



Vincenzo Giangreco - Simone Chiarelli

Diretta

LA MODIFICA SOGGETTIVA DEL RTI PER PERDITA REQUISITI

CONSIGLIO DI STATO, ADUNANZA PLENARIA, 25/01/2022, N. 2



<https://www.facebook.com/simonechiarelli.pagina/>

<https://www.youtube.com/user/simonechiarelli>

CONCETTI GENERALI - art.48 D.lgs 50/16

R.T.I. Il raggruppamento temporaneo di imprese (RTI), anche noto con l'acronimo ATI (associazione temporanea di imprese), è l'istituto mediante il quale un'impresa, che non dispone in misura sufficiente dei requisiti tecnici e/o economici necessari per partecipare ad una determinata gara d'appalto, si associa ad altre imprese per incrementare i propri requisiti di qualificazione, in vista della partecipazione alla specifica gara.

Come partecipare alla gara in RTI: Il RTI, cumulando i requisiti delle singole imprese riunite, partecipa alla gara presentando **un'unica offerta congiunta**, con il conseguente obbligo, in caso di aggiudicazione, di eseguire congiuntamente le prestazioni oggetto dell'appalto.

Costituzione: Il RTI si costituisce mediante il conferimento, da parte delle imprese c.d. mandanti, di un mandato collettivo speciale con rappresentanza in capo all'impresa c.d. mandataria (o capogruppo), in virtù del quale quest'ultima diviene l'interlocutrice principale nei confronti della stazione appaltante. Il mandato di rappresentanza è gratuito ed irrevocabile e non dà luogo ad una organizzazione comune tra le imprese associate, in quanto ciascuna mantiene la propria autonomia gestionale e fiscale. **Il mandato viene conferito mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata.**

CONCETTI GENERALI - art.48 D.lgs 50/16

Modalità di partecipazione alla gara: Il RTI può essere **costituito**, se il mandato è già stato conferito alla mandataria prima di partecipare alla gara ; in tal caso l'offerta di gara deve essere sottoscritta dall'impresa mandataria "in nome e per conto proprio e delle mandanti" oppure **costituendo**, se il mandato non è ancora stato conferito alla mandataria ma le singole imprese riunite dichiarano di impegnarsi a costituire il RTI in caso di aggiudicazione ; in tal caso, poiché il mandato non risulta ancora conferito, l'offerta di gara deve essere sottoscritta da tutte le imprese riunite.

Tipologia di RTI: **orizzontale**(servizi e le forniture, tutte le imprese riunite eseguono la medesima prestazione mentre per i lavori, le imprese riunite realizzano i lavori della stessa categoria di qualificazione), **verticale**(servizi e le forniture, la mandataria esegue la prestazione principale e le mandanti eseguono le prestazioni secondarie mentre per i lavori, la mandataria realizza i lavori della categoria prevalente, mentre le mandanti realizzano i lavori delle categorie scorporabili) **misto**.

Responsabilità: RTI orizzontale assumono una **responsabilità solidale** nei confronti della stazione appaltante, dei subappaltatori e dei fornitori; RTI verticale la responsabilità è invece **limitata all'esecuzione delle prestazioni di rispettiva competenza** (lavori scorporabili o, nel caso di servizi e forniture, prestazioni secondarie), ferma restando la responsabilità della mandataria per l'intero appalto.

CONCETTI GENERALI - art.48 D.lgs 50/16

17. Salvo quanto previsto dall'articolo 110, comma 6, in caso di liquidazione giudiziale, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, concordato preventivo o di liquidazione del **mandatario** ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o liquidazione giudiziale del medesimo ovvero in caso di perdita, **in corso di esecuzione**, dei requisiti di cui all'articolo 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante deve recedere dal contratto.

18. Salvo quanto previsto dall'articolo 110, comma 6, in caso di liquidazione giudiziale, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, concordato preventivo o di liquidazione di uno dei **mandanti** ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o liquidazione giudiziale del medesimo ovvero in caso di perdita, **in corso di esecuzione**, dei requisiti di cui all'articolo 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire.

CONCETTI GENERALI - art.48 D.lgs 50/16

19. E' ammesso il recesso di una o più imprese raggruppate, anche qualora il raggruppamento si riduca ad un unico soggetto, esclusivamente per esigenze organizzative del raggruppamento e sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire. In ogni caso la modifica soggettiva di cui al primo periodo non è ammessa se finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara.

19-ter. Le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verifichino in fase di gara.

ha ritenuto che il comma 19-ter dell'art. 48 estenda espressamente la modifica soggettiva a tutte le vicende richiamate dai commi 17 e 18 (oltre che dal comma 19) - ivi compresa la perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 del codice - **anche alla fase di gara**, poiché limitarne la portata, in ragione della locuzione "in corso di esecuzione" inserita nei predetti commi, sarebbe in **contraddizione** palese con il contenuto innovativo del **nuovo comma**, in modo da privarlo di significato.".

si è affermato che, a seguito dell'introduzione del comma 19-ter all'interno dell'art. 48, è **consentita la sostituzione del mandante in fase di gara per le vicende sopravvenute** previste dal comma 18 con esclusione, però, della perdita dei requisiti di cui all'art. 80 del codice dei contratti pubblici che, per il medesimo comma 18, è prevista quale **causa di sostituzione della mandante nella sola fase di esecuzione**; tale conclusione viene argomentata proprio in considerazione della scelta del legislatore che, in uno all'introduzione del comma 19-ter, modificava i commi 17 e 18 specificando che la perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 consentiva, sì, la modificazione del raggruppamento ma sempre che fosse avvenuta "in corso di esecuzione" e, dunque, in quanto "sarebbe... del tutto illogico che l'estensione 'alla fase di gara' di cui al comma 19-ter, introdotto dallo stesso 'decreto correttivo', vada a neutralizzare la specifica e coeva modifica del comma 18".

GIURISPRUDENZA- TAR TOSCANA SEZ.II n.217 del 27/02/2021

Il TAR Toscana, Sez. II, con sentenza 10 febbraio 2021, n. 217, accoglieva il ricorso e i motivi aggiunti, ritenendo preferibile la lettura delle disposizioni citate nel primo motivo di ricorso, nel senso di **ritenere consentita la modifica soggettiva del raggruppamento anche in corso di gara**, qualora uno dei componenti incorra nella perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80;

a) maggiormente aderente al testo delle norme: i commi 17, 18 e 19 hanno ad oggetto sopravvenienze nella fase di esecuzione del contratto, e tra queste è indicata anche la perdita dei requisiti di cui all'art. 80, **il comma 19-ter, richiamando quei commi nel loro complesso, senza operare alcuna differenziazione, ne estende l'intera disciplina alla fase di gara, ivi compresa, dunque, la possibilità dell'insorgenza della causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, del codice;**

GIURISPRUDENZA- TAR TOSCANA SEZ.II n.217 del 27/02/2021

b) coerente con la ratio della novella legislativa che aveva introdotto il **comma 19-ter all'interno dell'art. 48 del codice dei contratti pubblici con l'intento di derogare al principio di immodificabilità alla composizione del raggruppamento per evitare che un intero raggruppamento fosse escluso dalla gara** a causa di eventi sopraggiunti comportanti la perdita dei requisiti di ordine generale da parte di un'impresa componente e, così, garantire la partecipazione degli operatori "sani" costituiti in raggruppamento, salvaguardando al contempo l'interesse pubblico della stazione appaltante a non perdere offerte utili;

c) risultava rispettata la condizione per la quale la **modifica soggettiva non deve perseguire finalità elusive della mancanza di un requisito di partecipazione; il che impone che si possa acconsentirvi solo in caso di "perdita"** sopravvenuta di un requisito già sussistente alla data della domanda di partecipazione e non anche nel caso di "mancanza" originaria dello stesso;

investita della questione della **sostituibilità in corso di gara** dell'impresa mandataria fallita o comunque assoggettata ad altra procedura concorsuale con un'altra impresa, esterna all'originario raggruppamento di imprese (c.d. sostituzione per addizione), ha affermato (al par. 23.3) che **"nella sola fase di esecuzione**, peraltro, il legislatore, dopo la riforma apportata dall'art. 32, comma 1, lett. h), del d.lgs. n. 56 del 2017, ha previsto che anche **il venir meno di uno dei requisiti di partecipazione, di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, in capo ad uno dei componenti - non essendo tale ipotesi applicabile alla fase di gara** (v., sul punto, C.d.S., Sez. V, 28 gennaio 2021, n. 833, C.d.S., Sez. V, 27 agosto 2020, n. 5255 nonché l'ANAC nella delibera n. 555 del 12 giugno 2011 su istanza di parere precontenzioso ai sensi dell'art. 211, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016) - **possa giustificare la modifica soggettiva**, ma sempre e solo interna al raggruppamento perché, diversamente, la fase dell'esecuzione presterebbe il fianco ex post all'aggiramento delle regole della trasparenza e della concorrenza, che presiedono alla fase della scelta del contraente, con l'inserzione postuma di soggetti esterni che nemmeno hanno preso parte alla gara e si troverebbero ad essere contraenti della pubblica amministrazione"; concetto ribadito al par. 36.

ha rimeditato il proprio orientamento alla luce delle indicazioni interpretative fornite dall'Adunanza plenaria, **escludendo** la modificazione in senso riduttivo del raggruppamento **in corso di gara** in conseguenza della perdita dei requisiti di cui all'art. 80 del codice dei contratti pubblici.

CONSIGLIO DI STATO SEZ.V - ORDINANZA N.6959 DEL 18/10/2021

- “se sia possibile interpretare l’art. 48, commi 17, 18 e 19 – ter d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 nel senso che la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese in caso di perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 da parte del mandatario o di una delle mandanti **è consentita non solo in fase di esecuzione, ma anche in fase di gara**”;
- **in caso di risposta positiva al primo quesito, “precisare la modalità procedimentale con la quale detta modifica possa avvenire**, se, cioè, la stazione appaltante sia tenuta, anche in questo caso, ed anche qualora abbia già negato la autorizzazione al recesso che sia stata richiesta dal raggruppamento per restare in gara avendo ritenuto intervenuta la perdita di un requisito professionale, ad interpellare il raggruppamento, assegnando congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno tale da poter riprendere la propria partecipazione alla gara”.

12. **L'Adunanza Plenaria ritiene che l'antinomia evidenziata possa e debba essere superata** (come è noto, non ammettendo l'ordinamento lacune), attraverso il ricorso ad **altre considerazioni**, riconducibili ai principi di interpretazione secondo **ragionevolezza ovvero secondo Costituzione** (o costituzionalmente orientata), cui peraltro lo stesso criterio di ragionevolezza (riferibile all'art. 3 Cost.) si riporta.

DECISIONE DELL'ADUNANZA PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO

A tali fini, giova innanzi tutto osservare come una **interpretazione che escluda la sopravvenienza della perdita dei requisiti ex art. 80 in fase di gara**, per un verso introdurrebbe una **disparità di trattamento tra varie ipotesi di sopravvenienze** non ragionevolmente supportata; per altro verso, perverrebbe ad un risultato **irragionevole nella comparazione in concreto tra le diverse ipotesi**, poiché **sarebbe consentita** la modificazione del raggruppamento in casi che ben possono essere considerate **più gravi** – secondo criteri di **disvalore ancorati a valori costituzionali che l'ordinamento deve tutelare**, come certamente quella inerente a casi previsti dalla normativa antimafia – rispetto a quelli relative alla perdita di requisiti di cui all'art. 80.

DECISIONE DELL'ADUNANZA PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO

Inoltre, si verificherebbe un caso di **concreta incapacità a contrattare con la pubblica amministrazione da parte di imprese in sé “incolpevoli”**, riguardando il fatto impeditivo sopravvenuto una sola di esse, così finendo per costituire una fattispecie di **“responsabilità oggettiva”**, ovvero una inedita, discutibile (e sicuramente non voluta) speciale fattispecie di **culpa in eligendo**.

DECISIONE DELL'ADUNANZA PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO

Se uno dei principi fondamentali in tema di disciplina dei contratti con la pubblica amministrazione – tale da giustificare la previsione stessa del raggruppamento temporaneo di imprese – è quello di consentire la **più ampia partecipazione delle imprese**, in condizione di parità, ai procedimenti di scelta del contraente (e dunque favorirne la potenzialità di accedere al contratto, al contempo tutelando l'interesse pubblico ad una maggiore ampiezza di scelta conseguente alla pluralità di offerte), **una interpretazione restrittiva della sopravvenuta perdita dei requisiti ex art. 80, a maggior ragione perché non sorretta da alcuna giustificazione non solo ragionevole, ma nemmeno percepibile, finisce per porsi in contrasto sia con il principio di eguaglianza, sia con il principio di libertà economica e di par condicio delle imprese nei confronti delle pubbliche amministrazioni** (come concretamente declinati anche dall'art. 1 della l. n. 241/1990 e dall'art. 4 del codice dei contratti pubblici).

DECISIONE DELL'ADUNANZA PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO

Ed infatti, come condivisibilmente affermato dall'ordinanza di rimessione, **“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”.

DECISIONE DELL'ADUNANZA PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO

Nel caso in esame, quindi, **l'antinomia** trova soluzione inquadrando il caso concreto e le norme antinomiche ad esso applicabili nel più **generale contesto dei principi costituzionali ed eurounitari**, fornendo una **interpretazione che renda applicabile una sola di esse in quanto coerente con detti principi**, e che consente una regolazione del caso concreto con essi compatibile.

In tal modo, l'interpretazione determina – **in presenza di norme incompatibili ma provenienti da fonti di pari livello e contestualmente introdotte dalla medesima fonte** – **la applicazione di una sola di esse** (quella, appunto, compatibile con le fonti sovraordinate della Costituzione e del diritto dell'Unione Europea) e la non applicazione dell'altra, recessiva perché contraria ai più volte richiamati principi.

DECISIONE DELL'ADUNANZA PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO

Tale operazione interpretativa – lungi dal porsi come inedita **“costruzione giuridica”** – **costituisce, per un verso** (sia pure in presenza di due norme incompatibili e non di una sola con riferimento ad un caso da esse disciplinato) **solo una più articolata applicazione del metodo di interpretazione secondo Costituzione**; **per altro verso, costituisce metodo interpretativo non del tutto ignoto allo stesso legislatore ordinario, laddove questi prevede (art. 15 disp. prel. cod. civ.) la possibile abrogazione di norme “per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti”**. *Se vi è, dunque, la possibilità di verificare l'intervenuta abrogazione di una norma rimettendo al giudice/interprete la verifica della incompatibilità tra due norme temporalmente successive, non sembrano sussistere impedimenti a che la medesima operazione possa riguardare norme incompatibili non successive ma coeve.*

DECISIONE DELL'ADUNANZA PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO

E ciò anche in attuazione del “**principio di coerenza**” dell’ordinamento giuridico, che impone il **superamento delle antinomie**, rimettendo all’interprete, chiamato ad individuare ed applicare **la regola di diritto al caso concreto**, di verificare le possibilità offerte dall’interpretazione, senza necessariamente (e prima di) evocare l’intervento del giudice delle leggi.

DECISIONE DELL'ADUNANZA PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO

13. Il riconoscimento della possibilità di modificare (in diminuzione) il raggruppamento temporaneo di imprese, anche nel caso di perdita sopravvenuta dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 del Codice dei contratti, **determina che, laddove si verifichi un caso riconducibile a tale fattispecie, la stazione appaltante, in applicazione dei principi generali di cui all'art. 1 della l. n. 241/1990 e all'art. 4 d. lgs. n. 50/2016, debba interpellare il raggruppamento** (se questo non abbia già manifestato la propria volontà) in ordine alla volontà di procedere alla riorganizzazione del proprio assetto interno, **al fine di rendere possibile la propria partecipazione alla gara.**

DECISIONE DELL'ADUNANZA PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO

In modo non dissimile da quanto avviene ai fini del **soccorso istruttorio**, la stazione appaltante concederà un **termine ragionevole e proporzionale** al caso concretamente verificatosi, riprendendo all'esito l'ordinario procedimento di gara.

Tali considerazioni **non necessitano della formulazione di un principio di diritto, in quanto pienamente desumibili dall'ordinamento giuridico amministrativo vigente.**

PRINCIPIO DI DIRITTO - ADUNANZA PLENARIA

14. Alla luce delle considerazioni sin qui esposte, l'Adunanza Plenaria formula il seguente principio di diritto:

“la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (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”.

“Per approfondimenti”

<https://community.omniavis.it/>



Vincenzo Giangreco

“Per approfondimenti”

<https://www.youtube.com/user/simonechiarelli>

<https://www.facebook.com/simonechiarelli.pagina>



Simone Chiarelli