

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Ammessa la modifica soggettiva del RTI se il mandatario o una delle mandanti anche in fase di gara perde i requisiti di partecipazione previsti dall'art.80 D.Lgs. n. 50/2016

di Chiara Zamboni, Assegnista di ricerca presso l'Università degli Studi di Verona



Cons. St., A.P., 25 gennaio 2022, n. 2 - Pres. Patroni Griffi, Est. Forlenza

Parole chiave

Contratti pubblici – raggruppamenti temporanei – perdita requisiti partecipazione – procedure concorsuali.

Massima: "*La modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 D. Lgs. 18 aprile 2016 n. 50 da parte del mandatario o di una delle mandanti, è ammessa non solo in sede di esecuzione ma anche nella fase di gara*".

Riferimenti normativi

Art. 48, co. 17 Codice contratti pubblici (d.lgs. 50/2016) – Art. 48, co. 18 Codice contratti pubblici (d.lgs. 50/2016) – Art. 48, co. 19ter Codice contratti pubblici (d.lgs. 50/2016) – art. 80 Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 50/2016)

CASO

La questione sottoposta all'esame dell'Adunanza Plenaria riguarda l'interpretazione dell'art. 48 del Codice dei Contratti Pubblici che disciplina i raggruppamenti temporanei ed i consorzi ordinari di operatori economici. I commi dal 17 al 19-ter della norma in esame, regolano le vicende modificative soggettive circa le quali, l'ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato n. 6959/2021, ha evidenziato un contrasto esegetico.

SOLUZIONE

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, riconoscendo l'esistenza di un'antinomia normativa assoluta, ha risolto un dubbio interpretativo chiarendo che la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese in caso di perdita dei requisiti ex art. 80 Codice dei Contratti Pubblici da parte del mandatario o di una delle mandanti è sempre consentita, sia in fase di gara che in fase di esecuzione. Inoltre, in ordine alle modalità procedurali della modifica del raggruppamento temporaneo di imprese, ha stabilito che, se vengono meno i requisiti, l'esame della volontà dell'operatore economico di modificare il raggruppamento è un obbligo a carico della stazione appaltante.

QUESTIONI

Due sono le questioni rimesse dal Consiglio di Stato all'Adunanza Plenaria con ordinanza n. 6959/2021. La prima riguarda la possibilità di interpretare l'art. 48, commi 17, 18, 19-ter del Codice dei Contratti Pubblici nel senso che la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese in caso di perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 Codice dei Contratti Pubblici da parte del mandatario o di una delle mandanti, è consentita non solo in fase di esecuzione ma anche in fase di gara.

La seconda questione, da affrontarsi in caso di risposta positiva alla prima, riguarda le modalità di procedurali per attuare la modifica, ed in particolare se sussista un obbligo per la stazione appaltante di interpellare il raggruppamento ed assegnargli congruo termine per riorganizzare il proprio assetto interno per riprendere la propria partecipazione alla gara.

Per comprendere le questioni, è opportuno ricostruire il quadro normativo applicabile alla fattispecie in esame, interessato da una importante modifica legislativa nel 2017. Nello specifico, il legislatore con il D.Lgs. n. 56/2017 ha ampliato le sopravvenienze in grado di determinare la modifica soggettiva del raggruppamento anche ai casi di perdita dei requisiti di cui all'art. 80 Codice dei Contratti Pubblici, chiarendo, tuttavia, che l'ambito rilevante era quello dell'esecuzione del contratto di appalto^[1].

Con lo stesso intervento, è stato introdotto il comma 19-ter all'art. 48 Codice dei Contratti Pubblici che prevede che le disposizioni dei commi 17, 18 e 19 che lo precedono trovano applicazione anche nel caso in cui le modifiche soggettive si verifichino in fase di gara, estendendo, pertanto, la rilevanza delle modifiche soggettive anche alla fase di gara.

Come ben evidenziato nell'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria,^[2] queste modifiche hanno immediatamente determinato il sorgere di un contrasto giurisprudenziale. Alcune Sezioni hanno affermato che a seguito dell'introduzione del comma 19-ter nell'art. 48 Codice dei Contratti Pubblici è possibile la sostituzione del mandante in fase di gara nel caso in cui si verifichi una delle sopravvenienze previste dal comma 18, con esclusione dell'ipotesi di perdita dei requisiti ex art. 80 Codice dei Contratti Pubblici che consente la sostituzione della mandante nella sola fase di esecuzione.^[3] Secondo altre Sezioni, invece, il comma 19-ter

estenderebbe espressamente la modifica soggettiva a tutte le vicende richiamate dai commi 17, 18 e 19, inclusa la perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 Codice dei Contratti Pubblici anche alla fase di gara.^[4] Secondo questo orientamento, una lettura restrittiva della norma sarebbe in contrasto con il contenuto innovativo del nuovo comma e lo priverebbe di significato.

A questi orientamenti si aggiunge la lettura recentemente offerta dall'Adunanza Plenaria cui è stata sottoposta la questione della sostituibilità c.d. per addizione in corso di gara dell'impresa mandataria, fallita o assoggettata ad altra procedura concorsuale, con altra impresa, esterna all'originario raggruppamento di imprese.^[5] L'Adunanza Plenaria n. 10/2021 ha affermato che il legislatore, con il c.d. correttivo al Codice dei Contratti Pubblici D.lgs. n. 56/2017, ha previsto che il venir meno di uno dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 Codice dei Contratti Pubblici in capo ad uno dei componenti possa giustificare la modifica soggettiva solo nella fase di esecuzione. Inoltre, l'Adunanza Plenaria ha precisato che la modifica soggettiva può essere solo interna al raggruppamento perché, in caso contrario, una modifica c.d. per addizione di soggetti esterni che non hanno partecipato alla gara determinerebbe un aggiramento delle regole di trasparenza e concorrenza che governano la scelta del contraente in violazione di quanto previsto dall'art. 106, co. 1 lett. d) n. 2 Codice dei Contratti Pubblici.

Successivamente, il Consiglio di Stato si è nuovamente pronunciato tenendo in considerazione le indicazioni fornite dall'Adunanza Plenaria, escludendo in corso di gara la possibilità di modifica soggettiva in senso riduttivo (oltre che per addizione) in caso di perdita dei requisiti ex art. 80 Codice dei Contratti Pubblici.

Così chiarito il quadro normativo ed interpretativo che ha indotto il Consiglio di Stato alla rimessione all'Adunanza Plenaria, è possibile ora esaminare la pronuncia.

L'Adunanza Plenaria ha colto, innanzitutto, l'occasione di fornire un'interpretazione dei commi 17, 18 e 19 ter dell'art. 48 Codice dei Contratti Pubblici, in funzione nomofilattica.

Nello specifico, ha affermato che i commi 17, 18 e 19-ter dell'art. 48 devono essere interpretati nel senso che la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 Codice dei Contratti Pubblici da parte del mandatario o di una delle mandanti, è consentita non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara.

In caso di perdita dei requisiti, secondo l'Adunanza Plenaria, la stazione appaltante, in ossequio al **principio di partecipazione procedimentale**, è tenuta ad interpellare il raggruppamento e, laddove questo intenda effettuare una riorganizzazione del proprio assetto per poter riprendere la partecipazione alla gara, è tenuta ad assegnare un congruo termine per la predetta riorganizzazione.

Ciò si spiega, secondo la Corte, in ragione del fatto che l'art. 48, co. 9, Codice dei Contratti Pubblici, prevede il divieto di modificare la compagine dei raggruppamenti temporanei

rispetto a quella risultante dall'impegno in sede di offerta, fatto salvo quanto disposto ai successivi commi 17 e 18. Questo rapporto **regola-eccezione** è stato evidenziato anche dall'Adunanza Plenaria n. 10/2021 che ha affermato che l'art. 48, co. 17, 18 e 19-ter, Codice dei Contratti Pubblici, nella formulazione attuale, consente la **sostituzione meramente interna** del mandatario o del mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese, con un altro soggetto del raggruppamento stesso in possesso dei requisiti, nella **fase di gara** solo nelle ipotesi di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, concordato preventivo o di liquidazione o, qualora si tratti di imprenditore individuale, di morte, interdizione, inabilitazione o anche liquidazione giudiziale o, più in generale, per esigenze riorganizzative dello stesso raggruppamento temporaneo di imprese, a meno che – per questa ultima ipotesi e in coerenza con quanto prevede, parallelamente, il comma 19 per il recesso di una o più imprese raggruppate – queste esigenze non siano finalizzate ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara.

Secondo la Corte, la corretta interpretazione dei commi 17, 18 e 19 dell'art. 48 è quella secondo la quale, al ricorrere dei presupposti, e quindi al verificarsi di una delle sopravvenienze previste, è consentita solo la **modifica c.d. in diminuzione** del raggruppamento temporaneo di imprese ed è da intendersi esclusa la modifica c.d. per addizione, che prevede, invece, l'introduzione di un soggetto esterno alla compagine.

L'Adunanza Plenaria n. 10/2021 ha affermato ulteriormente che la deroga all'immodificabilità soggettiva dell'appaltatore costituito in raggruppamento, tale da evitare in fase esecutiva la riapertura dell'appalto alla concorrenza e l'indizione di una nuova gara, è solo quella dovuta a modifiche strutturali interne allo stesso raggruppamento, senza l'addizione di nuovi soggetti che non abbiano partecipato alla gara (o soggetti che vi abbiano partecipato e ne siano stati esclusi).^[6] Alla luce di questa ricostruzione, la modifica sostitutiva c.d. per addizione costituisce *ex se* una deroga non consentita al principio della concorrenza, perché immette nella fase esecutiva un soggetto che non ha preso parte alla gara secondo regole di correttezza e trasparenza, in violazione di quanto prevede, in generale per la sostituzione dell'iniziale aggiudicatario, l'attuale art. 106, co. 1, lett. d), n. 2, del D. Lgs. n. 50/2016.

L'Alto Consesso ha evidenziato, inoltre, che il comma 19-ter ha introdotto un'ulteriore eccezione al principio generale di immodificabilità della composizione del raggruppamento temporaneo di imprese, nella parte in cui prevede che l'ipotesi di recesso di una o più imprese raggruppate sia possibile nel solo caso di esigenze organizzative del raggruppamento e a condizione che le imprese che restano abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori, ai servizi o alle forniture che devono ancora essere eseguite.

In ogni caso, la modifica soggettiva non può mai essere ammessa se finalizzata ad elidere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara.

Agli occhi dell'Adunanza Plenaria, è necessario operare un distinguo tra le eccezioni previste dai commi 17 e 18, e quella prevista dal comma 19-ter. Le prime, puntualmente elencate, riguardano vicende soggettive del mandatario o del mandante che siano conseguenti ad

eventi sopravvenuti rispetto al momento in cui è stata presentata l'offerta.

L'eccezione prevista dal comma 19-ter, invece, concerne una modifica della composizione del raggruppamento temporaneo di imprese che deriva da una autonoma manifestazione di volontà di recedere.[\[7\]](#) In questo caso, inoltre, il recesso è consentito solo se le imprese che rimangono nel raggruppamento possiedono i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o ai servizi o alle forniture ancora da eseguire e se la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara.

È evidente, pertanto, che il principio di immodificabilità soggettiva del raggruppamento previsto al comma 9 dell'art. 48 Codice dei Contratti Pubblici è stato eroso dalle eccezioni introdotte ai commi 17, 18 e 19-ter al punto tale da divenirne estremamente rara la possibilità di concreta applicazione.

Ripercorse le posizioni assunte dall'Adunanza Plenaria n.10/2021, l'Alto Consesso ha ribadito la necessità di superare in sede interpretativa una distonia e contraddizione tra le norme.

A tal fine, è bene ricordare che la formulazione originaria dei commi 17 e 18 dell'art. 48 Codice dei Contratti Pubblici, prendeva in considerazione sopravvenienze specifiche, tra cui la sottoposizione a **procedura concorsuale** (nello specifico, fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione) e, nel caso di imprenditore individuale, le ipotesi di morte, interdizione, inabilitazione o i casi previsti dalla normativa antimafia.

Entrambi i commi, poi, erano espressamente rivolti a disciplinare la fase di esecuzione del contratto.[\[8\]](#)

Le modifiche introdotte dal D.Lgs. n. 56/2017[\[9\]](#) hanno indotto a ritenere che la sopravvenuta perdita dei requisiti ex art. 80 fosse rilevante nel solo caso in cui si verificasse in corso di esecuzione; e che si fosse verificata un'estensione dell'applicabilità di tutte le modifiche soggettive previste dai commi 17 e 18 anche alla fase di gara.

Questa antinomia assoluta (c.d. totale),[\[10\]](#) secondo l'Adunanza Plenaria, è risolvibile solo ricorrendo ad un'**interpretazione secondo ragionevolezza**, ovvero costituzionalmente orientata in ossequio al principio di ragionevolezza sancito dall'art. 3 Cost., e nel rispetto dei principi euro unitari. A questa conclusione giunge dopo aver scartato la possibilità di applicare i normali criteri interpretativi.[\[11\]](#)

A sostegno della tesi offerta, l'Adunanza Plenaria evidenzia che un'interpretazione che escluda la sopravvenienza della perdita dei requisiti ex art. 80 in fase di gara, comporterebbe una disparità di trattamento tra le diverse sopravvenienze.[\[12\]](#) Inoltre, si porrebbe in contrasto con il principio di egualianza e di *par condicio* tra imprese e pubbliche amministrazioni, nonché con il principio di libertà economica.[\[13\]](#)

Questa ricostruzione consente di riconoscere la possibilità di modificare in riduzione il raggruppamento temporaneo di imprese, anche nel caso di sopravvenuta perdita dei requisiti ex art. 80 Codice dei Contratti Pubblici, e, in tale ipotesi, la **stazione appaltante** ha l'**obbligo di interpellare il raggruppamento** per sondare la volontà di procedere alla riorganizzazione del proprio assetto per partecipare alla gara ed eventualmente a concedere un termine ragionevolmente congruo e proporzionale.[\[14\]](#)

Sembra qui potersi desumere che la mancata richiesta da parte della stazione appaltante comporti una irregolarità procedimentale della gara.[\[15\]](#)

Così ricostruito il percorso argomentativo, l'Adunanza Plenaria ha enunciato il principio di diritto secondo il quale: “*la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 Codice dei contratti pubblici da parte del mandatario o di una delle mandanti, è consentita non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara, in tal senso interpretando l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter del medesimo Codice.*

[\[1\]](#) Ad opera dell'art. 32, co. 1, lett. h del D.Lgs. n. 56/2017 è stato introdotto ai commi 17 e 18 dell'art. 48 Codice dei Contratti Pubblici l'inciso “ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80”.

[\[2\]](#) Ordinanza del Consiglio di Stato n. 6959/2021.

[\[3\]](#) Tra cui si veda, Consiglio di Stato, sez. V, sent. 28 gennaio 2021, n. 833.

[\[4\]](#) Tra cui si veda, Consiglio di Stato, sez. III, sent. 2 aprile 2020, n. 2245.

[\[5\]](#) Cons. Stato, Ad. Pl., 27 maggio 2021, n. 10.

[\[6\]](#) Secondo l'Adunanza Plenaria n. 10/2021, in caso contrario sarebbe contraddetta la stessa *ratio* della deroga, dovuta a vicende imprevedibili che si manifestino in sede esecutiva e colpiscono i componenti del raggruppamento, senza incidere sulla capacità complessiva dello stesso raggruppamento di riorganizzarsi internamente.

[\[7\]](#) In questo caso, si tratta dell'esternazione della volontà di recedere, senza che si sia verificata una delle sopravvenienze elencate ai commi 17 e 18 dell'art. 48 Codice dei Contratti Pubblici.

[\[8\]](#) In entrambi i commi il riferimento espresso era ai “lavori ancora da eseguire”.

[\[9\]](#) Si tratta, nello specifico, dell'inserimento ai commi 17 e 18 dell'ulteriore sopravvenienza consistente nella perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'art. 80; e dell'introduzione del comma 19-ter.

[\[10\]](#) Si ricorda che l'antinomia assoluta, o c.d. totale, si verifica quando nessuna delle norme in

conflitto può essere applicata senza entrare in conflitto con l'altra norma.

[11] L'Adunanza Plenaria ha espressamente scartato la possibilità di risolvere l'antinomia applicando il criterio gerarchico, il criterio della competenza della fonte, il criterio cronologico e temporale, il criterio di specialità, il criterio letterale (desumibile ex art. 12 disp. Prel. Cod. civ.).

[12] Con il rischio concreto di consentire la modifica della composizione del raggruppamento in ipotesi più gravi rispetto a quella della perdita dei requisiti ex art. 80 Codice dei Contratti Pubblici.

[13] Già l'ordinanza di rimessione evidenziava che “*nessuna delle ragioni che sorreggono il principio di immodificabilità della composizione del raggruppamento varrebbero a spiegare in maniera convincente il divieto di modifica per la perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 in sede di gara: non la necessità che la stazione appaltante si trovi ad aggiudicare la gara e a stipulare il contratto con un soggetto del quale non abbia potuto verificare i requisiti, in quanto, una volta esclusa dall'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 10 del 2021 la c.d. sostituzione per addizione, tale evenienza non potrà giammai verificarsi quale che sia la vicenda sopravvenuta per la quale sia venuto meno uno dei componenti del raggruppamento; né la tutela della par condicio dei partecipanti alla procedura di gara, che è violata solo se all'uno è consentito quel che all'altro è negato*”.

[14] Si vedano, l'art. 1 L. n. 241/1990 e l'art. 4 Codice dei Contratti Pubblici.

[15] L'irregolarità procedimentale della gara è assimilabile all'ipotesi che si verifica in tema di soccorso istruttorio.

The graphic features a green and yellow abstract background pattern. At the top, the text "Master di specializzazione" is written in green. In the center, the words "RIFORMA DEL DIRITTO FALLIMENTARE" are displayed in large, bold, green capital letters. Below this, the text "Scopri di più >" is shown in yellow. The overall design is clean and professional, using a sans-serif font.