Anche i consorzi ordinari possono associarsi in raggruppamenti temporanei

Il parere n. 48 dell' 11 marzo 2010, emesso dall'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, si inserisce nel recente contesto giurisprudenziale volto ad ampliare la griglia dei soggetti – *rectius* operatori economici – ammessi a partecipare alle gare d'appalto.

L'Autorità di Vigilanza si è pronunciata a seguito dell'istanza presentata da un R.T.I. escluso da una gara di affidamento di servizio di fornitura di pasti presso le scuole elementari e materne, poiché al suo interno veniva riscontrata la presenza di un consorzio ordinario ex art. 2602 c.c..

La Commissione giudicatrice giungeva alla decisione di escludere l'R.T.I. dopo aver applicato rigidamente l'art. 34, comma 1, lettera d) del D. Lgs. 163/2006 che plecuderebbe la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici ai raggruppamenti temporanei costituiti da un consorzio ordinario, essendo contemplati dalla citata lettera d) solo i raggruppamenti temporanei di concorrenti costituiti da "imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali e società cooperative" – "consorzi cooperativi e artigiani" – "consorzi stabili", ovvero poiché non espressamente previsto dal Codice dei Contratti.

In proposito, giova evidenziare che nel processo di adesione all'interpretazione ispirata al *favor partecipationis* l'Autorità aveva già di recente "aperto le porte" delle gare d'appalto agli "altri" operatori economici, quali le università, le fondazioni e, comunque, gli istituti di formazione e ricerca. In tale occasione si era ricordato che per il diritto comunitario la nozione di impresa comprende qualsiasi ente che eserciti un'attività economica consistente nell'offerta di beni e servizi su un determinato mercato, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento e dalla particolare formula organizzativa e dalla necessità di perseguire finalità di lucro.

Ed infatti, i princìpi sopra enunciati sono frutto della sentenza della Corte di Giustizia Europea (causa C-305/08), pronunciata a seguito di due rinvii pregiudiziali sollevati da giudici italiani, con i quali si chiedeva ai giudici comunitari di chiarire se le disposizioni di cui all'art. 3, commi 19 e 22 e all'art. 34 del D. Lgs. 163/2006 si pongano in contrasto con le disposizioni derivanti dalla direttiva della Comunità Europea 2004/18/CE, ovvero se interpretati nel senso di precludere la partecipazione ad una gara d'appalto di servizi ad un raggruppamento temporaneo di imprese fra i cui componenti figuri anche un'amministrazione statale.

La richiamata sentenza, nel consentire la partecipazione alle gare pubbliche d'appalto anche a quei soggetti economici che non perseguono un preminente scopo di lucro, che non dispongono di una struttura organizzativa di imprese e che non assicurano una presenza regolare sul mercato, ha di fatto fornito un'interpretazione molto ampia della nozione di "operatore economico", in linea con la precedente consolidata giurisprudenza comunitaria secondo la quale è nell'interesse del diritto comunitario che venga garantita la più ampia partecipazione possibile di offerenti ad una gara d'appalto.

Pertanto, alla stregua di quanto sopra, l'Autorità di Vigilanza ha inteso interpretare l'art. 34 del Codice dei Contratti nel senso che l'elenco ivi contenuto non abbia carattere tassativo e che pertanto non sia preclusa la partecipazione ad una gara di un R.T.I. composto da un consorzio ordinario e da una società, precisando che non sia stato in alcun modo violato il divieto previsto dal successivo art. 37, comma 7 del D. Lgs 163/2006, posto che esso si riferisce senz'altro ad evitare una duplice partecipazione alla gara in due diverse vesti.

Ufficio Consulenza