impresa, al fine di evitare un eccessivo frazionamento.

⁴⁸ Cons. Stato, sez. V, 24 ottobre, 2006, n. 6353, in P. CHIRULLI, *op. cit.*, 397.

servizi, parità di trattamento e divieto di discriminazione⁴⁹. La stessa Legge 28 gennaio 2016, n. 11, che ha delegato il Governo ad emanare il Cod. Contr. Pubb. del 2016, ha ampiamente fatto riferimento a tali principi⁵⁰.

Ciò non esclude, tuttavia, che in determinate circostanze concrete, proprio la costituzione di associazioni temporanee di imprese possa rafforzare regimi di oligopolio, assurgere a intesa restrittiva o comportare abusi di posizioni dominanti, sì da snaturare la stessa ragion d'essere dell'istituto: il rischio è concreto, atteso che l'A.T.I. costituisce uno strumento di cooperazione tra imprese altrimenti concorrenti⁵¹.

Proprio in considerazione di ciò, sulla scorta di precedenti interventi della giurisprudenza amministrativa, il legislatore è intervenuto nella materia, a partire dalla Legge 11 febbraio 1994, n. 109, introducendo il divieto, per singoli concorrenti, di partecipare alla medesima gara di appalto, in forma individuale e, nel contempo, quali imprese riunite in associazione temporanea⁵². Del pari, recependo le indicazioni giurisprudenziali, venne introdotto il divieto, per ciascuna impresa, di partecipare nell'ambito della medesima procedura a più raggruppamenti (ovvero a un'associazione temporanea di imprese e ad un consorzio ordinario)⁵³. Tali norme – confluite poi nell'art. 37, comma 7, del D.Lgs. n. 163/2006 – sono oggi dettate dall'art. 48, comma 7, del Cod. Contr. Pubb. del 2016.

⁴⁹ Infatti “*l'introduzione nel nostro ordinamento della figura in esame e l'evoluzione del quadro normativo corrispondono all'esigenza di attuare fondamentali principi sanciti nel trattato dell'Unione Europea, come la libera prestazione dei servizi, la parità di trattamento e il divieto di discriminazione, offrendo alla pubblica amministrazione la possibilità di fruire di una serie di apporti più ampi e specializzati, ed alle singole imprese, soprattutto di dimensioni minori, di superare i limiti di natura tecnica e finanziaria posti per la partecipazione a gare di appalto per lavori che, complessivamente considerati, trascendano le loro capacità*” (Cass. Civ., sez. I, 23 gennaio 2012, n. 837, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2012, 459).

⁵⁰ D'altra parte, il Cod. Contr. Pubb. del 2016, all'art. 2, stabilisce che le relative disposizioni sono state adottate nell'esercizio della competenza legislativa statale, anche relativamente alla materia della tutela della concorrenza.

⁵¹ M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 179 evidenzia come tale tesi si affermò proprio al cospetto delle associazioni temporanee di imprese di tipo orizzontale, in ragione del fatto che, secondo taluni autori, in tali tipologie di raggruppamento, la stazione appaltante avrebbe potuto richiedere anche a una sola impresa l'esecuzione *in toto* dell'opera.

⁵² Cons. Stato, 28 maggio 1988, n. 478, in *Foro Amm. CDS*, 1988, I, 578 e in *Giur. It.*, 1989, III, 1, 44.

⁵³ T.A.R. Lazio, sez. III, 25 febbraio 1998, n. 473, in *Urban. App.*, 1998, 1019, ha sanzionato il comportamento di una società cooperativa, che aveva partecipato alla medesima gara sia quale componente di un consorzio, sia quale impresa capofila di un raggruppamento temporaneo di imprese. Sul punto, A. DI AMATO, *Strumenti di cooperazione tra imprese*, in *Impresa e nuovi contratti*, Napoli, 1998, 34. G. MANGIALARDI, *Partecipazione alla gara di imprese collegate*, in *Urban. App.*, 2007, 1004, chiarisce che la normativa, almeno in astratto, consentirebbe la partecipazione, alla medesima gara, di due imprese facenti parte di un consorzio o di un'A.T.I., laddove tale consorzio e tale A.T.I. non concorrano nella gara medesima.

Inoltre, l'art. 80, comma 5, lett. *m*) del Cod. Contr. Pubbl. del 2016 – sulla scorta di quanto era già stabilito dall'art. 38, comma 1, lett. *m-quater*) del D.Lgs. n. 163/2006 – prevede l'esclusione per quei concorrenti alla gara che si trovino, rispetto ad altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo, ai sensi dell'art. 2359 c.c., o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, laddove la situazione di controllo o la relazione comportino unicità del centro decisionale. I commi 17 e 18 dell'art. 48 del Cod. Contr. Pubbl. del 2016 – come novellati dall'art. 32 del D.Lgs. Correttivo del 2017 – stabiliscono poi che la sopravvenuta emersione, in corso di esecuzione, delle fattispecie regolate all'art. 80, determina conseguenze sovrapponibili a quelle previste per il fallimento, rispettivamente, dell'impresa mandataria e di quella mandante.

Infine, come si è già notato, l'art. 37, comma 8, del D.Lgs. n. 163/2006 dapprima, e l'art. 48, comma 8, del Cod. Contr. Pubbl. del 2016, poi, hanno recepito, anche per gli appalti pubblici di lavori, quanto era già previsto per gli appalti pubblici di forniture e servizi: la possibilità di formalizzare la costituzione in associazione temporanea di imprese solo ad esito dell'eventuale aggiudicazione dell'appalto, laddove le parti prefigurino tale prospettiva già in sede di partecipazione alla gara. Tali norme, oltre alla già segnalata esigenza di evitare alle imprese formalità e costi preventivi ultronei, sono volte anche ad evitare limitazioni alla concorrenza che potrebbero risultare superflue, nel caso di mancata aggiudicazione dell'appalto.

Il legislatore, tuttavia, si limita a disciplinare gli effetti anticompetitivi più eclatanti potenzialmente implicati dall'operare delle associazioni temporanee di imprese, ma non estende il proprio intervento a tutti i casi nei quali l'A.T.I. può divenire strumento per perseguire finalità di limitazioni della concorrenza.

Nulla è previsto dalla legge circa eventuali altri rapporti di collegamento tra imprese appartenenti ad associazioni temporanee e altre imprese partecipanti alle gare d'appalto: si discute se regole in tal senso possano o meno essere disposte dai singoli bandi.

Inoltre, come è noto, è labile il confine che intercorre tra intese volte ad implementare la concorrenza e accordi funzionali a favorire distorsioni di mercato. Anzi, proprio i contratti funzionali a disciplinare la cooperazione tra imprese a fini pro-concorrenziali si prestano agevolmente a tramutarsi in congegni di coordinamento anticompetitivo. L'associazione temporanea di imprese, soprattutto nella sua espressione orizzontale, può assurgere a paradigma di tali tipologie di negozi giuridici. Essendo ontologicamente strumentale alla cooperazione di più imprese che altrimenti sarebbero concorrenti, il raggruppamento temporaneo di imprese reca con sé il rischio di divenire il *passerpartout* per perseguire risultati che ne contraddicano la *ratio* istitutiva, in quella che è stata opportunamente definita una originale miscela di concorrenza e competizione.

Sul punto, era intervenuta dapprima, con un atto di *moral suasion*, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito, anche A.G.C.M.): “Allo

scopo di garantire la partecipazione alla gara del più ampio numero di imprese possibile, l'Autorità auspica, inoltre, un corretto utilizzo di strumenti associativi quali il raggruppamento temporaneo di imprese (RTI). In proposito, l'Autorità intende ribadire che il RTI, proprio in quanto strumento di collaborazione tra le imprese, può facilmente prestarsi ad un uso restrittivo della concorrenza, attuale o potenziale, tra le imprese stesse, esito certamente non desiderato dall'amministrazione appaltante, né tanto meno voluto dal legislatore comunitario o nazionale, stante la valenza di principio fondamentale che la tutela della concorrenza ha sia nel Trattato CE, sia nella nostra Costituzione”⁵⁴.

Nel silenzio della legge sul punto, in Italia si è posta la questione dell'ammissibilità della partecipazione, quale impresa riunita in raggruppamento temporaneo, di un soggetto che avrebbe tutti i requisiti economici, finanziari e tecnici per intervenire autonomamente nella gara di appalto⁵⁵. Il problema, emerso in tutta la sua complessità nelle corti nord-americane già agli inizi del secolo, ha iniziato ad interessare la giurisprudenza italiana soltanto in tempi relativamente recenti.

Ci si è chiesti, insomma, se la stazione appaltante, nel bando di gara (addirittura debba o, comunque) possa limitare il ricorso delle imprese alle associazioni temporanee ai casi in cui le stesse non siano in grado di soddisfare, da sole, i requisiti richiesti (e, dunque, esclusivamente alle cosiddette A.T.I. “necessarie” o “non sovrabbondanti”).

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, sin dal 2003, si è resa fautrice dell'opzione ermeneutica maggiormente restrittiva, statuendo che le stazioni appaltanti sarebbero legittimate (e addirittura obbligate, in assenza di esigenze eccezionali) ad introdurre una siffatto “blocco”. *“Tenuto conto della ratio anti-monopolistica e pro-concorrenziale del RTI, volta ad ampliare il novero degli offerenti e ad accentuare, per tale via, il confronto anti-concorrenziale in sede di gara, appare legittimo che le stazioni appaltanti, ... pur nel silenzio della legge, limitino la possibilità di associarsi in RTI da parte di due o più imprese che singolarmente sarebbero in grado di soddisfare i requisiti finanziari e tecnici per poter partecipare alla gara ... Solo in presenza di esigenze eccezionali dell'amministrazione – che andrebbero debitamente motivate nel bando, in modo da esplicitare le ragioni per cui, nella specie, il raggruppamento delle imprese singolarmente idonee a prender parte alla gara può avere di per sé una valenza per così dire “virtuosa” – 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”*⁵⁶.

⁵⁴ A.G.C.M., 30 gennaio-7 febbraio 2003, parere AS 251, pubblicato sul bollettino n. 5 del 17 febbraio 2003.

⁵⁵ N. SERSALE-A. TIRABOSCHI, *op. cit.*, 125; A. VALLETTI, *op. cit.*, 887.

⁵⁶ A.G.C.M., parere 30 gennaio-7 febbraio 2003, cit.

In sostanza, secondo tale statuizione, sarebbe legittima (e addirittura necessitata) l'introduzione, nei bandi, da parte delle stazioni appaltanti, del divieto di costituirsi in associazione temporanea per le imprese singolarmente già dotate di tutti i requisiti per partecipare autonomamente alla gara.

Viceversa, gli orientamenti del Consiglio di Stato, sul punto, sono apparsi eclettici.

Generalmente, la giurisprudenza amministrativa ha interpretato il silenzio del legislatore quale preclusivo del potere della pubblica amministrazione di vietare, nel bando, la partecipazione a raggruppamenti temporanei da parte di imprese già di per sé "autosufficienti".

Già precedentemente all'intervento dell'Autorità Antitrust, il Consiglio di Stato, sebbene con riferimento a settori del tutto peculiari, aveva ammesso l'utilizzo del raggruppamento temporaneo da parte di imprese singolarmente idonee a soddisfare i requisiti di gara⁵⁷.

Anche successivamente, il massimo organo giurisdizionale amministrativo ha ribadito che, pur potendo in astratto l'istituto *de quo* essere illegittimamente "piegato" a fini anticoncorrenziali, non tutte le associazioni temporanee includenti imprese "autosufficienti" si pongono, per ciò solo, in contrasto con il diritto *antitrust*.

Anche all'interno di tale orientamento, tuttavia, si colgono sfumature diverse.

Una prima sotto-teoria si è contrapposta in maniera frontale al convincimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ravvisando nella partecipazione alla procedura di raggruppamenti composti da imprese già di per sé "autosufficienti", sia pur nell'ambito di una licitazione privata, addirittura una "figura sintomatica" della loro conformità alle norme sulla concorrenza.

In particolare, è stato affermato che, *"in mancanza di elementi concreti che indichino l'alterazione della concorrenza in una licitazione privata, la mera presentazione di un'offerta, peraltro consentita dall'ordinamento, da parte di un'ATI costituita da imprese già qualificate impedisce di presumere un'alterazione della regolarità della competizione quale effetto sicuro ed immediato del raggruppamento di società singolarmente invitate alla gara ed impone, anzi, di presumere il contrario: e cioè che tale opzione di sinergia strategica tra soggetti capaci di concorrere singolarmente, siccome coerente con la ratio del raggruppamento temporaneo di imprese e prevedibile da parte delle altre partecipanti, si rivela priva della potenzialità distorsiva della par condicio dei concorrenti"*⁵⁸.

Aderisce a tale posizione quella dottrina che, sul punto, ha ricordato come, in un passato non troppo remoto, vi era addirittura chi sosteneva che i requisiti richiesti dal bando dovessero essere posseduti, per intero, da ciascuna impresa

⁵⁷ Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2000, n. 2056, in *Foro Amm. CDS*, 2000, I, 906.

⁵⁸ Cons. Stato, sez. V, 18 settembre 2003, n. 5309, in *Foro Amm. CDS*, 2003, 2567.

riunita (e non già dal raggruppamento temporaneo in via cumulativa)⁵⁹. Tesi, quest'ultima, che, poi, la storia e gli interventi del legislatore si sono incaricati di smentire, ma che, significativamente, considerava la "sovraabbondanza" dei requisiti addirittura quale un elemento costitutivo dell'A.T.I. (in perfetto contrasto con la posizione assunta dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato).

Si è ricordato, in ogni caso, che tuttora vi sarebbe un vero e proprio interesse della stazione appaltante ad ammettere associazioni temporanee di imprese sovradimensionate, in quanto, per definizione, maggiormente dotate di requisiti⁶⁰.

Un altro filone giurisprudenziale del Consiglio di Stato, maggiormente diffuso, impone di considerare le peculiarità del caso concreto: se, da una parte, la stazione appaltante non può vietare *ex se* ed *ex ante* la partecipazione alle associazioni temporanee tra imprese già in possesso dei requisiti, dall'altra la compatibilità alle norme sulla concorrenza di siffatte associazioni temporanee "sovradimensionate" dovrebbe essere attentamente esaminata *a posteriori* in sede giudiziale. "Non è dunque il sovradimensionamento dell'ATI in sé ad 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'ATI, in sé lecito"⁶¹.

Insomma, il fatto che l'associazione temporanea di imprese sia «tipizzata» all'art. 45, comma 1, lett. d), del Cod. Contr. Pubb. del 2016 porrebbe una presunzione semplice di pro-concorrenzialità dell'istituto, pur non escludendosi *tout court* che, in concreto, possa determinarsi un impiego del suddetto istituto giuridico opportunistico e contrario al diritto *antitrust*⁶².

Persino esprimendosi sulla *vexata quaestio* della sussistenza o meno di un principio di corrispondenza tra le quote di partecipazione all'A.T.I. e di esecuzione dei lavori, da una parte, e le quote di qualificazione, dall'altra (in pendenza dell'art. 37, comma 13, poi abrogato, del D.Lgs. n. 163/2006), il Consiglio di Stato, in Adunanza Plenaria, aveva negato la sussistenza di un siffatto principio, sul presupposto secondo cui non si potrebbero "escludere dalle pubbliche gare raggruppamenti ai cui partecipanti sarebbe ascritto null'altro se non un eccesso di qualificazione"⁶³.

Tale orientamento è stato sostanzialmente accolto da una più recente pronuncia del massimo organo giurisdizionale amministrativo, secondo cui – pur in pre-

⁵⁹ M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 179.

⁶⁰ F. BERTINI, *op. cit.*, 1721.

⁶¹ Cons. Stato, sez. VI, 8 marzo 2006, n. 1267, in *Urban. App.*, 2006, 687. In tal senso anche: Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926, in *Giur. It.*, 2004, 2178; T.A.R. Lazio-Roma, sez. II-ter, 29 maggio 2007, n. 4991, in *Giur. Mer.*, 2008, 1719.

⁶² F. BERTINI, *op. cit.*, 1721.

⁶³ Cons. Stato, Ad. Plen., 30 gennaio 2014, n. 7, in *Urban. App.*, 2014, 665.

senza di una clausola del bando che vieti il ricorso ad associazioni temporanee di imprese “sovradimensionate” – occorre accertare in concreto (e nel contesto specifico in cui essa si inserisce) l’effettiva portata anticoncorrenziale dell’intesa, prima di escludere le imprese partecipanti ad essa dalla gara d’appalto.

Infatti, è stato affermato che “*se è in sé legittima l’inserzione della citata clausola nel bando, negli ovvi limiti della proporzionalità e della ragionevolezza, la relativa applicazione, per esser reputata legittima, non può mai prescindere dal concreto accertamento dell’effetto anticoncorrenziale che quella e solo quella ATI sovrabbondante possa produrre in quella ed in quella singola procedura di gara*”⁶⁴.

Il massimo organo della giustizia amministrativa ha altresì evidenziato che il raggruppamento orizzontale “sovrabbondante” non può, di per sé, essere considerato uno strumento illecito, risultando, anzi, generalmente sintomatico dell’intento delle imprese a esso partecipanti di accrescere il tasso di concorrenzialità del mercato⁶⁵.

A tal riguardo, la giurisprudenza amministrativa di merito ha aggiunto che non può addossarsi sugli operatori di un’associazione temporanea “sovrabbondante” l’onere di dimostrare incrementi di efficienza. Secondo tale orientamento, semmai, incomberebbe sulla controparte l’onere di dimostrare la sussistenza di un’intesa restrittiva della concorrenza, con la precisazione che detta intesa dovrebbe avere un oggetto più ampio rispetto alla singola gara. Insomma, perché vi sia un impiego distorsivo dell’associazione temporanea di imprese, il singolo appalto dovrebbe costituire soltanto una tessera di un più ampio mosaico, dal quale inferire la sussistenza di un illecito anticoncorrenziale⁶⁶.

In questo singolare «braccio di ferro», un’altra Autorità amministrativa indipendente – l’Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture (di seguito, anche A.V.C.P.), le cui competenze sono state poi state sostanzialmente assorbite dall’A.N.A.C. – ha più volte espresso la propria adesione all’orientamento propugnato dal Consiglio di Stato⁶⁷.

⁶⁴ Cons. Stato, sez. III, 12 febbraio 2013, n. 842, in *www.sentenzeitalia.it*. Tale sentenza, infatti, afferma che “*un divieto di ATI*” sovrabbondanti “*non è posto in assoluto, né sarebbe legittimamente possibile, stante l’evidente favor del diritto comunitario alla partecipazione alle gare ad evidenza pubblica anche dei soggetti riuniti, al di là della forma giuridica di tale loro aggregazione. Il divieto, come d’altronde ogni limite quantitativo all’ingresso di operatori in un dato mercato competitivo, anche regolato, serve a garantire che non si verifichi un’indebita, sproporzionata o irragionevole compressione della concorrenza nella specifica gara*”.

⁶⁵ Cons. Stato, sez. VI, 24 settembre 2012, n. 5067, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2013, 405. In dottrina, F. BERTINI, *op. cit.*, 1721.

⁶⁶ T.A.R. Lazio-Roma, sez. I, 20 marzo 2014, n. 3046, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*.

⁶⁷ A.V.C.P., determinazione 10 ottobre 2012, n. 4; A.V.C.P., Comunicato del Presidente, 12 maggio 2014. Più prudente, A.V.C.P., deliberazione 11 marzo 2010, n. 13. Conforme alla posizio-

In particolare, l'A.V.C.P., contrariamente a quanto statuito dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ha ritenuto inammissibile che, nel bando, una stazione appaltante possa escludere, aprioristicamente, i raggruppamenti "sovraabbondanti". Secondo l'A.V.C.P. l'ente pubblico, tutt'al più, potrebbe disporre l'esclusione di singole associazioni temporanee non necessarie, laddove accerti, mediante un'attenta ponderazione del caso concreto, che le intese in esse estrinsecatesi abbiano per oggetto o per effetto la restrizione della concorrenza⁶⁸. In tal caso, peraltro, il provvedimento del committente dovrebbe essere reso ad esito di un contraddittorio con le imprese, alle quali dovrebbe comunque essere garantito il diritto di esplicitare le ragioni a supporto della scelta di unirsi in associazione temporanea.

La stessa A.N.A.C., con un comunicato del suo presidente datato 12 maggio 2014, ha fatto proprio il convincimento dell'A.V.C.P., ribadendo la tendenziale legittimità dei raggruppamenti "sovraabbondanti", da ritenersi esclusa soltanto in casi particolari di vulnerazione della concorrenza, da valutarsi in concreto⁶⁹. Nello stesso intervento, l'A.N.A.C. ha evidenziato che, nel corso dell'istruttoria, l'ente committente dovrà interloquire con le imprese riunite, le quali potranno giustificare l'eccedenza di requisiti con le loro libere scelte imprenditoriali, tra cui va annoverata anche la convenienza di partecipare a una pluralità di appalti.

Pronunciamento davvero importante, quest'ultimo, se si considera che il Cod. Contr. Pubbl. del 2016, sul punto, non è intervenuto direttamente. Il legislatore, in sostanza, ha mantenuto una posizione adiafora, benché, nei principi codificati dalla Legge di delega 28 gennaio 2016, n. 11, vi fosse anche quello volto a prevedere un "*miglioramento delle condizioni di accesso al mercato degli appalti pubblici ... per le piccole e medie imprese ..., anche attraverso il divieto di aggregazione artificiosa degli appalti, ... nonché introducendo misure premiali per gli appaltatori e i concessionari che coinvolgano i predetti soggetti nelle procedure di gara*". Eventuali scelte di *policy*, pertanto, sono demandate proprio all'attività di *soft regulation* attribuita, in condominio, all'A.N.A.C. e al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

Lo scontro frontale, tuttavia, sembra destinato ad una composizione dei contrapposti interessi: con il tempo, infatti, sembra ridursi lo iato intercorrente tra

ne dell'A.G.C.M., nel senso dell'opportunità di escludere la costituzione di A.T.I. sovraabbondanti, si segnala, però, A.V.C.P., deliberazione 7 ottobre 2009, n. 79. Sull'argomento, G. PASANISI, *Le ATI sovraabbondanti nel Comunicato del Presidente dell'AVCP del 12 maggio 2014*, in *www.giustamm.it*, 2014, n. 5.

⁶⁸ "Non è il sovradimensionamento del raggruppamento in sé ad essere illecito, bensì l'inserimento di tale sovradimensionamento in un contesto di elementi di fatto che denotano i fini illegittimi perseguiti con lo strumento, ovvero la sussistenza di una volontà collusiva delle imprese partecipanti al raggruppamento" (A.V.C.P., Comunicato del Presidente, 12 maggio 2014). In tal senso, anche A.V.C.P., parere 21 maggio 2014, n. 114.

⁶⁹ A.N.A.C., Comunicato del Presidente, 12 maggio 2014.

la giurisprudenza amministrativa e l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Non mancano, ad esempio, timide aperture dello stesso Consiglio di Stato alla posizione, maggiormente intransigente, dell'Autorità *antritrust*⁷⁰.

Di converso, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, pur ribadendo il suo *“ormai consolidato orientamento”* contrario al ricorso all'associazione temporanea di imprese sovrabbondante, ha ultimamente un po' *“ammorbidito”* la sua posizione originaria, evidenziando che tale divieto deve ritenersi operante soltanto ove l'intesa, *“nel caso concreto, presenti connotazioni tali da potersi ritenere macroscopicamente anticoncorrenziale”*.

In particolare, con una comunicazione del dicembre 2014, l'Autorità *anti-trust* ha stabilito delle vere e proprie *guidelines*, evidenziando che *“l'inserimento nei bandi di gara di clausole escludenti la partecipazione di RTI “sovrabbondanti” è legittimo solo laddove la clausola: 1) espliciti le ragioni della possibile esclusione in relazione alle esigenze del caso concreto, quali la natura del servizio e/o l'assetto del mercato di riferimento; 2) preveda che l'esclusione del RTI non può essere automatica, essendo la stazione appaltante tenuta a dimostrare la sussistenza di rischi concreti e attuali di collusione delle imprese partecipanti alla gara in raggruppamento; 3) disponga che la valutazione della stazione appaltante, relativa alla sussistenza dei possibili profili anticoncorrenziali nella formazione del raggruppamento, tenga conto delle giustificazioni – in termini di efficienza gestionale e industriale, alla luce del valore, della dimensione o della tipologia del servizio richiesto – che le imprese partecipanti al RTI forniscono al momento della presentazione della domanda o su richiesta della stazione appaltante”*⁷¹.

Insomma, ad esito di tale singolar tenzone, va affermandosi l'orientamento che non esclude di per sé la legittimità delle associazioni temporanee ricomprendenti imprese autonomamente idonee alle gare, ma sottopone tali aggregazioni a uno stringente scrutinio, anche in termini di liceità della causa concreta.

Lo stesso Consiglio di Stato ha avuto modo di statuire, per l'appunto, quanto segue: *“La circostanza che ATI e consorzi siano frutto di negozi tipizzati non esclude la loro contrarietà al diritto antitrust, allorché risulti che la causa concreta degli stessi, intesa come funzione socio-economica dell'affare, sia illecita, in quanto volta a contrassegnare un assetto contrario a norme imperative e possa realizzare situazioni distorsive della concorrenza nell'ambito di una gara di appalto”*⁷².

Un divieto generalizzato di costituire associazioni temporanee *“non necessa-*

⁷⁰ Cons. Stato, sez. VI, 20 febbraio 2008, n. 588, in *Foro Amm. CDS*, 2008, 2, 550; Cons. Stato, sez. VI, 19 giugno 2009, n. 4145, in *Foro Amm. CDS*, 2009, 1561.

⁷¹ Comunicazione A.G.C.M. avente a oggetto l'esclusione dei raggruppamenti temporanei di imprese *“sovrabbondanti”* dalle gare pubbliche, 23 dicembre 2014.

⁷² Cons. Stato, sez. VI, 25 marzo 2009, n. 1796, cit. In tal senso anche Cons. Stato, sez. VI, 13 giugno 2005, n. 3094, inedita.

rie”, d'altronde, rischierebbe di porsi in contrasto con il principio costituzionale della libera iniziativa economica e, quanto meno per la fase antecedente all'aggiudicazione, colliderebbe con la normazione di promanazione europea, che obbliga gli Stati a riconoscere tali forme di cooperazione.

D'altronde, la scelta relativa all'introduzione di un siffatto divieto generalizzato (tanto più se motivato da ragioni legate al diritto della concorrenza) dovrebbe semmai essere affidata al legislatore, non potendo essere demandata alla discrezionalità della singola stazione appaltante⁷³.

Affidare al committente la scelta di vietare la partecipazione alle A.T.I. delle imprese singolarmente già dotate di tutti i requisiti per partecipare autonomamente alla gara, peraltro, potrebbe porre problemi di gerarchia tra le fonti del diritto⁷⁴.

La questione era già delicata allorché era vigente il D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, posto che esso – all'art. 34, lett. d) – includeva i raggruppamenti temporanei di imprese tra i “*soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici*”, “*salvo i limiti espressamente indicati*”, senza, per l'appunto, espressamente vietare la partecipazione alle A.T.I. delle imprese singolarmente già dotate di tutti i requisiti per partecipare autonomamente alla gara⁷⁵.

L'art. 45 del Cod. Contr. Pubb. del 2016, analogamente, include i “*raggruppamenti temporanei di concorrenti*” tra gli “*operatori economici*” che sono “*ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici*”.

Il quinto e ultimo comma di tale disposizione, tuttavia, chiarisce che “*le stazioni appaltanti possono richiedere ai raggruppamenti di operatori economici condizioni per l'esecuzione di un appalto o di una concessione diverse da quelle imposte ai singoli partecipanti, purché siano proporzionate e giustificate da ragioni oggettive*”.

Inoltre, l'art. 83, comma 8, del Cod. Contr. Pubb. del 2016 – come novellato dall'art. 52 del D.Lgs. Correttivo del 2017 – stabilisce che “*per i soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere d), e), f) e g)*” (e, dunque, anche per le A.T.I.), nel bando possono essere indicate le misure in cui i requisiti (di idoneità professionale, di capacità economica e finanziaria e di capacità tecniche e professiona-

⁷³ G. BALOCCO, *Avvalimento e controllo all'interno dell'ATI*, Roma, 2009, 568. Secondo F. BERTINI, *op. cit.*, 1721, l'accertamento della liceità o dell'illiceità della «sovraabbondanza» dovrebbe essere demandata al controllo giudiziale, proprio perché tale scrutinio dovrebbe essere effettuato non in maniera generalizzata, bensì sulla base di una verifica «in concreto».

⁷⁴ T. FIORELLA, *ATI e disciplina antitrust*, in *Urban. App.*, 2009, 834.

⁷⁵ In passato, si era anche sostenuto che la previsione, nei bandi, dell'esclusione delle A.T.I. sovraabbondanti avrebbe potuto ricavarsi, analogicamente, da quanto era stato *medio tempore* disposto, per l'affidamento dei servizi pubblici locali, dall'art. 4, comma 11, lett. d) del D.L. 13 agosto 2011, n. 138, convertito nella Legge 15 settembre 2011, n. 148. Una parte della dottrina, tuttavia, aveva evidenziato l'eccezionalità della norma, peraltro, successivamente dichiarata incostituzionale.

li) debbano essere posseduti dai singoli partecipanti (fermo restando l'obbligo, per la mandataria, di possederne in misura maggioritaria).

Le suddette previsioni non sembrano in grado di poter assicurare a grimaldello per consacrare il potere, in capo ai committenti, di impedire autonomamente e in chiave generalizzata la costituzione di raggruppamenti sovrabbondanti.

Diversi, a tal riguardo, sono gli indici rivelatori.

L'art. 48, comma 11, del Cod. Contr. Pubbl. del 2016 – sia pur nei soli casi di procedure ristrette o negoziate e nei casi di dialogo competitivo – ammette che un'impresa, singolarmente invitata a partecipare all'appalto e, dunque, sicuramente qualificata, possa presentare un'offerta quale mandataria di un raggruppamento temporaneo di imprese. Secondo una parte della dottrina, tale previsione, conforme a quella dell'art. 37, comma 12, del D.Lgs. n. 163/2006, escluderebbe che il *law maker* possa aver inteso escludere *a priori* le associazioni temporanee non necessarie⁷⁶.

Inoltre, l'art. 48, comma 19, del Cod. Contr. Pubbl. del 2016 (con disposizione innovativa rispetto al passato) ammette, sussistendo determinate condizioni, il recesso di uno o più operatori riuniti, “*sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire*”. Addirittura, il D.Lgs. Correttivo del 2017 ha novellato tale disposizione, ammettendo siffatto recesso, al sussistere delle condizioni, anche qualora il raggruppamento si riduca ad un unico soggetto e, pertanto, persino allorché i requisiti di qualificazione, relativi alla porzione di opere ancora da eseguire, siano appannaggio dell'unica impresa rimasta.

Infine, l'art. 89, comma 1, del Cod. Contr. Pubbl. del 2016, in materia di avvalimento, stabilisce che “*l'operatore economico, singolo o in raggruppamento ..., ... può soddisfare la richiesta del possesso dei requisiti ... avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche di partecipanti al raggruppamento*”. Risulta ammesso, pertanto, anche l'avvalimento interno all'A.T.I. Ed è evidente che, in questo caso, l'impresa del raggruppamento, che funga anche da soggetto ausiliario in favore di altro operatore riunito, debba essere provvista non soltanto dei requisiti necessari a consentirle di partecipare all'appalto nel suo *status*, per l'appunto, di membro dell'A.T.I. Essa dovrà possedere anche requisiti ulteriori: quelli occorrenti per dar vita al “prestito” oggetto del contratto di avvalimento.

Le suddette norme sembrano considerare pleonastico, pertanto, che vi possa essere un *surplus* di requisiti, rispetto al necessario.

In tal senso parrebbe doversi leggere anche la mancata riproduzione, nel Cod. Contr. Pubbl. del 2016, della norma che era precedentemente dettata dall'art. 37, comma 13, del D.Lgs. n. 163/2006 (secondo cui “*i concorrenti riuni-*

⁷⁶ G. PASANISI, *op. cit.*; N. SERSALE-A. TIRABOSCHI, *op. cit.*, 126.

ti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento”). D'altra parte, precedentemente all'emanazione del Cod. Contr. Pubb. del 2016, tale norma era già stata abrogata da parte della Legge 23 maggio 2014, n. 80. Siffatta innovazione normativa ha “svincolato” le quote di esecuzione dei lavori attribuite a ciascuna impresa riunita dalle rispettive quote di partecipazione al raggruppamento, nonché dalle rispettive quote di qualificazione (requisiti), garantendo maggiore libertà organizzativa alle associazioni temporanee⁷⁷.

D'altronde, un generalizzato divieto di costruire A.T.I. “sovrabbondanti” impedirebbe alle imprese di poter cooperare occasionalmente, allorché tale esigenza sorga non dalla necessità di raggiungere i requisiti richiesti dal bando, ma da ragioni di opportunità e di convenienza (quali possono essere quelle connesse alla diversificazione del rischio dell'appalto tra diverse imprese o alla scelta di una grande impresa di partecipare a diverse iniziative imprenditoriali)⁷⁸.

Insomma, il “sovradimensionamento” dell'associazione temporanea di imprese non può dirsi di per sé vietato.

Deve ritenersi, peraltro, che le singole stazioni appaltanti, a determinate condizioni, possano frapporre ragionevoli limitazioni a riguardo.

Più in generale, ci si sente di condividere il principio di diritto secondo cui “in tema di gare per l'aggiudicazione di appalti pubblici, il modulo associativo non deve tradursi in uno strumento elusivo delle regole che impongono alle singole imprese particolari requisiti minimi”⁷⁹.

È evidente, infatti, che utilizzare lo strumento della cooperazione occasionale per perseguire finalità anti-concorrenziali costituisce pratica elusiva della normativa *antitrust*, che pone in evidenza un vero e proprio problema di «abuso dell'associazione temporanea di imprese»⁸⁰.

Anche a prescindere dall'esercizio, da parte dei committenti, del potere loro ascrivito, l'eventuale natura anticoncorrenziale della sovrabbondanza di requisiti dovrà essere oggetto, di volta in volta, di attento sindacato giurisdizionale.

D'altra parte, competerà ai giudici verificare che le stazioni appaltanti, nell'introdurre condizioni ulteriori a quelle previste dalla legge o nell'estromettere *ex post* A.T.I. ritenute anti-concorrenziali, rispettino il requisito di proporzionalità richiesto dall'art. 45, comma 5, del Cod. Contr. Pubb. del 2016.

⁷⁷ S. CASSAMAGNAGHI, *Quote di partecipazione e di esecuzione. Derogabilità delle norme sui requisiti di RTI e consorzi ordinari*, Convegno IGI 25 novembre 2014.

⁷⁸ F. BERTINI, *op. cit.*, 1721; G. PASANISI, *op. cit.*

⁷⁹ T.A.R. Abruzzo-L'Aquila, sez. III, 21 dicembre 2004, n. 1458, in *Pluris-banca dati*.

⁸⁰ M. ROBLES, *Moduli organizzativi nell'esecuzione dell'appalto di opere pubbliche: schemi negoziali e mezzi di tutela*, in *Riv. Trim. App. Pubbl.*, 1999, 226.

Sarà oggetto di scrutinio giurisdizionale, inoltre, l'eventuale sussistenza di ragioni oggettive a fondamento di tali scelte.

Quantunque tale soluzione possa comportare un aumento dell'incertezza giuridica e del conseguente contenzioso, essa appare, ad oggi, la più idonea a contemperare i diversi interessi in gioco.

