Repubblica Italiana

REGIONE SICILIANA

Ufficio Legislativo e Legale
della Presidenza della Regione Siciliana

Prot. n. 5882 172/11/2017 del 19 MARZO 2018 / Pos. Coll. n. 3

Assessorato della Famiglia, delle Politiche sociali e del Lavoro

Dipartimento della Famiglia e delle Politiche sociali

(rif. nota 19 dicembre 2017, n. 41751)

OGGETTO: Albo regionale delle istituzioni assistenziali - Art. 26 della l.r. n. 22/1986 - Iscrizione di associazione temporanea d'impresa (ATI) – Quesito.

1. Con la nota in riferimento codesto Dipartimento chiede il parere dello scrivente ufficio circa la *"legittimità dell'iscrizione all'albo regionale previsto dall'art. 26 della l.r. 22/86"* di una *"Associazione temporanea di imprese"*.

Al riguardo il Dipartimento in indirizzo evidenzia che, per costante giurisprudenza, l'associazione temporanea d'impresa non si configura quale nuovo soggetto giuridico autonomo trattandosi, invero, di accordo temporaneo e occasionale di imprese finalizzato esclusivamente al raggiungimento di un determinato obiettivo.

Rileva, altresì, il medesimo Dipartimento che l'associazione temporanea d'impresa rientra nel vasto *genus* dei contratti e specificamente richiama l'art. 1703 c.c. *"laddove si definisce il contratto di mandato, per effetto del quale un soggetto (mandatario capogruppo) si obbliga a compiere determinati atti per conto di altro soggetto (mandante associato)"*.

Pertanto, tenuto conto di quanto sopra, codesta Amministrazione esprime sulla questione avviso negativo *"essendo l'iscrizione all'albo regionale riservata agli enti pubblici e privati, giusto art. 23 della l.r. 22/86"* (n.d.r.: *giusta* art. 20 della l.r. n. 22/1986), mentre le associazioni temporanee d'impresa *"non rientrano nella definizione di enti in quanto non dotati di personalità giuridica autonoma"*.

2. Ai fini dell'esame della questione prospettata giova anzitutto premettere le seguenti considerazioni sulla natura dell'associazione temporanea di impresa.

La normativa vigente non contiene una disciplina unitaria né individua una qualificazione giuridica precisa ed univoca dell'associazione temporanea d'impresa; le disposizioni normative in materia risultano, invero, frammentate, poiché dirette soprattutto a delineare questa fattispecie con riferimento a particolari settori, quali, ad esempio, quello degli appalti pubblici.

Come osservato dalla dottrina, l'analisi della legislazione di settore evidenzia che la disciplina sulle associazioni temporanee d'impresa è di volta in volta finalizzata a regolare le modalità di coordinamento tra le imprese per l'esecuzione dei lavori e i loro rapporti con l'esterno e non a definirne la natura giuridica.

In giurisprudenza la questione della natura giuridica del raggruppamento temporaneo di imprese (r.t.i.) è stata affrontata dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 05514/2011 laddove è affermato: *"Il r.t.i. non costituisce un autonomo centro di imputazione giuridica, ma temporanea aggregazione di imprese finalizzata ad agevolare – grazie alla sommatoria dei requisiti degli aderenti – la partecipazione delle imprese alle gare di appalto, in ossequio al principio della massima concorrenza. Il raggruppamento temporaneo è, dunque, uno strumento temporaneo, occasionale e limitato di cooperazione o di integrazione messo in opera, di volta in volta, per consentire a più imprese, tra cui una capogruppo, di presentare un'offerta unitaria in gare d'appalto, alle quali non avrebbero potuto altrimenti partecipare per mancanza dei requisiti tecnici o finanziari o per eccessivo rischio (cfr. per tutte, Cons. Stato, IV, 30 luglio 1996, n. 918; Cons. Stato, V, 21 novembre 2007, n. 5906)"*.

Il medesimo Consiglio di Stato ha altresì precisato che *"il raggruppamento temporaneo di imprese non dà luogo ad un soggetto giuridico autonomo e nemmeno ad un rigido collegamento strutturale"* e, pertanto, *"non può parlarsi di requisiti soggettivi del raggruppamento, bensì delle singole imprese associate"*.

Tali conclusioni, oltre che della giurisprudenza amministrativa, sono proprie anche della giurisprudenza di legittimità della Corte di Cassazione secondo cui *"l'ATI è caratterizzata dall'occasionalità, temporaneità e limitatezza del raggruppamento che non consentono alla stessa, ... , di creare un nuovo soggetto giuridico, né una nuova associazione. Così configurato, il raggruppamento di imprese previsto in materia di appalti pubblici, si sostanzierebbe quindi in un rapporto contrattuale basato su un mandato con rappresentanza gratuito ed irrevocabile, conferito da una o più imprese, collettivamente, ad altra impresa "capogruppo" legittimata a compiere, nei rapporti con l'amministrazione, ogni attività giuridica connessa o dipendente dall'appalto e produttiva di effetti giuridici direttamente nei confronti delle imprese mandanti sino all'estinzione del rapporto, salva restando l'autonomia negoziale delle imprese riunite per quanto riguarda la gestione dei lavori ad esse affidati"* (cfr. Cass. sent. 25 novembre 2015, n. 24063).

Più in generale l'associazione temporanea di impresa costituisce in alcuni settori - quale a titolo esemplificativo quello degli appalti pubblici - uno strumento giuridico fondamentale per ampliare la platea dei possibili operatori e assicurare il principio di libera concorrenza, garantito sia a livello comunitario che nell'ambito costituzionale, nonché per offrire, nel contempo, alla stazione appaltante una più ampia possibilità di scelta con conseguente migliore definizione dell'offerta.

3. Quanto sopra premesso, si procede adesso con la disamina delle disposizioni in riferimento nel caso in esame.

L'art. 20 della l.r. 9 maggio 1986, n. 22, recante *"Riordino dei servizi e delle attività socio-assistenziali in Sicilia"*, così dispone: *"I comuni singoli od associati, per la realizzazione dei servizi socio-assistenziali, possono stipulare convenzioni con enti iscritti nell'albo regionale previsto dall'art. 26"*. Tali enti sono

considerati anche dal successivo art. 23 come "*istituzioni pubbliche e private di assistenza e beneficenza ed associazioni non aventi scopo di lucro*".

Ed ancora l'art. 26 della medesima l.r. n. 22/1986, dopo aver istituito al comma 1, l'albo regionale delle istituzioni assistenziali presso l'Assessorato regionale della famiglia, delle politiche sociali e del lavoro, al comma 2 prevede che *"Possono essere iscritte all'albo le istituzioni che svolgono attività socio-assistenziali che dispongono di strutture, di attrezzature e di personale idonei al tipo di attività svolta, in conformità agli standards determinati con le modalità di cui all'art. 19"*.

I termini *"enti"* e *"istituzioni"* utilizzati dal legislatore regionale nelle disposizioni sopra riportate, seppur privi di specifici limiti applicativi, sembrano rinviare alla nozione di ente inteso quale soggetto giuridico autonomo e stabile ovvero quale unico centro di imputazione e di riferimento di interessi.

Pur ravvisandosi nella formulazione nelle norme in riferimento l'intenzione del legislatore regionale di non limitare *ex ante* la platea dei soggetti potenzialmente iscrivibili nell'albo di che trattasi (attraverso l'espresso richiamo a singole categorie di enti, quali, ad esempio, associazioni, fondazioni, cooperative o consorzi), tuttavia l'interpretazione letterale induce a ritenere necessaria la qualificazione dell'ente o istituzione quale autonomo soggetto giuridico dotato di propria individualità.

Tale interpretazione sembra trovare conferma anche alla luce delle norme statali vigenti in materia e, segnatamente, della legge 8 novembre 2000, n. 328, recante *"Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali"*.

Vengono in rilievo, tra le disposizioni contenute nella citata legge n. 328/2000, in particolare, quelle di cui all'art. 5, comma 2, (*"Ai fini dell'affidamento dei servizi previsti dalla presente legge, gli enti pubblici, fermo restando quanto stabilito dall'articolo 11, promuovono azioni per favorire la trasparenza e la semplificazione amministrativa nonché il ricorso a forme di aggiudicazione o negoziali che consentano ai soggetti operanti nel terzo settore la piena espressione della propria progettualità, avvalendosi di analisi e di verifiche che tengano conto della qualità e delle caratteristiche delle prestazioni offerte e della qualificazione del personale"*) e all'art. 1, comma 5 (*"Alla gestione ed all'offerta dei servizi provvedono soggetti pubblici nonché, in qualità di soggetti attivi nella progettazione e nella realizzazione concertata degli interventi, organismi non lucrativi di utilità sociale, organismi della cooperazione, organizzazioni di volontariato, associazioni ed enti di promozione sociale, fondazioni, enti di patronato e altri soggetti privati. ..."*).

Ed invero, al fine di garantire la migliore realizzazione del sistema dei servizi socio-assistenziali, anche il legislatore statale ha previsto la possibilità di intervento di una pluralità di attori del settore: l'elencazione di tali organismi - avente carattere non esaustivo né tassativo – si chiude con il rimando ad "*altri soggetti privati*".

La locuzione utilizzata per caratterizzare tale residuale categoria sembra, anche in questo caso, limitare l'ambito della sua applicazione ad altri autonomi soggetti giuridici o organizzazioni stabili.

Analoghe considerazioni valgono per la definizione degli enti del Terzo settore contenuta all'art. 4 del D.Lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (c.d. Codice del Terzo settore) che, anche in questo caso, contiene una

elencazione ("*le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso*") e una categoria residuale ("*...ogni altro ente costituito in forma di associazione, riconosciuta o non riconosciuta, o di fondazione...*").

Altro riferimento, in questa direzione, sono pure le disposizioni del Codice Civile ed in particolare il Titolo II, del Libro primo c.c., denominato "*Delle persone giuridiche*", in cui tradizionalmente si inquadrano gli enti senza scopo di lucro.

4. Occorre, in questa analisi, altresì, considerare la funzione assegnata all'istituzione dell' "*albo regionale*" dal richiamato art. 26 della l.r. 22/1986 e desumibile dal comma 5 che così recita: "*L'iscrizione all'albo è preordinata alla stipula, da parte delle istituzioni iscritte, delle convenzioni con i comuni singoli od associati previste dall'art. 20*".

Nel sistema delineato dalla l.r. 22/1986 la prestazione dei servizi socio assistenziali è affidata all'azione coordinata di diversi soggetti pubblici e privati, quali gli enti locali e gli organismi del terzo settore.

Tra le modalità previste per l'affidamento dei servizi socio assistenziali, il ricorso all'istituto della "convenzione" è sottoposto all'iscrizione all'albo regione *de quo* degli organismi interessati in possesso dei requisiti prescritti.

La previsione di un "albo" ha la funzione di preventivo accertamento della sussistenza, in capo agli enti ed istituzioni iscritti, dei predetti requisiti (cfr. artt. 19 e 26, lr. 22/1986).

Nella legislazione nazionale (come in quella regionale) la "convenzione" rappresenta lo strumento giuridico mediante il quale "*mediante il quale il soggetto pubblico riconosce in capo all'organizzazione i requisiti necessari per il perseguimento di obiettivi di interesse pubblico, mette a disposizione di tale soggetto le risorse necessarie per il perseguimento degli obiettivi predefiniti, controlla, verifica e valuta l'operato dell'organizzazione con riferimento all'attività*" (cfr. delibera ANAC 20 gennaio 2016).

In considerazione della particolare natura delle prestazioni e delle finalità sociali perseguite con l'affidamento del servizio, nonché della peculiarità dello strumento della "convenzione" nel quadro delle regole stabilite dal Codice degli appalti, l'uso della "convenzione" è limitato al ricorrere dei presupposti soggettivi ed attitudine e capacità tecnica e professionale oggettivi previsti per legge, con esclusione di applicazioni analogiche o estensive (cfr. ANAC delibera n. 833 del 1 agosto 2017).

Il ricorso allo strumento della convenzione è, pertanto, ristretto a specifiche ipotesi, quali quelle disciplinate – tra le altre – dalla legge n.381/91 (Disciplina delle cooperative sociali) e da ultimo l'art. 56 del citato D.Lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (Codice del terzo settore). In ogni caso, pur nella diversità di forme giuridiche, si tratta di organismi, riconosciuti o no, puntualmente individuati, caratterizzati dalla natura e dallo scopo dell'attività svolta.

Pur nella diversa disciplina regionale, che definisce l'iscrizione all'albo "preordinata alla stipula delle convenzioni" con le istituzioni che svolgono attività socioassistenziali - ma anche all'aggiudicazione a trattativa privata di cui all'art. 15 della l.r n. 4/1996 - sembra preferibile una interpretazione restrittiva in

coerenza con il suddetto quadro normativo nazionale, che escluda dal novero dei soggetti titolati all'iscrizione forme associative occasionate dalla partecipazione ad una gara pubblica.

5. Una annotazione finale va fatta con riguardo all'apprezzamento che l'ordinamento comunitario e il diritto nazionale di settore manifestano per i raggruppamenti temporanei di imprese costituiti al fine di ottenere l'affidamento di appalti pubblici, giacché tali aggregazioni svolgono una obiettiva funzione antimonopolistica, consentendo una dinamica effettivamente concorrenziale attraverso l'ingresso di nuove imprese sul mercato, specialmente di piccole dimensioni. Quanto sopra tenuto conto della peculiarità del settore che qui interessa, del difficile contemperamento tra i principi della concorrenza e principi di solidarietà e sussidiarietà e di una legislazione (quella regionale) datata e meritevole di essere adeguata.

In tema di affidamento di servizi sociali l'ANAC (cfr. comunicato del 14 settembre 2016) ha puntualizzato che "*il rispetto dei principi di concorrenza e non discriminazione impone ... l'adozione di accorgimenti che consentano, in ogni caso, la massima partecipazione degli operatori economici alle procedure di affidamento*" ed ha richiamato "*l'attenzione sull'efficacia, ai fini dell'apertura alla concorrenza, di ulteriori strumenti, utili ad agevolare la partecipazione degli operatori alle procedure di affidamento, quali l'avvalimento dei requisiti di partecipazione, il ricorso al subappalto e la partecipazione in forma raggruppata*".

Tali indicazioni dovranno, pertanto, essere osservate nelle procedure di affidamento ad evidenza pubblica e, in generale, se ne suggerisce l'applicazione comunque a prescindere dalle modalità - anche "alleggerite" - di affidamento dei servizi socio assistenziali.

In tal senso si rimanda all'orientamento giurisprudenziale formatosi proprio con riguardo all'art. 26 della l.r. n. 22/86, per il quale il requisito dell'iscrizione all'albo regionale è in concreto caratterizzato dalla prevalenza di profili di carattere oggettivo ed è sufficiente che sia posseduto anche solo da una delle imprese associate (pure se qualificata dall'iscrizione all'albo di altra regione - cfr. Tar Catania, sez. II, sent. n. 3617/04 e n. 1786/2004 e giurisprudenza ivi richiamata; C.G.A. 26 gennaio 2006).

Nelle suesposte considerazioni è il parere dello Scrivente.

******

Si ricorda che in conformità alla Circolare presidenziale 8 settembre 1998, n.16586/66.98.12, trascorsi 90 giorni dalla data di ricevimento del presente parere senza che codesta Amministrazione ne comunichi la riservatezza, lo stesso potrà essere inserito nella banca dati "FONS".

IL FUNZIONARIO AVVOCATO
Maddalena Barreca

IL DIRIGENTE AVVOCATO
Vitalba Vaccaro

REGIONE SICILIANA ★ PRESIDENZA ★ UFFICIO LEGISLATIVO E LEGALE

L'AVVOCATO GENERALE
Avv. Gianluigi M. Amico