

Comunicato del Presidente

Indicazioni alle stazioni appaltanti in materia di esclusione dei raggruppamenti temporanei di imprese "sovrabbondanti"

Al fine di fornire chiarimenti circa la problematica in oggetto, si osserva quanto segue.

Nella determinazione del 10 ottobre 2012, n. 4 "*BANDO- TIPO. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici*", l'Autorità ha rilevato come la costituzione di un raggruppamento che, nel concreto, presenti connotazioni tali da potersi ritenere "macroscopicamente" anticoncorrenziale si porrebbe in violazione dell'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, che, al pari dell'art. 2 della l. 10 ottobre 1990, n. 287, vieta le intese aventi per oggetto o per effetto quello di falsare e/o restringere la concorrenza. Seguendo anche quanto riportato dalla giurisprudenza amministrativa, si è evidenziato che 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. Viene, quindi, precisato che la possibilità di escludere i concorrenti deve fondarsi sulla verifica delle concrete possibilità di frapporre ostacoli alla corretta dinamica concorrenziale da parte del raggruppamento "sovrabbondante".

Alla luce di quanto sopra illustrato, le indicazioni contenute nella determinazione n. 4/2012 devono essere intese nel senso che è sempre consentita la possibilità di costituire raggruppamenti temporanei, anche sovrabbondanti, e che l'eventuale esclusione può avvenire solo in alcuni casi particolari, cioè qualora ciò sia proporzionato e giustificato in relazione alla tipologia o alla dimensione del mercato di riferimento.

In ogni caso, si rammenta che l'esclusione non potrà mai essere automatica e che la stazione appaltante, qualora ravvisi possibili profili anticoncorrenziali nella formazione del raggruppamento, ha l'onere di valutare in concreto la situazione di fatto, richiedendo ai concorrenti le relative giustificazioni, che potranno basarsi non solo su elementi legati ad eventuali stati di necessità, in termini di attuale capacità produttiva, ma su ogni altro fattore rientrante nelle libere scelte imprenditoriali degli operatori economici, come l'opportunità ovvero la convenienza di partecipare in raggruppamento alla luce del valore, della dimensione o della tipologia del servizio richiesto. Nell'ambito della valutazione di tali elementi, la stazione appaltante dovrà, quindi, accertare se la formazione del raggruppamento ha avuto per oggetto o per effetto quello di falsare o restringere la concorrenza, e solo in caso di esito positivo dovrà essere disposta l'esclusione dalla gara.

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio il 12 maggio 2014

Per il Segretario: Rosetta Greco