

A.G.C.M. - COMUNICAZIONE 23.12.2014

Comunicazione avente ad oggetto l'esclusione dei raggruppamenti temporanei di imprese "sovrabbondanti" dalle gare pubbliche

Nello svolgimento delle attività istituzionali dell'Autorità è emersa l'opportunità di fornire chiarimenti in relazione all'inserimento nei bandi di gara, nonché alla loro applicazione da parte delle stazioni appaltanti, di clausole che escludono a monte la partecipazione alla gara di raggruppamenti temporanei di imprese ("RTI") costituiti da due o più imprese che già singolarmente possiedono i requisiti finanziari e tecnici per la partecipazione alla gara (c.d. RTI "sovrabbondanti").

Nella segnalazione AS880 del 28 settembre 2011, Codice dei contratti pubblici: tipizzazione delle cause di esclusione dalle procedure di gara e determinazione dell'offerta migliore, l'Autorità, ha affermato che "la possibilità di escludere i raggruppamenti deve fondarsi [...] sulla contemporanea convergenza di elementi di carattere formale (il possesso dei requisiti) e sostanziale (le concrete potenzialità concorrenziali del raggruppamento), la cui verifica è previamente operata dalla stazione appaltante". In relazione all'inserimento di clausole esplicite di esclusione nel bando di gara, nella medesima segnalazione, l'Autorità ha suggerito tuttavia "l'adozione di un approccio più dinamico rispetto a quanto già suggerito in passato alle stazioni appaltanti", ritenendo che "la possibilità di escludere i raggruppamenti temporanei a seguito di un'analisi che tenga conto della struttura e delle dinamiche caratterizzanti il mercato interessato, nonché di qualsiasi altro elemento da cui possa desumersi una precisa volontà anticoncorrenziale delle imprese coinvolte, appare sicuramente più aderente alla ratio dell'articolo 101 TFUE e all'esigenza di tutelare gli acquisti pubblici dalle inefficienze ricollegabili a possibili comportamenti collusivi delle imprese".

L'ormai consolidato orientamento dell'Autorità pone infatti a fondamento della possibile inclusione di una clausola di esclusione del RTI "sovrabbondante", nonché della sua applicazione da parte della stazione appaltante, il principio di proporzionalità, riconoscendo la possibilità di escludere il raggruppamento solo ove questo, nel caso concreto, presenti connotazioni tali da potersi ritenere macroscopicamente anticoncorrenziale e, dunque, in contrasto con l'art. 101 TFUE e/o l'art. 2 l. n. 287/90.

Tanto premesso, al fine di garantire un corretto bilanciamento tra i principi imposti dal diritto dell'Unione a tutela della libera concorrenza, da un lato, e a garanzia della più ampia partecipazione alle gare pubbliche, dall'altro, si ritiene utile chiarire che, in piena adesione a tali principi, 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.