



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto Amministrativo

LE MODIFICHE SOGGETTIVE NELLA TITOLARITÀ DEI RAPPORTI
CONVENZIONALI CON LE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI, CON
RIGUARDO A CONCESSIONI E CONTRATTI.

RELATORE

Chiar.mo Prof.

Aristide Police

CORRELATORE

Chiar.mo Prof.

Giuliano Fonderico

CANDIDATO

Augusto Credendino

Matr. 158953

*Ai miei nonni,
maestri di vita e saggezza.*

INDICE

INTRODUZIONE	6
CAPITOLO I LA DISCIPLINA DELLE ASSOCIAZIONI TEMPORANEE DI IMPRESE NEGLI APPALTI PUBBLICI.....	12
1. Le origini, le prime leggi in Europa e i primi interventi giurisprudenziali in Italia	13
2. Le differenze nella disciplina delle associazioni temporanee di imprese tra appalti pubblici di lavori, forniture e servizi.	16
3. La ratio sottesa alla normativa sulle associazioni temporanee di imprese.	19
4. La costituzione delle associazioni temporanee di impresa.	21
5. Le tipologie di associazioni temporanee di imprese.....	24
5.1 Le associazioni temporanee di impresa verticale.	25
5.2 Le associazioni temporanee di impresa orizzontali.	26
5.3 Le associazioni temporanee di impresa miste.	28
6. Avvalimento e associazioni temporanee di impresa.....	30
7. I requisiti dell’A.T. I e delle imprese riunite. Quote di qualificazione, quote di esecuzione e quote di partecipazione.....	34
CAPITOLO II LE MODIFICHE SOGGETTIVE DELL’ ATI ALLA LUCE DELLA SENTENZA DEL CONSIGLIO DI STATO, AD. PL., N. 2/2022: IL CASO PRATICO.....	38
1. L’immodificabilità soggettiva dell’associazione temporanea di imprese: l’evoluzione normativa e giurisprudenziale	39
1.1. Le sentenze del Consiglio di Stato, Ad. Pl., del 27 maggio 2021 n. 9 e 10....	44
2. Il superamento del dogma dell’immodificabilità soggettiva dell’associazione temporanea di impresa anche in fase di gara; l’ordinanza di rimessione del	

Consiglio di Stato n. 6959/2021 e la Sentenza del Consiglio di Stato, Ad. Pl., n.2/2022.....	55
2.1 I temperamenti ai principi in gioco e la progressiva spersonalizzazione del contratto pubblico.....	64
3. L'estensione della possibilità di riduzione del raggruppamento alla perdita dei requisiti dell'art. 80 del Codice in fase di gara.....	70
4. La partecipazione del raggruppamento dopo la Adunanza Plenaria n. 2/2022 e la sentenza della Corte di Giustizia Europea del 28 aprile 2022 (C – 642/20)	71
5. Il caso pratico.....	76
5.1 La vicenda storica.....	76
5.2 L'applicazione dei principi espressi dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sentenza n. 2/2022 al caso pratico.....	78
6. Il divieto di modifica per addizione: la sentenza del Consiglio di Stato, dell'8 febbraio 2022, n. 899.....	81
7. La modifica di RTI in caso di sopravvenuta perdita dei requisiti speciali di un componente: la sentenza del Consiglio di Stato, del 10 novembre 2022, n. 9864	84
8. I problemi aperti.....	95

CAPITOLO III LE NOVITÀ INTRODOTTE DAL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI..... 99

1. Premessa generale: le novità introdotte dalla riforma del Codice dei Contratti Pubblici.....	100
2. I principi generali.....	101
3. Il R.U.P.....	106
4. La digitalizzazione.....	108
5. L'appalto integrato	111
6. Gli appalti sottosoglia.....	112
7. L'illecito professionale grave	115
8. Il Subappalto.....	120

9. I beni culturali.....	125
10. Il partenariato pubblico privato	126
11. Il rito appalti	128
12. Disposizioni transitorie, di coordinamento e abrogazioni	130
13. Il ruolo delle A.T.I nella riforma del Codice dei Contratti Pubblici	131
CONCLUSIONI	142
BIBLIOGRAFIA	144

INTRODUZIONE

Il presente lavoro ha lo scopo di analizzare nel dettaglio la disciplina dei raggruppamenti temporanei di imprese.

Più in particolare, nel primo capitolo, quale premessa indispensabile della ricerca, è stato affrontato il tema delle origini storiche e dell'attuale disciplina dell'associazione temporanea di imprese.

Ed invero, sono state analizzate le disposizioni normative che, a partire dalla Legge 8 agosto 1977, n. 584, e poi nel corso degli anni, hanno regolato il fenomeno, in materia di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture (essendosi ravvisata una tendenza alla progressiva «omogeneizzazione» della disciplina nei suddetti tre settori, sul modello dello statuto normativo che era in passato dettato esclusivamente per gli appalti di lavori).

Particolare attenzione è stata dedicata al dibattito dottrinale e giurisprudenziale relativo alla normativa concernente le associazioni temporanee di imprese: con particolare dettaglio, si è analizzato l'art. 48 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (c.d. "Codice dei Contratti Pubblici") emanato in esecuzione della Legge 28 gennaio 2016, n. 11, così come novellato dal D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (di seguito "D.Lgs. Correttivo del 2017").

L'analisi si è focalizzata altresì su ciò che attiene agli appalti di lavori, in forme diverse rispetto a quelle del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (di esecuzione del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163): regolamento ormai abrogato.

Ampi cenni sono stati dedicati anche al documento di consultazione predisposto dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (di seguito, "A.N.A.C.") il 3 aprile 2017, relativo alle linee guida sul sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici di importo pari o superiore a centocinquantamila Euro: linee guida che sono state emanate, ai sensi dell'art. 83, comma 2, del Cod. Contr. Pubb. del 2016,

su proposta dell'A.N.A.C. stessa, da parte del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

Si è messo in luce l'ampio spazio riservato dal rule maker all'autonomia negoziale delle parti nella disciplina dell'associazione temporanea di imprese. Autonomia negoziale che, tuttavia, risulta compressa, nella materia degli appalti pubblici, in considerazione delle esigenze di salvaguardia degli interessi delle stazioni appaltanti. Si è riscontrata, a partire dalla Legge 11 febbraio 1994, n. 109, una tendenza ad accrescere la pervasività degli interventi eteronomi, non soltanto a tutela del committente pubblico, bensì anche di altri, specifici soggetti terzi (subappaltatori e fornitori). Infine, ci si è concentrati sulla ratio della normativa che disciplina i raggruppamenti temporanei di imprese. In particolare, si è approfondito il rapporto tra la suddetta disciplina e la finalità di tutela e promozione della concorrenza. Ne è maturata la consapevolezza della complessità della problematica. Se, da una parte, è innegabile, in astratto, la valenza anti-monopolistica e pro-concorrenziale delle forme di cooperazione oggetto di analisi, si è anche riscontrato, dall'altra, come – in determinate circostanze concrete – proprio la costituzione di associazioni temporanee di imprese possa determinare o rafforzare regimi di oligopolio, intese restrittive o abusi di posizioni dominanti. La stessa giurisprudenza di nomofilachia ha avuto modo di affermare come tale struttura, in determinati casi, possa tramutarsi in strumento di coordinamento anti-competitivo. A tal proposito, si è dato atto di un vivace dibattito tra le corti e le autorità amministrative indipendenti in materia di A.T.I. “sovrabbondanti”.

Il secondo capitolo, invece, si è incentrato sull'argomento chiave del presente lavoro e cioè sulle modifiche soggettive delle associazioni temporanee di imprese alla luce della emblematica sentenza della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 2 del 2022.

Più in particolare, si è analizzata nel dettaglio la disciplina prevista dall'art. 37, commi 18 e 19 del vecchio Codice (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163), il quale sanciva i casi tassativi in cui è possibile la modifica soggettiva delle ATI.

Pertanto, al di fuori dei casi previsti dall'art. 37, commi 18 e 19, cit., ovvero sia fallimento del mandatario, morte, interdizione, inabilitazione o fallimento di un imprenditore individuale, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, non era ammessa la modifica soggettiva del RTI.

Successivamente la norma succitata è stata abrogata dal D.lgs. n. 50 del 2016 e la disciplina prevista dall'art. 37 del vecchio Codice è transitata nella disposizione di cui all'art. 48 del D.lgs. n. 50 del 2016.

L'art. 48 cit. vieta qualsiasi modificazione della composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari rispetto a quanto dichiarato in sede di offerta, ad eccezione delle ipotesi previste dalla stessa norma.

La ratio di tale divieto soggiace a garanzia dei canoni di trasparenza e par condicio tra concorrenti, il cui mancato rispetto comporta l'annullamento dell'aggiudicazione o la nullità del contratto, oltre che l'esclusione dei concorrenti riuniti.

Sul punto non sono mancati ampi dibattiti giurisprudenziali.

Ed invero, sono state analizzate nel dettaglio le sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 9 e 10 del 2021 e l'emblematica sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 2 del 2022.

In particolare, il dato normativo dal quale prende le mosse il pronunciamento dell'Adunanza Plenaria 10/2021 è rappresentato dall'art. 48, comma 9, del Codice dei Contratti che sancisce espressamente il principio di immodificabilità soggettiva del raggruppamento, salve le eccezioni contemplate dai commi 17, 18 e 19 del medesimo art. 48, in controtendenza rispetto al previgente D.Lgs. n. 163 del 2006 (vecchio Codice appalti). Pertanto, nelle sole ipotesi di fallimento (o sottoposizione ad altre procedure concorsuali minori), di morte, inabilitazione ed interdizione, nonché nei casi di perdita dei requisiti di moralità o di violazione delle norme antimafia, il comma 17 consente la sostituzione della mandataria, mentre il comma 18 riguarda gli eventi che permettono la sostituzione della mandante.

Le predette eccezioni dei commi 17 e 18 sono state poi estese dal correttivo al Codice dei Contratti pubblici di cui al D.lgs. n. 57 del 2016, con riferimento al fallimento e alle altre ipotesi di procedure concorsuali anche alla fase di gara, consentendo, inoltre, la modifica soggettiva del raggruppamento, nella sola fase dell'esecuzione, anche per la perdita di uno degli altri requisiti dell'art. 80 in capo ad uno dei componenti.

Il comma 19 dell'art. 48 disciplina, invece, il recesso degli operatori che compongono il raggruppamento, ma esclusivamente per esigenze organizzative, senza che ciò implichi l'esclusione automatica del raggruppamento (c.d. sostituzione per sottrazione). Il correttivo di cui al D.lgs. n. 57 del 2016 ha, inoltre,

vietato il recesso di uno dei componenti per ragioni di mera riorganizzazione interna al raggruppamento, laddove queste ragioni siano in realtà finalizzate a colmare l'assenza dei requisiti partecipativi.

Infine, secondo il comma 19-ter dell'art. 48 sopracitato le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi previste si realizzino in fase di gara.

Così ricostruito il quadro normativo sul tema, il quesito rimesso all'Adunanza Plenaria si poneva l'interrogativo della possibile modifica soggettiva del RTI anche "per addizione."

La Plenaria ribadisce la posizione della giurisprudenza del Consiglio di Stato, ferma nell'escludere la modifica del raggruppamento "per addizione", consentendo in sede di gara solo quella c.d. per sottrazione, per ragioni riorganizzative interne al raggruppamento medesimo ed eccezionalmente, per la sola fase esecutiva, anche per il venir meno, eventualmente, di uno dei requisiti di cui all'art. 80 del D.lgs. n. 50 del 2016, in capo ad una delle imprese partecipanti.

In tal modo, la Plenaria supera un diverso orientamento che, invece, distingueva tra evento che colpisce il mandatario ed evento che colpisce il mandante. Quest'impostazione si fondava sul tenore letterale del comma 17 rispetto al comma 18 dell'art. 48 sopra citato.

Infine, sul raggruppamento temporaneo di imprese o A.T.I. e sul principio di immodificabilità soggettiva della relativa composizione associativa in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 del D.lgs. n. 50 del 2016 da parte del mandatario o di una delle mandanti anche in fase di gara è, altresì, intervenuta l'Adunanza Plenaria con sentenza n. 2 del 2022 che richiama peraltro la predetta pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 10 del 2021 sopra citata.

In particolare, l'Adunanza Plenaria n. 2 del 2022 stabilisce che è ammessa la modifica del raggruppamento temporaneo di imprese in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui al predetto art. 80 (che disciplina i c.d. requisiti di ordine generale o di moralità), non solo in fase di esecuzione, ma anche in fase di gara, alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata dei commi 17, 18 e 19 ter dell'art. 48 del Codice dei contratti pubblici.

Laddove si verifichi questa ipotesi di perdita dei requisiti, la stazione appaltante in forza del principio di partecipazione procedimentale deve interpellare il raggruppamento nell'ipotesi in cui lo stesso voglia procedere ad una

riorganizzazione del proprio assetto interno, ed è tenuta ad assegnare, analogamente al soccorso istruttorio, un congruo termine per tale riorganizzazione.

Il lavoro, si è poi concentrato sull'analisi di un caso pratico che ha ad oggetto il recesso della mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese in corso di gara.

Nel dettaglio, è stata ricostruita la vicenda della Società C. e la Società S., che inizialmente decisero di partecipare come ATI alla procedura di evidenza pubblica avente ad oggetto il "Risanamento ambientale corpi idrici superficiali delle aree interne – Lotto funzionale Provincia di Benevento".

Nel corso del tempo, però, la Società S. risultata inadempiente a fronte delle reiterate richieste da parte della P.A., viene dichiarata decaduta dall'aggiudicazione.

Di conseguenza, la Società C., viene dichiarata aggiudicataria per l'intervento "Risanamento ambientale corpi idrici superficiali delle aree interne – Lotto funzionale Provincia di Benevento" come operatore economico singolo e non più in qualità di mandataria capogruppo dell'ATI.

Nei paragrafi successivi, è stata poi analizzata la giurisprudenza successiva all'Adunanza Plenaria n. 2 del 2022, ovvero la sentenza del Consiglio di Stato, 8 febbraio 2022 n.899 sulla modifica del RTI per addizione e la sentenza del Consiglio di Stato, del 10 novembre 2022, n. 9864 sulla modifica di RTI in caso di sopravvenuta perdita dei requisiti speciali di un componente.

Nell'ultimo capitolo, l'attenzione è stata posta sull'analisi nel dettaglio del nuovo Codice dei Contratti pubblici.

Il nuovo Codice dei Contratti pubblici (D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36 in GU n. 77 del 31-3-2023 - Suppl. Ordinario n. 12) riorganizza sistematicamente la materia, estende la digitalizzazione all'intero ciclo di vita dell'appalto, abbandona le linee guida ANAC e conferisce centralità a numerosi principi generali.

Inoltre, ha un approccio decisamente innovativo rispetto al precedente, che mette in risalto il ruolo dell'ANAC e la conseguente soft law I (linee guida) ed anche rispetto al precedente Codice cd. "De Lise", che per la sua disciplina di dettaglio si avvaleva di un regolamento attuativo.

Il nuovo codice, invece, si lascia alle spalle le due precedenti impostazioni, e si completa grazie all'ausilio di numerosi allegati. Una delle principali note distintive del nuovo codice è senza dubbio l'enunciazione di numerosi principi generali, tra i quali ne svettano due: il principio del risultato ed il principio della fiducia.

Oltre all'analisi dei principi, nel presente lavoro è stata analizzata anche la disciplina del RUP, dell'appalto integrato, degli appalti sottosoglia, dell'illecito professionale grave, del subappalto, dei beni culturali, del partenariato pubblico privato.

Infine, è stato analizzato altresì il rito appalti, le disposizioni transitorie, di coordinamento e abrogazioni e il ruolo delle A.T.I nella riforma del Codice dei Contratti Pubblici. All'esito della disamina del presente lavoro, si può affermare che le scelte del legislatore si sono orientate in varie direzioni con l'intento di migliorare il quadro della materia.

In conclusione, si è scelto di redigere un codice che non rinvii a ulteriori provvedimenti attuativi e sia immediatamente "autoesecutivo" consentendo da subito una piena conoscenza dell'intera disciplina da attuare.

Inoltre, si è inteso dare un senso effettivo ad alcune parole chiave, spesso utilizzate in tema di contratti pubblici anche al fine di ridurre il rischio di fenomeni corruttivi: digitalizzazione, trasparenza, qualificazione, accelerazione, intesa come massima velocizzazione delle procedure nella sua concreta fattibilità, rapidità insieme alla certezza nei tempi di affidamento, esecuzione e pagamenti alle imprese, digitalizzazione, completa, delle procedure e la interoperabilità delle piattaforme, tutela, dando piena attuazione alla delega a protezione dei lavoratori e delle imprese.

Infine, è palese la necessità di accompagnare la conoscenza del codice con i contenuti della buona amministrazione che rappresentano la chiusura del cerchio di una PA che si muova in un contesto fattuale dato e che non si limiti ad applicare norme avulse dalla realtà.

CAPITOLO I

**LA DISCIPLINA DELLE ASSOCIAZIONI TEMPORANEE DI
IMPRESE**

NEGLI APPALTI PUBBLICI

SOMMARIO: 1. le origini. Le prime leggi in Europa. I primi interventi giurisprudenziali in Italia.- 2. Le differenze nella disciplina delle associazioni temporanee di imprese tra appalti pubblici di lavori, forniture e servizi.- 3. La ratio sottesa alla normativa sulle associazioni temporanee di imprese- 4. La costituzione e il progetto di riunione- 5. Le tipologie di associazioni temporanee di imprese. 5.1. Le associazioni temporanee di impresa verticali. – 5.2. Le associazioni temporanee di impresa orizzontali. – 5.3. Le associazioni temporanee di impresa miste. - 6. Avvalimento e associazioni temporanee di impresa- 7. I requisiti dell’A.T.I. e delle imprese riunite. Quote di qualificazione, quote di esecuzione e quote di partecipazione.

1. Le origini, le prime leggi in Europa e i primi interventi giurisprudenziali in Italia

Con il nome associazioni temporanee di imprese (dette anche raggruppamenti temporanee di imprese, sotto gli acronimi ATI e RTI) si indica una forma di collaborazione, temporanea ed occasionale, tra imprese al fine di partecipare ed eseguire gare di appalti pubblici.

Tale collaborazione viene detta temporanea o occasionale perché si conclude quando si raggiunge lo scopo comune.

Alla costituzione delle ATI le imprese mantengono la loro autonomia sia economica che giuridica non costituendo un nuovo soggetto di diritto.

L'ATI nasce dal bisogno di poter suddividere tra le imprese che la compongono i vari oneri imprenditoriali e il rischio finanziario, necessità che già si avvertì nella prassi degli appalti internazionali e successivamente anche sul piano legislativo.

Originariamente, tali collaborazioni si formavano in forma atipica sul piano dell'autonomia privata. Si faceva ricorso a modelli contrattuali diffusi in altri ordinamenti, così come avveniva con le altre tipologie negoziali del nostro sistema giuridico.

In Francia, ad esempio, venne istituito il G.I.E. con l'*ordonnance* 67/821 del 23 settembre 1967.

Tale organo venne formato come un mandato collettivo che era assegnato dalle imprese alla *entreprise pilote* che aveva funzioni di coordinamento e rappresentanza. Il G.I.E. aveva un fondo comune, che i creditori dovevano esaminare in maniera preventiva.

Il modello designato dal legislatore francese però non fu soddisfacente in quanto delineò il G.I.E. come autonomo centro di imputazione dei rapporti giuridici e soprattutto perché fu introdotta, dallo stesso legislatore, una struttura di responsabilità simile a tutti i terzi. Fu così che venne istituita una nuova figura speculare a quella italiana in materia di associazioni temporanee di imprese.¹

¹ F. Durante "Associazioni temporanee di imprese e negozi collegati nel codice dei contratti pubblici" cit., 3.

Diversa era la situazione nei paesi di common law, ci si focalizzava sulla figura delle joint venture² come strumento per la realizzazione di raggruppamenti temporanei di imprese.

In Italia, il primo intervento regolatore venne attuato con la legge del 21 Luglio del 1967 n. 613.

Per la prima volta si cercò di introdurre, attraverso la disciplina, la formula dell'associazione temporanea tra imprese fondata su un mandato collettivo di una delle imprese raggruppate in relazione a una posizione di contitolarità del rapporto di concessione verso la pubblica amministrazione cedente.³

Pertanto, il fenomeno delle ATI iniziò ad essere qualificato dalla giurisprudenza come un contratto innominato diretto alla realizzazione di interessi encomiabili di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c.⁴, così facendo si determinò il distacco definitivo dalla figura del contratto di associazione in partecipazione.

Successivamente, con la legge 8 agosto 1977, n. 584, furono recepite nell'ordinamento nazionale le direttive comunitarie 304 e 305 del 1971, in materia di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti.

Ci si avviava, così, verso una regolarizzazione della disciplina delle ATI, in adeguamento a quanto già era stato definito dalle direttive comunitarie.

Tra gli interventi legislativi, particolare importanza assume la L. 17/02/1987, n. 80 ed il D.lgs. n. 406/1991.

Tali disposizioni chiariscono la natura giuridica delle ATI intese, pertanto, come un accordo in cui più parti effettuano il conferimento di un mandato collettivo ed

² La joint venture è una forma di cooperazione tra due o più società commerciali o imprenditori, definiti co-venturers, il cui scopo è quello di realizzare uno specifico affare o di perseguire un interesse economico, finanziario o tecnologico.

Tale accordo può attuarsi secondo due modelli:

- Joint venture societaria, tramite la quale i partecipanti, di norma, costituiscono una società di capitali per gestire un'attività in comune, e che è utilizzata per collaborazioni di medio o lungo periodo;
- Joint venture contrattuale, tramite la quale i partecipanti concludono un contratto di collaborazione che ha ad oggetto uno o più progetti determinati, alla realizzazione dei quali concorrono più soggetti specializzati in diversi settori tra loro complementari (non viene quindi creata una nuova società).

³ F. Durante *"Associazioni temporanee di imprese e negozi collegati nel codice dei contratti pubblici"* cit., 3.

⁴ L'art. 1322 del Codice civile così recita: Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e dalle norme corporative.

Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare [1323], purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

irrevocabile ad un terzo, in veste di capogruppo, che dovrà agire in nome e per conto dei mandanti per proporre un'offerta affine.

L'introduzione dell'ATI nel sistema normativo nazionale fu però attuata con il d.lgs. 19 dicembre 1991, n. 406 e dalla legge n. 109/94⁵.

Invero, la configurazione giuridica delle associazioni temporanee di imprese portò ad un dibattito giurisprudenziale, fondato su problema di tipo qualificatorio delle associazioni temporanee di impresa.

C'era chi sosteneva che le ATI potessero essere qualificate nell'alveo delle associazioni in partecipazione e chi, d'altro canto, le qualificava nella più generale categoria dei consorzi.

Data l'assenza di un rapporto di finanziamento dell'associato rispetto all'associante o anche l'assenza di un soggetto inteso come titolare dell'impresa con alcuna autonomia gestionale, il richiamo all'istituto dell'associazione in partecipazione sembrava insoddisfacente. Risultava anche inidoneo a causa delle formalità e delle complessità gestionali, l'utilizzo del consorzio.

Tali complessità determinarono il rischio di individuare la figura nello schema della società di fatto o della società irregolare. Vennero utilizzate delle clausole che andavano ad escludere in maniera manifesta la sussistenza dell'esercizio in comune dell'attività di impresa da parte degli associati, andando a sottolineare invece una necessaria indipendenza nello svolgimento delle attività reciproche.

L'acceso dibattito giurisprudenziale sulla natura giuridica delle associazioni temporanee di imprese si è poi affievolito nel tempo dando vita ad un orientamento pressoché unanime che inquadra l'ATI in una forma di collaborazione, temporanea ed occasionale, tra imprese al fine di partecipare ed eseguire gare di appalti pubblici.

Per mera completezza e molto brevemente si segnalano le sentenze del Consiglio di Stato n. 918 del 30 luglio 1996, e n.801 del 15 febbraio 2000 secondo cui: *“Il raggruppamento di imprese non è un'impresa in senso tecnico e giuridico, ma è uno strumento messo in opera, di volta in volta, per consentire a più imprese, tra cui una capogruppo, di presentare un'offerta unitaria in gare di appalto, alle quali non avrebbero altrimenti potuto partecipare per mancanza di requisiti tecnici e finanziari o per eccessivo rischio”* ; *“La riunione di imprese non ha soggettività giuridica unitaria; ciascuna impresa, pur operando all'interno della riunione, si*

⁵ La legge Quadro n. 109/94 in materia di lavori pubblici è stata poi abrogata dall'articolo 256 del decreto legislativo n. 163 del 2006.

presenta munita della propria esperienza, dei propri mezzi economici, tecnici e finanziari, delle proprie metodologie applicative e di condizioni personali di affidabilità (Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2000, n. 801). Al riguardo statuisce espressamente l'art. 95, comma 7, del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, secondo cui “...il rapporto di mandato non determina di per sé organizzazione o associazione delle imprese riunite, ognuna delle quali conserva la propria autonomia ai fini della gestione, degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali”; “Nel caso del raggruppamento temporaneo di imprese, chi concorre e chi poi stipula il contratto è l'associazione e non le imprese che la costituiscono. Questa, infatti, non è un autonomo centro di imputazione giuridica, ma una mera aggregazione finalizzata ad agevolare (grazie alla sommatoria dei requisiti degli aderenti) il dispiegarsi del gioco della concorrenza. Poiché, quindi, il rapporto si costituisce in capo all'associazione temporanea, nella persona del mandatario, e non in capo ai singoli componenti, si deve considerare del tutto logico che questi non possano disporre, mediante contratti di subappalto, di obbligazioni di cui non sono direttamente titolari, con la conseguenza che all' interno dell'associazione temporanea essi non sono facoltizzati alla stipula di tal tipo di contratti.”⁶

2. Le differenze nella disciplina delle associazioni temporanee di imprese tra appalti pubblici di lavori, forniture e servizi.

Le associazioni temporanee di impresa sono oggetto di regolamentazione per quanto riguarda la partecipazione di quest'ultime alle gare di appalti pubblici sia in materia di lavori che in materia di forniture e servizi.

Solo dopo l'intervento del legislatore in materia di appalti pubblici di lavori (di cui alla Legge n. 584/1977) e solo dopo con il D,Lgs n. 157 /1995 è stata messa a punto una normativa relativamente agli appalti pubblici di servizi.

Da un punto di vista storico, la disciplina in materia di appalti pubblici di forniture e servizi era stata sottoposta a delle sintomatiche differenze rispetto a quanto previsto dal legislatore in materia di appalti pubblici di lavoro.

Tali differenze risultavano ontologicamente connesse ad un oggetto diverso dei contratti di appalti.

⁶ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21/11/2007, n. 5906 in *Foro amm.*

Proprio per questo, si ebbe una forte tendenza all'omogeneizzazione della disciplina, che trovò il suo punto d'arrivo nel D.lgs. 12 aprile 2006, n.163, fondato sul modello normativo dettato per gli appalti pubblici di lavoro.

Pertanto, per riuscire a colmare le lacune nei settori degli appalti pubblici di servizi e forniture, si cercò di escludere l'applicazione analogica delle norme sugli appalti pubblici di lavoro.

In realtà, in dottrina⁷ si sostiene che taluni “vuoti normativi” in materia di appalti pubblici di servizi e forniture derivano da un'eccessiva approssimazione da parte del legislatore.

Un esempio che si può riportare a riguardo è in materia di appalti pubblici di lavori, per i quali il legislatore aveva previsto una netta distinzione tra le A.T.I. orizzontali, concernenti opere omogenee, e A.T.I. verticali, concernenti opere qualitativamente disomogenee, delineando una diversa responsabilità. Tale impostazione ha suddiviso la dottrina in due fazioni; una parte, sosteneva che il mancato focus del legislatore in ambito di appalti pubblici di servizi e forniture doveva essere inteso come un impedimento della configurabilità di A.T.I verticali mentre un'altra parte della dottrina tale silenzio venne visto solo come una semplice dimenticanza del legislatore che poteva essere colmata facendo riferimento all'analogia considerando una possibile configurabilità di opere qualitativamente disomogenee anche in materia di forniture e servizi.

La soluzione a tale problema è stata data con l'art 37 del D.lgs. n. 163/2006, il quale ha uniformato le discipline dando la possibilità di formare A.T.I. verticali in appalti diversi da quelli di lavoro.

La disciplina di associazioni temporanee di imprese si distingueva in passato a seconda che si trattasse di appalti pubblici di lavori e appalti pubblici di servizi.

La differenza di disciplina nasceva dal fatto che nei casi di ATI in appalti pubblici di lavoro era previsto l'obbligo della corrispondenza fra le quote di partecipazione e le quote di esecuzione (della mandataria), mentre negli appalti di forniture e servizi tale obbligo non vigeva.

Paradigmatica è la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 28 agosto 2014, n. 27⁸, in cui è stato affermato che per gli appalti di servizi e forniture

⁷ F. Durante “*Associazioni temporanee di imprese e negozi collegati nel codice dei contratti pubblici*” cit., 12.

⁸ In particolare, in vigenza del vecchio codice, l'Adunanza Plenaria è stata chiamata a pronunciarsi sulla questione se gli artt. 37, 41 e 42 del d.lgs. 163/2006, nella formulazione antecedente alla

continua a trovare applicazione solo la norma sancita dal comma 4 dell'art 37. Tale norma impone alle imprese che si raggruppano l'obbligo di dover indicare le parti del servizio e della fornitura che fanno capo a ciascuna di loro, senza pretendere anche l'obbligo della corrispondenza fra quote di partecipazione e di esecuzione. Quindi ciascuna impresa sarà qualificata per la parte delle prestazioni che avrà eseguito, nel rispetto delle speciali prescrizioni e modalità contenute nella normativa di gara.

Inoltre l'Adunanza Plenaria ha affermato che l'obbligo di corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione è rimasto unicamente circoscritto ai soli appalti di lavoro⁹ fino all'entrata in vigore del d.l. n. 47/2014.¹⁰

novella di cui alla legge n. 135/2012, prevedessero, anche per gli appalti di servizi, l'applicazione del principio di corrispondenza fra quota di capacità e quota di esecuzione della prestazione, a prescindere dalle espresse previsioni della *lex specialis*.

⁹ Dopo l'intervento dell'Adunanza Plenaria n. 27/2014 non può dubitarsi che negli appalti di servizi e forniture "non vige ex lege il principio di necessaria corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa e la quota della prestazione di rispettiva pertinenza, essendo la relativa disciplina rimessa alle disposizioni della *lex specialis* della gara...". Ne è stata tratta la conclusione che, "non essendo richiesta dalla *lex specialis* la corrispondenza tra le quote di qualificazione e quelle di esecuzione (in quanto i requisiti di capacità tecnica erano previsti per l'intero raggruppamento, senza alcuna distinzione in relazione ai componenti), "in mancanza di una specifica previsione eterointegrativa, non poteva disporsi l'esclusione della concorrente" (cfr. Cons. Stato, III, n. 6471/2018, concernente un appalto di servizi di custodia e digitalizzazione delle cartelle cliniche; e n. 4336/2017, concernente un appalto per l'acquisizione di un sistema informativo per i servizi trasfusionali)".

¹⁰ All'art. 12 rubricato "Disposizioni urgenti in materia di qualificazione degli esecutori dei lavori pubblici" è stato previsto quanto segue: "Al fine di garantire la stabilità del mercato dei lavori pubblici nell'attuale periodo di difficoltà economica per le imprese del settore, nelle more dell'emanazione, entro nove mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, delle disposizioni regolamentari sostitutive delle disposizioni di cui agli articoli 107, comma 2, e 109, comma 2, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, annullate dal decreto del Presidente della Repubblica 30 ottobre 2013, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 29 novembre 2013, n. 280, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, da adottare entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, sono individuate le categorie di lavorazioni di cui all'Allegato A del predetto decreto del Presidente della Repubblica n. 207 del 2010 che, in ragione dell'assoluta specificità, strettamente connessa alla rilevante complessità tecnica o al notevole contenuto tecnologico, richiedono che l'esecuzione avvenga da parte di operatori economici in possesso della specifica qualificazione. Il decreto individua altresì, tra di esse, le categorie di lavorazioni per le quali trova applicazione l'articolo 37, comma 11, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163."

3. La ratio sottesa alla normativa sulle associazioni temporanee di imprese.

La realizzazione di un'opera oggetto di appalto pubblico richiede differenti specializzazioni ed anche dei differenti requisiti tecnico-operativi, che non sono rinvenibili in un'unica impresa.

La disciplina dei raggruppamenti temporanei di imprese in materia di contratti pubblici è finalizzata a consentire, attraverso quello che è il principio del cumulo dei requisiti, la partecipazione congiunta di una pluralità di operatori economici anche di piccole dimensioni a gare di appalti di notevole entità. Allo stesso tempo consente la realizzazione dell'appalto nell'interesse della stazione appaltante con la valorizzazione dell'unione delle risorse e delle capacità tecnico-organizzative ed economico-finanziarie di più imprese.

In tal modo, quindi, tale disciplina è diretta a garantire alle imprese un'ampia libertà di organizzazione di quelli che sono i fattori produttivi, nonché di garanzia dell'imparzialità, di libera concorrenza e di non discriminazione.

Si parla di un istituto centrale per la tutela della libera concorrenza e per l'applicazione del principio di massima partecipazione.

La collaborazione è circoscritta nel tempo e nell'oggetto, di conseguenza non va a compromettere l'autonomia dei singoli imprenditori richiedendo solo applicazione di uno strumento di cooperazione elastico e non intrusivo.

L'origine, quindi, sta non solo nella necessità ma anche nella convenienza di cooperare per realizzare una sola opera.

L' art 48, d.lgs. n. 50/2016, distingue tre tipi di raggruppamenti che possono partecipare alle gare:

1. Raggruppamento di tipo verticale; inteso come una riunione di operatori economici nell'ambito del quale in caso di lavori scorporabili previsti dall'art 3 comma 1, uno di essi realizza i lavori della categoria prevalente. Inoltre sono previsti dei requisiti, stabiliti dall'art 84, d.lgs. n. 50/2016, che devono essere posseduti dal mandatario per i lavori della categoria prevalente.
2. Raggruppamento di tipo orizzontale; inteso, invece, come una riunione di operatori economici finalizzata a realizzare i lavori della stessa categoria
3. Raggruppamento misto; il quale si ha quando i lavori che sono riconducibili alla categoria prevalente oppure a quelle scorporate sono assunte da soggetti partecipanti all'A.T.I. di tipo orizzontale.

Inoltre, l'art 45 del D.lgs. n.50/2016, dispone che sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici gli operatori economici previsti all'art 3, comma 1, e quelli stabiliti in altri Stati membri.

Rientrano nella definizione di operatori economici i raggruppamenti costituiti da soggetti come, ad esempio, imprenditori individuali, artigiani e società cooperative. Tali soggetti, però, devono conferire il mandato collettivo speciale con rappresentanza, prima che l'offerta venga presentata.

Il legislatore attraverso l'art 45 e l'art 48 cit. attribuisce alla stazione appaltante uno specifico potere discrezionale che non va a limitare la partecipazione delle imprese nei raggruppamenti. Ciò in quanto la ratio delle A.T.I. è quella di ampliare il parterre dei possibili concorrenti, consentendo anche a colo privi di determinati requisiti richiesti di poter partecipare a tutte le gare di appalti pubblici. Di conseguenza non avrebbe senso andare a limitare la partecipazione alle sole A.T.I. i cui membri sono già in possesso individualmente dei requisiti di capacità economica di accesso

Le due disposizioni inoltre trovano riferimento nell'art. 19 della direttiva del 2014/24/UE, il quale non prevede in maniera specifica un potere limitativo in capo alla pubblica amministrazione, attribuendo di conseguenza il diritto di partecipare alle imprese che non può essere compromesso se non in via indiretta.

Pertanto, ai sensi della direttiva Europea, è previsto che: *“gli operatori economici che, in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, sono autorizzati a fornire la prestazione di cui trattasi, non possono essere respinti soltanto per il fatto che, secondo la normativa dello Stato membro nel quale è aggiudicato l'appalto, essi avrebbero dovuto essere persone fisiche o persone giuridiche. Tuttavia, per gli appalti pubblici di servizi e di lavori nonché per gli appalti pubblici di forniture che comportano anche servizi o lavori di posa in opera e di installazione, alle persone giuridiche può essere imposto d'indicare, nell'offerta o nella domanda di partecipazione, il nome e le qualifiche professionali delle persone incaricate di fornire la prestazione per l'appalto di cui trattasi. I raggruppamenti di operatori economici, comprese le associazioni temporanee, sono autorizzati a partecipare a procedure di appalto. Essi non possono essere obbligati dalle amministrazioni aggiudicatrici ad avere una forma giuridica specifica ai fini della presentazione di un'offerta o di una domanda di partecipazione. Ove necessario, le amministrazioni aggiudicatrici possono*

specificare nei documenti di gara le modalità con cui i raggruppamenti di operatori economici devono ottemperare ai requisiti in materia di capacità economica e finanziaria o di capacità tecniche e professionali di cui all'articolo 58, purché ciò sia proporzionato e giustificato da motivazioni obiettive. Gli Stati membri possono stabilire le condizioni generali relative all'ottemperanza a tali modalità da parte degli operatori economici; in deroga al paragrafo 2, le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre ai gruppi di operatori economici di assumere una forma giuridica specifica una volta che sia stato loro aggiudicato l'appalto, nella misura in cui tale trasformazione sia necessaria per la buona esecuzione dell'appalto".

L'interpretazione letterale delle norme rinviene piena conferma in quella di tipo teleologico e sistematico. Ciò perché è finalizzata a consentire, mediante quello che è il principio del cumolo dei requisiti, la partecipazione congiunta di una molteplicità di imprese anche di piccole dimensioni a gare di appalti di notevole entità e, inoltre, consentire la realizzazione dell'appalto nell'interesse della stazione appaltante con la valorizzazione dell'unione delle risorse e di quelle che sono le capacità tecnico-organizzative ed economico-finanziarie di più imprese. Quindi la disciplina in esame deve garantire un grande margine di libertà organizzativa di quelli che sono i fattori di produzione alle imprese, con degli effetti pro-concorrenziali.

Occorre inoltre sottolineare che ai sensi dell'art 83, comma 8, D.lgs. n. 50/2016, le stazioni appaltanti devono indicare le condizioni di partecipazioni richieste, il quale devono essere espresse come livelli minimi di capacità, nel bando di gara o nell'invito a confermare.

Inoltre le stesse stazioni devono verificare sia formalmente che sostanzialmente le capacità realizzative, le competenze sia in ambito tecnico che professionale, le risorse umane e organiche delle imprese interessate a partecipare alla gara di appalto pubblico.

4.La costituzione delle associazioni temporanee di impresa.

La collaborazione tra le imprese deve essere regolata dalla scrittura privata autenticata, soprattutto nel momento in cui si vuole ottenere l'affidamento di un contratto pubblico a cui le società partecipano attraverso un'unica offerta.

L'art. 48, comma 12, D.lgs. 50/2016, dispone che il raggruppamento temporaneo di impresa si costituisce con mandato collettivo di rappresentanza, il quale viene conferito con unico atto alla mandataria, ovvero la società capogruppo, dai mandanti, ovvero coloro che fanno parte degli altri operatori economici componenti l'A.T.I.

Ai sensi delle disposizioni giuridiche civili, il mandato¹¹ è un contratto attraverso cui una parte si impegna a svolgere uno o più atti giuridici per conto di un'altra. In tal caso la rappresentanza comporta che gli effetti dei negozi giuridici compiuti e conclusi dal mandatario si producono direttamente in capo al mandatarario.

Tali norme civili vengono applicate anche in relazione al rapporto alla base del raggruppamento, ma con delle importanti differenze, riguardanti quella che è la tutela del committente pubblico, il quale deve relazionarsi unicamente con l'impresa mandataria.

Il mandato è speciale quando si riferisce a una procedura specifica per la quale il raggruppamento vuole costituirsi, e collettivo¹² quando indica che l'affare è comune a tutti i componenti del raggruppamento temporaneo di imprese.

La collettività del mandato non va ad impedire a ogni mandante costituente l'A.T.I. di far valere in via autonoma l'ipotetica responsabilità della mandataria in

¹¹ Cfr. art. 1703 c.c. secondo cui: *“Il mandato è il contratto col quale una parte si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra.”*

¹² Il mandato, considerato il suo carattere negoziale, deve in ogni caso risultare per scrittura privata con autentica notarile.

a) Oggetto: Si dovrà precisare che si intende costituire un'associazione temporanea d'impresa ai sensi della relativa legge ai fini di partecipare alla gara che sarà stata descritta in premessa.

b) Modalità di esecuzione dei lavori: La clausola avrà il seguente tenore: *“Le società sottoscritte, pur associate in via temporanea, provvederanno alla esecuzione delle opere ciascuna per la quota di rispettiva competenza, a cura, spese, con personale e mezzi propri, avvalendosi pertanto della propria organizzazione con piena autonomia gestionale”*.

c) Responsabilità dei partecipanti: la responsabilità nei confronti dell'Ente Committente è solidale ma si avrà, naturalmente, cura di delineare la natura della responsabilità dei partecipanti nei confronti del committente secondo il tipo di raggruppamento.

Nel caso di integrazione orizzontale, l'offerta delle imprese riunite determina la loro responsabilità solidale per l'intera esecuzione dei lavori, mentre nell'ipotesi di integrazione verticale risponde dei lavori eseguiti solo l'impresa esecutrice dei lavori scorporati, ferma restando la responsabilità solidale dell'impresa capogruppo. Si ribadisce che tale responsabilità solidale sussiste unicamente nei confronti dell'ente committente e non anche nei riguardi di terzi e, tanto meno, nei rapporti interni al raggruppamento. Nel caso di raggruppamento orizzontale la previsione contrattuale avrà il seguente tenore: *“L'offerta delle sottoscritte imprese riunite comporta, nel caso di aggiudicazione, la loro responsabilità solidale nei confronti dell'ente appaltante per l'esecuzione dei lavori”*. Per un raggruppamento verticale la formulazione sarà la seguente: *“L'offerta delle sottoscritte imprese riunite comporta, nel caso di aggiudicazione, la responsabilità del capogruppo anche per l'esecuzione dei lavori scorporati affidati alle mandanti, le quali rispondono solo per tali lavori”*. È importante sottolineare che questa formulazione serve per delineare la responsabilità delle imprese nei confronti dell'ente appaltante. Ai fini interni, invece, bisognerà stabilire nell'atto o, meglio ancora, nel regolamento fra le parti, il modo di suddivisione dell'obbligazione ai sensi dell'art. 1298 c.c. (Rapporti interni tra debitori solidali).

caso di inadempienze dovute, ad esempio, al mancato o erroneo svolgimento delle obbligazioni a lei imposte.

Tale mandato può essere anche definibile “*in rem propriam*”, locuzione latina che significa “mandato a causa propria”, che si ha quando lo stesso viene conferito anche nell’interesse della mandataria.

Rispetto alla disciplina civilistica, il mandato stipulato per il raggruppamento temporaneo di imprese è connotato dal carattere della gratuità.

Infatti, l’art 48 del D.lgs. 50/2016, comma 13, prevede che: “*ha non solo effetto di superare tale presunzione ma anche di precisare un vero e proprio connotato essenziale del rapporto di mandato, cui le parti non potrebbero convenzionalmente rinunciare*”.

Ulteriore caratteristica del mandato, essenziale per la costituzione di un A.T.I., è l’irrevocabilità prevista dall’art. 48 comma 13 del codice dei contratti pubblici, il quale prevede inoltre l’irrevocabilità del mandato nei confronti della stazione appaltante anche in caso di giusta causa.

Anche in tal caso vi è una deroga alle norme in materia civilistica che prevedono, ad esempio, la revoca come causa di estinzione del mandato, oppure l’estinzione del mandato *in rem propriam* in presenza di giusta causa. Se la revoca è inefficace, anche per giusta causa, nei confronti del committente allora deve essere in grado di produrre effetti sul piano dei rapporti interni tra le imprese.

Il codice dei contratti pubblici, con l’art 48 commi 19 e 19-ter, prevede il possibile recesso delle società costituenti l’A.T.I. sia da parte della mandataria e sia da parte dei mandanti quando vi sono determinate condizioni. Queste si realizzano o quando il recesso viene motivato solo da esigenze organizzative delle associazioni temporanee di imprese, o quando le imprese rimanenti posseggono i requisiti di qualificazioni richiesti nel bando di gara ed infine quando la modifica soggettiva non è esclusiva.

Sempre al comma 13 dell’art. 48 è prevista la forma vincolante del mandato, in relazione alle diverse forme previste dal codice civile per tale tipologia di contratto.

Bisogna inoltre sottolineare che la procura, a differenza del mandato che produce effetti solo tra le imprese costituenti il raggruppamento, viene considerata come fonte del potere rappresentativo e costituisce un negozio unilaterale. Quest’ultima deve essere rilasciata in capo al legale rappresentante l’impresa capogruppo e deve

essere redatta nella stessa forma del contratto di mandato cui accede, in deroga all'art. 1392 c.c..

Inoltre non viene impedita né la nomina di un altro procuratore per determinati affari, né la scelta tra gli altri componenti del raggruppamento, nonostante il necessario conferimento del mandato alla capogruppo.

Per mera completezza, l'art 48 al comma 15 afferma che i rapporti con la stazione appaltante sono tutti in capo alla mandataria che deve rappresentare le altre società che compongono l'A.T.I., indipendentemente dalle vicende interne del raggruppamento, nei confronti del committente per tutto il periodo del rapporto.

Di conseguenza, sarà la mandataria a sottoscrivere il contratto d'appalto o i documenti contabili oppure a ricevere i pagamenti ed a svolgere qualsiasi operazione.

Sostanzialmente, con quello che è il potere rappresentativo della capogruppo, il raggruppamento si presenta in modo unitario come appaltatore di fronte alla stazione appaltante.

Secondo l'articolo 48 del D.lgs. 50 /2016 la rappresentanza esclusiva opera anche in favore della stazione appaltante, mentre quest'ultima ha la possibilità di far valere le eventuali responsabilità delle imprese mandanti direttamente nei confronti di quest'ultime.

5.Le tipologie di associazioni temporanee di imprese.

La distinzione fra le varie tipologie di associazioni temporanee di imprese ha a che fare con lo specifico riparto di prestazioni e requisiti di qualificazione all'interno del raggruppamento e con il differente regime di responsabilità tra le imprese riunite nell'A.T.I..

Ed invero, rispetto a quanto stabilito dal bando di gara per cui si concorre, è possibile che si realizzano diverse forme di raggruppamento; di tipo verticale, di tipo orizzontale¹³ e di tipo misto.

5.1 Le associazioni temporanee di impresa verticale.

Tale tipologia di associazione temporanea di imprese è caratterizzata da una disomogeneità dei settori, dei servizi e delle opere e da una differenziazione per quanto riguarda le capacità e i requisiti posseduti dalle società costituenti l'A.T.I. le quali hanno competenze distinte e differenti.

L'oggetto dell'appalto, inoltre, deve attenersi a prestazioni e tipi di servizi che sono autonomi e specifici, differenziabili e scorporabili¹⁴, in modo da poter essere svolti da soggetti distinti con determinate caratteristiche qualificatorie e che siano idonei a svolgere prestazioni, intese dalla stazione appaltante, secondarie.¹⁵

Inoltre, la possibilità di formare un raggruppamento di tipo verticale sussiste unicamente quando la stazione appaltante abbia individuato, in maniera preventiva e chiara, negli atti di gara le prestazioni sia principali che secondarie¹⁶. Tale

¹³ Cfr. sulla distinzione fra A.T.I. verticali ed orizzontali rilevante è la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, n. 8485 del 21.12.2021 che ha sancito il principio secondo cui: “[...] dall’art. 48 del d.lgs. n. 50 del 2016 si desume che la distinzione tra raggruppamenti di tipo verticale ed orizzontale è ravvisabile nel fatto che, rispettivamente, si verta alla presenza di una riunione di operatori nell’ambito della quale il mandatario realizza la prestazione di servizi principali ed i mandanti quelle secondarie, ovvero di una riunione di operatori finalizzata a realizzare il medesimo tipo di prestazioni (Cons. Stato, III, 24 aprile 2019, n. 2641). Più chiaramente, il discrimen tra raggruppamenti si basa sul contenuto delle competenze portate da ciascuna impresa raggruppata ai fini della qualificazione ad una determinata gara (Cons. Stato, Ad. plen., 13 giugno 2012, n. 22) : il raggruppamento orizzontale è caratterizzato dal fatto che le imprese associate (o associande) sono portatrici delle medesime competenze per l’esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto, mentre l’A.T.I. verticale è connotata dalla circostanza che l’impresa mandataria apporta competenze incentrate sulla prestazione prevalente, diverse da quelle delle mandanti, le quali possono avere competenze differenziate anche tra di loro, sicchè nel raggruppamento di tipo verticale un’impresa, ordinariamente capace per la prestazione prevalente, si associa ad altre imprese provviste della capacità per le prestazioni secondarie scorporabili.”

¹⁴ L’art. 3 lett. oo-bis del Codice definisce i lavori di categoria prevalente quelli relativi alla categoria di lavori, generale o specializzata, di importo più elevato fra le categorie costituenti l’intervento e indicate nei documenti di gara; l’art. 3 lett. oo-ter definisce i lavori di categoria scorporabile quelli relativi alla categoria, individuata nei documenti di gara, tra quelli non appartenenti alla categoria prevalente e comunque di importo superiore al 10% dell’importo complessivo dell’opera o del lavoro, ovvero di importo superiore a 150.000 euro, ovvero appartenenti alle categorie dell’art. 89 co. 11 del d.lgs. 50/2016.

¹⁵ Cfr. G. Fumel e F. Casciaro “I raggruppamenti temporanei di imprese nell’evoluzione normativa e giurisprudenziale”, cit., 15.

¹⁶ Cfr. Cons. Stato, V, 4 maggio 2020, n. 2785 “[...] il raggruppamento di tipo verticale è ammesso alla gara in quanto ciò sia previsto dalla lex specialis, attraverso la distinzione tra prestazioni prevalenti o principali e prestazioni scorporabili o secondarie, ai sensi dell’art. 48, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 50 del 2016.”

distinzione è preclusa al partecipante della gara, che non può, tramite una propria iniziativa, scomporre il contenuto della prestazione.

Si assiste, quindi, ad una suddivisione qualitativa che viene fatta delle prestazioni oggetto dell'appalto. Infatti, secondo quanto previsto dall'art. 48 comma 1, D.lgs. 50/2016, quelle inserite nella "categoria prevalente" saranno realizzate dall'impresa mandataria, mentre quelle non appartenenti a tale categoria, invece, saranno indicate nel bando come scorporabili e di conseguenza saranno eseguite dalle imprese mandanti.

Ai sensi dell'art 48 comma 2, cit., le prestazioni di forniture e servizi inquadrate dalla stazione appaltante come principali, anche in termini economici, verranno realizzate dall'impresa capogruppo, mentre quelle indicate come secondarie residueranno in capo alle mandanti.

La possibilità per una delle imprese mandanti di assumere un lavoro scorporabile non preclude né esclude che i requisiti devono essere posseduti al momento della domanda di partecipazione, né consente ad un'impresa di fare una domanda di partecipazione per impresa da nominare qualora non abbia i requisiti previsti.

Solo un'impresa che abbia i requisiti richiesti per l'opera scorporabile avrà l'onere di poter nominare un'ulteriore impresa che si assuma l'esecuzione di quelle opere.

In tale tipologia di A.T.I., la responsabilità delle imprese mandanti è limitata ai lavori e servizi della propria sfera, mentre la mandataria è responsabile in solido con quelle che sono le imprese mandanti anche per quanto riguarda i lavori e servizi che siano sia secondari che scorporabili.

5.2 Le associazioni temporanee di impresa orizzontali.

L'associazione temporanea di impresa di tipo orizzontale è prevista per quelli che sono gli appalti non scorporabili. Tale tipologia di raggruppamento, a differenza di quanto detto per i raggruppamenti verticali, è composta da molteplici imprese che operano nello stesso settore o in settori omogenei e che svolgono attività appartenenti alla medesima categoria.

In tale fattispecie, lo scopo è quello di unire soggetti con medesime competenze per eseguire prestazioni contenute nell'oggetto dell'appalto.

Ciascun operatore economico, quindi, deve essere in grado di partecipare con le proprie competenze all'esecuzione di una sola prestazione.

Ciò va a significare che la diversità delle prestazioni ricorre solo qualora la stazione appaltante abbia individuato in modo preventivo, negli atti di gara, la sussistenza di prestazioni che sono principali e secondarie. Tale situazione, andrà ad escludere la possibilità per le società di poter creare un'associazione temporanea di impresa di tipo orizzontale.

Inoltre, l'art 92, comma 2, del D.P.R n. 207/2010¹⁷, precisa che per tale tipologia di raggruppamento, negli appalti di lavoro, i requisiti di qualificazione di tipo economico-finanziario e tecnico-organizzativo, richiesti nel bando di gara, devono essere posseduti dalla capogruppo oppure da una impresa consorziata nella misura del 40 per cento mentre la restante parte - 10 per cento - dalle mandanti o dalle altre imprese consorziate in maniera cumulativa.

La norma, prevede altresì che le quote di partecipazione al raggruppamento o consorzio possono essere anche stabilite in maniera libera, entro i limiti consentiti.

L'art 48 del D.lgs. 50/2016 al comma 4, prevede che l'operatività del raggruppamento volge ad una suddivisione quantitativa delle prestazioni oggetto dell'appalto. In tal senso la riunione dei diversi operatori economici deve essere finalizzata a realizzare quei lavori appartenenti alla stessa categoria.

Tale circostanza implica altresì che la responsabilità tra le imprese raggruppate è solidale ed illimitata nei confronti degli associati, nonché nei confronti di eventuali subappaltatori e fornitori.

¹⁷ L'art. 92 comma 2 del D.P.R. 207/2010 così testualmente recita: “ Per i raggruppamenti temporanei di cui all'articolo 34, comma 1, lettera d), del codice, i consorzi di cui all'articolo 34, comma 1, lettera e), del codice ed i soggetti di cui all'articolo 34, comma 1, lettera f), del codice, di tipo orizzontale, i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara per l'impresa singola devono essere posseduti dalla mandataria o da un'impresa consorziata nella misura minima del 40 per cento e la restante percentuale cumulativamente dalle mandanti o dalle altre imprese consorziate ciascuna nella misura minima del 10 per cento. Le quote di partecipazione al raggruppamento o consorzio, indicate in sede di offerta, possono essere liberamente stabilite entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato o dal consorzio. Nell'ambito dei propri requisiti posseduti, la mandataria in ogni caso assume, in sede di offerta, i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti con riferimento alla specifica gara. I lavori sono eseguiti dai concorrenti riuniti secondo le quote indicate in sede di offerta, fatta salva la facoltà di modifica delle stesse, previa autorizzazione della stazione appaltante che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate”.

5.3 Le associazioni temporanee di impresa miste.

Il raggruppamento di tipo misto è un raggruppamento di tipo verticale contenente internamente dei sub - raggruppamenti di tipo orizzontale.

Il contratto associativo del raggruppamento di tipo misto è molto articolato, infatti, di fianco alla mandataria capogruppo dell'intero raggruppamento si individua una seconda impresa capogruppo che, per quanto concerne l'ambito del sub-raggruppamento relativo ai lavori scorporabili, è soggetta a quelle che sono le stesse regole generali previste per la capogruppo.

In particolare, così come stabilito dalla sentenza del Consiglio di stato, sez. VI, del 15 ottobre 2018 n.5919¹⁸, la verifica del possesso di qualificazione della mandataria nella misura minima del 40 per cento deve essere effettuata in capo all'impresa capogruppo del sub-raggruppamento.

Conseguentemente, si riconosce la preminenza dell'interesse pubblico primario alla compiuta esecuzione di quelle che sono le opere scorporabili e l'aggiunta di un ulteriore soggetto solidamente responsabile nei confronti della stazione appaltante.

Infine, ha assunto particolare importanza – nel corso degli anni – la questione riguardante l'incremento del quinto in caso di raggruppamento misto per qualificazione nell'appalto di lavori pubblici, disciplinato dall'art. 61, comma 2, del D.P.R. n. 207/2010¹⁹.

Sul punto si è espressa l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 2 del 13 gennaio 2023.

Più in particolare, con ordinanza n. 7310/2022 il Consiglio di Stato deferiva all'Adunanza Plenaria il seguente quesito: *“se [...] l'art. 61, comma 2, nella parte*

¹⁸ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n. 5919 del 15 ottobre 2018: *“[...] in difetto di una disposizione speciale derogatoria e in assenza di qualsivoglia distinzione operata dall'art. 48, comma 1, del d. lgs. n. 50 del 2016 tra raggruppamenti orizzontali relativi alla categoria prevalente e raggruppamenti orizzontali relativi alle categorie scorporabili - nei raggruppamenti misti ogni sub-raggruppamento debba essere esaminato autonomamente, con la conseguenza che la verifica del possesso della qualificazione della mandataria nella misura minima del 40% (stabilita dall'art. 92, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010 per i raggruppamenti orizzontali negli appalti di lavori), con riferimento alla singola categoria scorporabile della cui realizzazione la stessa è partecipe unitamente a una o più mandanti, deve essere effettuata in capo all'impresa capogruppo del sub-raggruppamento.”*

¹⁹ L'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010 prevede che *«la qualificazione in una categoria abilita l'impresa a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto; nel caso di imprese raggruppate o consorziate la medesima disposizione si applica con riferimento a ciascuna impresa raggruppata o consorziata, a condizione che essa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara; nel caso di imprese raggruppate o consorziate la disposizione non si applica alla mandataria ai fini del conseguimento del requisito minimo di cui all'articolo 92, comma 2».*

in cui prevede, quale condizione per l'attribuzione, ai fini della qualificazione per la categoria di lavori richiesta dalla documentazione di gara, del beneficio dell'incremento del quinto, che ciascuna delle imprese concorrenti in forma di raggruppamento temporaneo, il presupposto della sussistenza, per ciascuna delle imprese aggregate, di una qualificazione «per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara», si interpreti, nella specifica ipotesi di partecipazione come raggruppamento c.d. misto, nel senso che tale importo a base di gara debba, in ogni caso, essere riferito al valore complessivo del contratto ovvero debba riferirsi ai singoli importi della categoria prevalente e delle altre categorie scorporabili della gara.»

Il quesito rimesso all'Adunanza Plenaria è accertare se e in che misura la disciplina dell'incremento del quinto possa trovare applicazione anche nell'ambito del raggruppamento misto.

Sul punto vi sono due diversi orientamenti.

Secondo il primo indirizzo, l'art. 61, comma 2, cit. di interpretazione restrittiva²⁰, andrebbe esclusa l'applicazione del beneficio dell'incremento del quinto per tutte quelle imprese che, anche se in raggruppamento, non dimostrino singolarmente il possesso della qualificazione pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara.

Altra parte della giurisprudenza, invece, accoglie un'interpretazione estensiva²¹ dei criteri di qualificazione delle imprese in R.T.I. misto, in quanto un'interpretazione restrittiva dell'art. 61, comma 2, cit. comporterebbe un contrasto interno che non consentirebbe l'applicazione della norma tutte le volte in cui il 20% dell'importo dei lavori a base d'asta risulti superiore all'importo dei lavori della categoria per la quale si chiede di usufruire dell'aumento del quinto.

Ebbene, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha accolto l'orientamento estensivo dell'art. 61, comma, cit., evidenziando che un'interpretazione restrittiva della norma *“appare irragionevole e, per altro verso, contrastante con il dettato normativo e l'intero sistema delle qualifiche e classifiche costruito dall'attuale legislazione, lo si ribadisce, su singole categorie di lavorazioni, e con ciò, per paradosso, ancor meno tutelante per le stazioni appaltanti, interessate non tanto a contrarre con imprese che abbiano, sul piano quantitativo, un certo fatturato,*

²⁰ Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 13 aprile 2021, n. 3040.

²¹ Cfr. C.G.A.R.S., sez. giurisd., 11 aprile 2022, n. 450

rapportato all'intera base d'asta, bensì ad avere quali contraenti associati imprese qualificate, sul piano qualitativo (e, dunque, in base alla classifica per categoria), all'esecuzione della specifica lavorazione nel raggruppamento misto. Una interpretazione restrittiva di questo beneficio viene dunque ad introdurre, per il raggruppamento misto, una limitazione ed uno sbarramento comunque sproporzionati rispetto alla finalità – quella, cioè, di tutelare la pubblica amministrazione da una eccessiva frammentazione di imprese e requisiti – che tale rigorosa impostazione professa di volere raggiungere, con l'asserito “blocco” della premialità”.

In ragione di ciò, il Supremo Consesso ha pronunciato il seguente principio di diritto: *“la disposizione dell'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010, laddove prevede, per il raggruppamento c.d. orizzontale, che l'incremento premiale del quinto si applica con riferimento a ciascuna impresa raggruppata o consorziata, a condizione che essa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara, si applica anche, per il raggruppamento c.d. misto, alle imprese del singolo sub-raggruppamento orizzontale per l'importo dei lavori della categoria prevalente o della categoria scorporata a base di gara”.*

6. Avalimento e associazioni temporanee di impresa.

Per poter partecipare ad una gara di appalto pubblico, la stazione appaltante richiede il possesso di determinati requisiti sia attinenti alla capacità tecnica, sia attinenti alla capacità economica.

Qualora un'impresa interessata alla partecipazione non possieda tali requisiti può fare ricorso all'istituto dell'avvalimento.

Tale istituto è di derivazione comunitaria, disciplinato dall'art 89 del D.lgs. 50/2016²², il quale consente ad una società priva dei requisiti necessari di capacità

²² Cfr. art. 89 del D.lgs. n. 50 del 2016: *“l'operatore economico, singolo o raggruppamento di cui all'articolo 45, per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara, e, in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all'articolo 80, nonché il possesso dei requisiti di qualificazione di cui all'articolo 84, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche di partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste.”*

tecnico-professionale ed economico-finanziaria di soddisfare quanto richiesto dalla stazione appaltante avvalendosi della capacità, delle risorse e dei mezzi di altri operatori economici.

Ciò può essere verificarsi sia per partecipare ad una singola procedura di gara facendo ricorso all'avvalimento occasionale, sia per ottenere l'attestazione SOA o l'iscrizione nei sistemi di qualificazione, c.d. avvalimento stabile.

La ratio dell'avvalimento è quella di poter accrescere la platea dei possibili partecipanti, con strumenti diversi rispetto a quelle forme aggregative come RTI o consorzi, favorendo così anche l'accesso di piccole e medie imprese agli appalti pubblici.²³

L'avvalimento non può risolversi in un prestito meramente cartolare del requisito di partecipazione ma occorre che si possa fare un reale affidamento sui requisiti oggetto dello stesso²⁴.

Il prestito dei requisiti, infatti, avviene tramite contratto o tramite dichiarazioni predisposte sia dall'impresa ausiliare che quella avvalente trasmesse poi alla stazione appaltante.

L'utilizzo dell'avvalimento non incontra particolari limiti e può essere utilizzato ad esempio da imprese singole, da raggruppamenti temporanei di imprese, da consorzi di imprese e da gruppi Europei di interesse economico. Non è consentito ricorrere all'avvalimento nei confronti di imprese che partecipano autonomamente come concorrenti alla medesima gara, partecipano autonomamente come concorrenti nel medesimo lotto e che risultino essere già ausiliarie di un'altra impresa partecipante alla gara.

Con riferimento alla possibilità di ricorrere all'istituto dell'avvalimento per le imprese riunite, esso si distingue in esterno e interno a seconda della posizione dell'impresa ausiliaria rispetto alle partecipanti al raggruppamento.

L'attuale diritto positivo, su impulso delle Direttive dell'anno 2014, riconosce espressamente l'ammissibilità di entrambe le suddette forme di avvalimento,

²³ Cfr. G. Fumel e F. Casciaro *"I raggruppamenti temporanei di imprese nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale"*, cit., 45.

²⁴ Cfr. Tar Trento, sentenza n. 121 del 1/10/2019 *"Il possesso da parte dell'impresa ausiliaria dell'attestazione SOA non accompagnato da un contratto che indichi espressamente quali mezzi e risorse vengono messi a disposizione dell'ausiliata non consente che la stazione appaltante possa confidare su un impegno contrattuale certo e vincolante per le proprie aspettative di buona riuscita del servizio"*

superando così alcune passate riserve formulate dalla dottrina e dalla giurisprudenza amministrativa²⁵.

Ed invero, l'art 89, comma 1, del D.lgs. 50/2016, riguardo all'ammissibilità dell'avvalimento interno sancisce che “*un raggruppamento di operatori economici di cui all'art 19, paragrafo 2, può fare valere la capacità dei partecipanti del raggruppamento o di altri soggetti*”.

Pertanto, in tale ultimo caso, è necessario verificare se l'impresa ausiliaria possieda i requisiti di partecipazione tali da consentirle di partecipare e come concorrente in A.T.I, e come impresa ausiliaria nell'ambito della medesima A.T.I.

Per questo motivo, il ricorso all'avvalimento interno al R.T.I. è consentito a condizione che l'impresa avvalsa disponga di capacità e requisiti in misura maggiore rispetto a quelli necessari alla propria partecipazione al raggruppamento (e, dunque, alla sua qualifica), così da generare un *surplus* idoneo a colmare le carenze delle altre imprese raggruppate²⁶.

25 Cfr. S. Fantini, H. Simonetti, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, cit., 60: “trova conferma nell'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016 la possibilità che il raggruppamento temporaneo di imprese possa fare affidamento sulle capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti, ammettendosi in tale modo che anche il requisito di capacità prescritto per le singole imprese del raggruppamento possa essere dimostrato attraverso l'avvalimento dei requisiti di altre imprese o partecipanti al raggruppamento, ovvero terze rispetto al medesimo realizzando, rispettivamente, un'ipotesi di avvalimento interno od esterno.”

²⁶ Cfr. C. Zucchelli, *Avvalimento*, cit., 1243, ove si sostiene l'ammissibilità dell'avvalimento interno purché «l'avvalso utilizzi la parte eccedente del proprio requisito rispetto a ciò che gli è stato necessario per qualificarsi come soggetto della ATI». In caso contrario, infatti, il requisito dell'ausiliaria sarebbe conteggiato ben due volte: “la prima per qualificare l'avvalso quale associato nella ATI, la seconda per qualificare, per relazione, altra società della ATI o l'ATI stessa»; G. Guzzardo, *Imprese alleate e avvalimento “infragrappo” dei requisiti di partecipazione alle pubbliche gare*, in *Foro amm.*, 2007, X, 3234, ove l'A. afferma che, nell'ambito di un raggruppamento temporaneo di imprese, “all'impresa ausiliaria sarà consentito prestare alla ditta associata [...], che non disponga del corredo di requisiti nella misura necessaria a superare la soglia di ammissione, unicamente il proprio *surplus* di capacità”; e N. Sersale, A. Tiraboschi, *La partecipazione aggregata alle gare e l'avvalimento*, cit., 230, ove si definisce come ‘principio fermo’ in tema di raggruppamenti quello secondo cui «l'impresa raggruppata che svolga, nella stessa gara, sia il ruolo di soggetto qualificato in proprio, sia quello di impresa ausiliaria di un'altra partecipante al raggruppamento, deve possedere i requisiti nella misura tale da consentirle tale duplice imputazione, essendo escluso che, nella stessa gara, il medesimo requisito possa essere impiegato più di una volta”. In senso analogo, già la determinazione dell'ex A.V.C.P. n. 2 dell'1 agosto 2012, nella parte in cui rimarcava la necessità di «accertare che i requisiti di partecipazione siano posseduti dall'impresa avvalsa in misura sufficiente a consentirle sia la partecipazione alla gara come concorrente in R.T.I. sia la partecipazione alla stessa gara in veste di impresa ausiliaria nell'ambito del medesimo R.T.I.». Trattasi, infatti, di principio fermo in tema di raggruppamenti quello secondo cui «l'impresa raggruppata che svolga, nella stessa gara, sia il ruolo di soggetto qualificato in proprio sia quello di impresa ausiliaria di un'altra partecipante al raggruppamento, possieda i requisiti nella misura tale da consentirgli una duplice imputazione, essendo escluso che, nella stessa gara, il medesimo requisito possa essere impiegato più di una volta». Cfr. la delibera A.N.AC. n. 1343 del 20 dicembre 2017, ove si è chiaramente affermato che “principio fermo in tema di raggruppamenti, infatti, è quello secondo il quale l'impresa raggruppata che svolga, nella stessa gara, sia il ruolo di soggetto qualificato in proprio sia quello di impresa ausiliaria di un'altra

Tale circostanza è stata confermata anche da una parte della giurisprudenza che ha ritenuto che la contraddizione apparente tra le norme 83, comma 8 e 89 cit., debba risolversi riconoscendo che tale tipo di avvalimento possa essere messo in atto solo qualora non si vada ad alterare la regola che prevede che la mandataria deve possedere i requisiti richiesti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria.

Da ultimo, sui limiti al ricorso all'avvalimento interno da parte della mandataria e sulla compatibilità della normativa nazionale con quella europea, si è pronunciata la Corte di Giustizia UE con sentenza del 28 aprile 2022 (C-642/2020)²⁷.

Più in particolare, la Corte di Giustizia UE ha statuito il principio secondo cui l'impresa mandataria può ricorrere all'avvalimento per integrare i requisiti prescritti dal bando di gara, nell'ottica del *favor participationis*, poiché ciò che conta, nell'ottica europea, è la qualità della prestazione da rendere.

Recentemente su tale interpretazione giurisprudenziale si è pronunciata anche l'ANAC, che con delibera n. 1140 del 22 dicembre 2020, ha stabilito che la regola codificata nell'art. 83, comma 8, del Codice dei contratti pubblici (secondo la quale la mandataria "in ogni caso" deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria) non può essere intesa come limite all'avvalimento, perché così interpretata essa sarebbe contraria al diritto euro-unitario, che non pone limitazioni quantitative né qualitative a tale istituto e che lo consente espressamente anche nell'ambito dei raggruppamenti di imprese e, in tal caso, sia mediante avvalimento interno sia mediante avvalimento esterno.

partecipante al raggruppamento, possieda i requisiti nella misura tale da consentirgli una duplice imputazione, essendo escluso che, nella stessa gara, il medesimo requisito possa essere impiegato più di una volta".

²⁷ La pronuncia nasce dall'ordinanza n. 1106 del 24 novembre 2020 con cui il CGARS ha rimesso alla Corte di Giustizia UE la seguente questione: "Se l'articolo 63 della direttiva 2014/24 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, relativo all'istituto dell'avvalimento, unitamente ai principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), osti all'applicazione della normativa nazionale italiana in materia di "criteri di selezione e soccorso istruttorio" di cui all'inciso contenuto nel penultimo periodo del comma 8 dell'art. 83 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nel senso che in caso di ricorso all'istituto dell'avvalimento (di cui all'articolo 89 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), in ogni caso la mandataria deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria."

7. I requisiti dell’A.T. I e delle imprese riunite. Quote di qualificazione, quote di esecuzione e quote di partecipazione.

Per poter formare un raggruppamento e partecipare ad un bando di gara, gli operatori economici devono possedere determinati requisiti.

In linea generale, l’art. 48, comma 4, del D.lgs. 50/2016, menziona le cosiddette quote di partecipazione²⁸ che si distinguono dalle quote di qualificazione²⁹ e dalle quote di esecuzione.

Al fine di dare una definizione; le quote di partecipazione rappresentano non un requisito sostanziale dell’offerta, ma solo il contenuto della dichiarazione con la quale le imprese interessate rappresentano di voler partecipare alla gara, mentre le quote di qualificazione attengono alle caratteristiche soggettive del concorrente che aspira all’aggiudicazione del lavoro, della fornitura o del servizio in gara e riguardano un aspetto essenziale per la valutazione delle potenzialità o meglio della capacità del concorrente di realizzare quanto eventualmente aggiudicatogli. Le quote di esecuzione, invece, rappresentano quella parte di lavoro, di servizio o di fornitura che verrà effettivamente realizzato da ciascuna dell’imprese costituenti il raggruppamento, nel caso di affidamento.

Nella disciplina previgente era previsto che gli operatori economici che formavano un raggruppamento temporaneo di imprese dovessero eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alle quote di partecipazione al raggruppamento, da indicarsi in offerta ai sensi dell’art 37, comma 13, del D.lgs. 163/2006.³⁰

²⁸ Cfr. TAR Campania-Salerno, sez. I, 27.09.2018, n. 1342: *“la percentuale di partecipazione [...] non rappresenta un requisito sostanziale dell’offerta ma solo il contenuto della dichiarazione con la quale le imprese interessate rappresentano di voler partecipare alla gara: la percentuale, infatti, rileva essenzialmente – ora nei confronti della stazione appaltante ora all’interno del gruppo – come misura della responsabilità ovvero come misura con la quale si partecipa agli utili derivanti dalla esecuzione dell’appalto.”*

²⁹ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 22.08.2016, n. 3666: *“I requisiti di qualificazione attengono alle caratteristiche soggettive del concorrente che aspira all’aggiudicazione del lavoro, della fornitura o del servizio in gara e riguardano un aspetto essenziale per la valutazione delle potenzialità o meglio della capacità dell’aspirante a realizzare quanto poi eventualmente aggiudicatogli; la quota di partecipazione invece rappresenta null’altro che l’espressione della percentuale di “presenza” all’interno del raggruppamento ed ha riflessi in riferimento alla responsabilità del componente del raggruppamento temporaneo di imprese; la quota di esecuzione è semplicemente la parte di lavoro, di servizio o di fornitura che verrà effettivamente realizzato nel caso di affidamento.”*

In ambito di appalto di lavori, invece, ai sensi dell'art 92, comma 2, del D.P.R. n. 207 del 2010, era previsto che le quote di partecipazione al raggruppamento potessero essere liberamente stabilite entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato.

Pertanto, vigeva in giurisprudenza il principio della triplice corrispondenza tra quota di partecipazione, quota di esecuzione e requisito di qualificazione.

Solo successivamente, la triplice corrispondenza è stata limitata agli appalti di lavori, dall'art. 1, comma 2-bis, lettera a, del d.l. 95/2012, convertito in legge 135/2012, che ha inserito all'art. 37, comma 13, l'incipit specificativo "*Nel caso di lavori*", per poi essere definitivamente superata dall'art. 12, comma 8, del d.l. 47/2014, conv. in Legge 80/2014, che ha abrogato il comma 13.

Sul punto, rilevante è stata la sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di stato, 28 agosto 2014, n. 27, che ha statuito il principio secondo cui "*l'obbligo della corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione, fermo restando, però, che ciascuna impresa va qualificata per la parte di prestazioni che s'impegna ad eseguire, nel rispetto delle speciali prescrizioni e modalità contenute nella normativa di gara.*"³¹

Nonostante ciò, la successiva giurisprudenza è stata granitica.

C'è, infatti, chi ha continuato a sostenere che, in assenza di un'espressa disposizione normativa, la liberalizzazione delle quote non esclude l'obbligo di mantenere una corrispondenza tra la quota di qualificazione e quota di esecuzione; e chi, invece, ha sostenuto che poiché vi è la mancanza di una disposizione normativa di divieto e la mancanza di previsioni specifiche della *lex specialis* di gara, non vi sarebbero riferimenti per poter applicare il suddetto principio anche nelle ipotesi di appalti di servizi e forniture.³²

³⁰ Cfr. art. 37, comma 13, d.lgs. 163 del 2006 prevedeva che "*i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento*"

³¹ Cfr. Cons. Stato, III, n. 6471/2018, dopo l'intervento dell'Adunanza Plenaria n. 27/2014, ha statuito il principio secondo cui "*non vige ex lege il principio di necessaria corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa e la quota della prestazione di rispettiva pertinenza, essendo la relativa disciplina rimessa alle disposizioni della lex specialis della gara...*". Ne è stata tratta la conclusione che, "*non essendo richiesta dalla lex specialis la corrispondenza tra le quote di qualificazione e quelle di esecuzione (in quanto i requisiti di capacità tecnica erano previsti per l'intero raggruppamento, senza alcuna distinzione in relazione ai componenti), "in mancanza di una specifica previsione eterointegrativa, non poteva disporsi l'esclusione della concorrente."*

³² Cfr. G. Fumel e F. Casciaro "*I raggruppamenti temporanei di imprese nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale*", cit., 46.

Attualmente, ai sensi dell'art 48, comma 3, del codice degli appalti (D.lgs. 50/2016), è previsto unicamente che i soggetti partecipanti al raggruppamento devono essere in possesso dei requisiti di qualificazione richiesti per la partecipazione alle gare d'appalto pubbliche, come stabilito dall'art. 92 del D.P.R. 207/2010 che al comma 2 prevede: *“le quote di partecipazione al raggruppamento o consorzio, indicate in sede di offerta, possono essere liberamente stabilite entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato o dal consorziato. Nell'ambito dei propri requisiti posseduti, la mandataria in ogni caso assume, in sede di offerta, i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti con riferimento alla specifica gara. I lavori sono eseguiti dai concorrenti riuniti secondo le quote indicate in sede di offerta, fatta salva la facoltà di modifica delle stesse, previa autorizzazione della stazione appaltante che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate”*.

Dalla lettura sistematica dell'art. 92, comma 2, cit., si evince pertanto che, per quanto riguarda l'ambito dei lavori, non è previsto l'obbligo di corrispondenza tra le quote di esecuzione e partecipazione, a differenza invece di quanto previsto nel versante dei servizi e forniture dove tale obbligo non è fissato per qualsiasi tipologia di quote.

Ed invero, in tale ultima circostanza, in mancanza di una norma imperativa avente forza di integrazione, spetta alla stazione appaltante la possibilità di richiedere in modo esplicito la necessaria corrispondenza tra le quote di qualificazione e quelle di esecuzione. In assenza di una previsione analoga nella normativa specifica, si verifica una situazione in cui i requisiti di capacità tecnica ed economica sono richiesti per l'intero raggruppamento, senza alcuna distinzione tra i suoi componenti.

Pertanto, il servizio oggetto di gara può essere aggiudicato e successivamente eseguito anche da operatori economici privi del requisito richiesto, a condizione che tale requisito sia posseduto in modo cumulativo dall'intero raggruppamento e che la mandataria lo detenga in misura maggiore.

Per ciò che concerne, invece, gli appalti di lavoro, lo stesso art. 92 del D.P.R. 207/2010 prevede il necessario rapporto tra quota di qualificazione e quota di esecuzione.³³

³³ Cfr. ex multis Consiglio di Stato, sez. III, 21/1/2019, n. 491 in *Foro amm.*

Di conseguenza, l'inosservanza di detto principio è causa di esclusione dell'intero raggruppamento, anche se lo scostamento sia minimo ed anche nel caso in cui il raggruppamento nel suo insieme, ovvero un'altra delle imprese del medesimo, sia in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all'esecuzione dell'intera quota di lavori.³⁴

³⁴ Cfr. Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n.6 del 27 marzo 2019: “ *in applicazione dell’art 92, comma 2, D.P.R. 5 ottobre 2010 n.207, la mancanza del requisito di qualificazione in misura corrispondente alla quota dei lavori, cui si è impegnata una delle imprese costituenti il raggruppamento temporaneo in sede di presentazione dell’offerta, è causa di esclusione dell’intero raggruppamento, anche se lo scostamento sia minimo ed anche nel caso in cui il raggruppamento nel suo insieme sia in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all’esecuzione dell’intera quota di lavori.*”

CAPITOLO II

**LE MODIFICHE SOGGETTIVE DELL' ATI ALLA LUCE
DELLA SENTENZA DEL CONSIGLIO DI STATO, AD. PL., N.
2/2022: IL CASO PRATICO**

SOMMARIO: 1. L'immodificabilità soggettiva dell'associazione temporanea di imprese: l'evoluzione normativa e giurisprudenziale. - 1.1. Le sentenze del Consiglio di Stato, Ad. Pl., del 27 maggio 2021 n. 9 e 10. - 2. Il superamento del dogma dell'immodificabilità soggettiva dell'associazione temporanea di imprese anche in fase di gara: l'ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato n. 659/2021 e la sentenza del Consiglio di Stato, Ad. Pl., n. 2/2022. - 2.1 I temperamenti ai principi in gioco e la progressiva spersonalizzazione del contratto pubblico. 3. L'estensione della possibilità di riduzione del raggruppamento alla perdita dei requisiti dell'art. 80 del Codice in fase di gara. - 4. La partecipazione del raggruppamento dopo la Adunanza Plenaria n. 2/2022 e la sentenza della Corte di Giustizia Europea del 28 aprile 2022 (C – 642/20). - 5. Il caso pratico. - 6. Il divieto di modifica per addizione: la sentenza del Consiglio di Stato, dell'8 febbraio 2022, n. 899. - 7. La modifica di RTI in caso di sopravvenuta perdita dei requisiti speciali di un componente: la sentenza del Consiglio di Stato, del 10 novembre 2022, n. 9864. - 8. I problemi aperti.

1. L'immodificabilità soggettiva dell'associazione temporanea di imprese: l'evoluzione normativa e giurisprudenziale

Prima della emblematica sentenza del Consiglio di Stato, Ad. Pl., n. 2/2022, vigeva il principio dell'immodificabilità soggettiva delle associazioni temporanee di imprese.

Il divieto di modifica soggettiva si fondava sostanzialmente sul principio della *par condicio* tra i concorrenti, al fine di assicurare una conoscenza piena ed effettiva da parte delle amministrazioni aggiudicatrici dei soggetti che volessero assumere un impegno con essa, attuando una verifica preliminare e compiuta dei requisiti di idoneità richiesti dal bando di gara in ambito tecnico-organizzativo e economico-finanziario.

Tale verifica non poteva essere vanificata o esclusa da modificazioni soggettive del corpo del raggruppamento.

Deroga al principio generale di immodificabilità soggettiva delle ATI era rappresentato dall'art. 37, commi 18 e 19 del vecchio Codice, il quale sanciva i casi tassativi in cui è possibile la modifica soggettiva delle ATI³⁵.

Pertanto, al di fuori dei casi previsti dall'art. 37, commi 18 e 19, cit., ovverosia fallimento del mandatario, morte, interdizione, inabilitazione o fallimento di un imprenditore individuale, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, non era ammessa la modifica soggettiva del RTI.

Ed invero, nel corso del tempo si è aperto un forte contrasto giurisprudenziale sul dettato letterale della disposizione in commento.

Secondo una prima interpretazione di matrice decisamente restrittiva, dalla richiamata limitazione legislativa si ricavava un divieto generale riguardante la possibile modifica della compagine soggettiva in corso di gara o dopo l'aggiudicazione, fuori dai casi consentiti³⁶.

Infatti, secondo i sostenitori di questa tesi, la stazione appaltante doveva essere messa in grado di poter conoscere tutti i soggetti con cui contrattare, in seguito alla sottoscrizione del mandato di quest'ultimi³⁷.

³⁵ F. Caringella *"Manuale di diritto amministrativo"*, VII edizione, 2014, 1573.

³⁶ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 7 aprile 2006, n. 1903, id., 30 agosto 2006, n. 5081.

³⁷ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 23 luglio 2007, n. 4101; id., VI, 13 maggio 2009, n. 2964; id., 16 febbraio 2010, n. 842.

Pertanto, nel caso di modifica della compagine soggettiva, la conseguenza era la lesione del principio della *par condicio* adattabile agli sviluppi della procedura di gara, che provocava di conseguenza una formazione a geometria variabile.

Tale tesi restrittiva è stata messa in discussione da ulteriori pronunce giurisprudenziali, nelle quali si è sostenuto che una volta aggiudicata la gara d'appalto, è consentito il recesso di uno o più soggetti economici del raggruppamento se i rimanenti dispongono dei requisiti di qualificazione richiesti per svolgere le prestazioni in oggetto.

Perciò, il divieto di modifica soggettiva dovrebbe valere solo qualora vengano aggiunti o sostituiti i componenti che fanno parte del raggruppamento temporaneo di imprese.

Sul punto, si è osservato che il divieto imposto dall'art. 37, commi 18 e 19, deve essere temperato in ragione dello scopo che persegue, ovvero, quello di consentire alla stazione appaltante di poter verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che vogliono partecipare alla gara d'appalto e, allo stesso tempo, di precludere la possibilità di mettere in atto delle modificazioni soggettive, in aggiunta ai controlli, in grado di impedire le suddette verifiche preliminari.

È quindi chiaro che le sole modifiche soggettive in grado di eludere detta disposizione, siano quelle che comportano l'aggiunta e la sostituzione delle imprese che partecipano al raggruppamento e non anche quelle che possono condurre al recesso di una delle imprese dal corpo del raggruppamento.

In tal caso l'amministrazione, al momento dei mutamenti soggettivi, ha già messo in atto tutte le verifiche dei requisiti di capacità e moralità dell'impresa o di quelle restanti; perciò, i rischi che il divieto mira ad impedire non possono verificarsi.

Sulla scia di quanto innanzi detto, la giurisprudenza successiva ha apportato alcune puntualizzazioni alla tesi estensiva.

Più precisamente, è stato ritenuto che tale orientamento, da un lato, non penalizzi la stazione appaltante, dall'altro, non penalizzi gli operatori economici, le cui dinamiche non di rado impongono modificazioni soggettive di consorzi e raggruppamenti, per delle motivazioni che prescindono dalla singola gara e che, di conseguenza non possono impedire le partecipazioni se non deriva nessun svantaggio o danno alla stazione appaltante.

Ed inoltre, tali situazioni non integrano una violazione della *par condicio* dei partecipanti, in quanto non si andrebbe ad introdurre nuovi operatori economici, ma

si permetterebbe la possibilità di recedere a uno dei consorziati o dei partecipanti mediante l'utilizzo dei requisiti già posseduti dai soggetti che rimangono.

Sul punto, si è pronunciata l'Adunanza Plenaria n. 8/2012³⁸ che ha condiviso tale ultima impostazione, sempre che la modifica in senso riduttivo, dei partecipanti del raggruppamento, avvenga per motivi ed esigenze organizzative proprie dell'A.T.I.,

³⁸ L'Adunanza plenaria n. 8/2012 sancisce il principio secondo cui: *“Il principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche, mira a garantire una conoscenza piena da parte delle amministrazioni aggiudicatrici dei soggetti che intendono contrarre con le amministrazioni stesse consentendo una verifica preliminare e compiuta dei requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria dei concorrenti, verifica che non deve essere resa vana in corso di gara con modificazioni di alcun genere [Cons. St., sez. V, 7 aprile 2006, n. 1903; Cons. St., sez. V, 30 agosto 2006, n. 5081]. La tesi è stata però rimessa in discussione da altre pronunce, secondo cui sarebbe possibile, dopo l'aggiudicazione, il recesso di una o più imprese dell'a.t.i., se quelle rimanenti siano in possesso dei requisiti di qualificazione per le prestazioni oggetto dell'appalto: infatti il divieto legislativo riguarderebbe solo l'aggiunta o la sostituzione di componenti, non anche il venir meno, senza sostituzione, di taluno [Cons. St., sez. IV, 23 luglio 2007, n. 4101]. Si è osservato che il divieto di modificazione soggettiva non ha l'obiettivo di precludere sempre e comunque il recesso dal raggruppamento in costanza di procedura di gara. Il rigore di detta disposizione va, infatti, temperato in ragione dello scopo che persegue, che è quello di consentire alla stazione appaltante, in primo luogo, di verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara e, correlativamente, di precludere modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli, e dunque, in grado di impedire le suddette verifiche preliminari. Tale essendo, dunque, la funzione di detta disposizione è evidente come le uniche modifiche soggettive elusive del dettato legislativo siano quelle che portano all'aggiunta o alla sostituzione delle imprese partecipanti e non anche quelle che conducono al recesso di una delle imprese del raggruppamento, in tal caso, infatti, le esigenze succitate non risultano affatto frustrate poiché l'amministrazione, al momento del mutamento soggettivo, ha già provveduto a verificare i requisiti di capacità e di moralità dell'impresa o delle imprese che restano, sicché i rischi che il divieto mira ad impedire non possono verificarsi [Cons. St., sez. VI, 13 maggio 2009, n. 2964]. La tesi più ampia è stata in prosieguo seguita dalla giurisprudenza con alcune puntualizzazioni. Tale orientamento da un lato, non penalizza la stazione appaltante, non creando incertezze, e dall'altro lato non penalizza le imprese, le cui dinamiche non di rado impongono modificazioni soggettive di consorzi e raggruppamenti, per ragioni che prescindono dalla singola gara, e che non possono precluderne la partecipazione se nessun documento ne deriva per la stazione appaltante. Né si verifica una violazione della par condicio dei concorrenti, perché non si tratta di introdurre nuovi soggetti in corsa, ma solo di consentire a taluno degli associati o consorziati il recesso, mediante utilizzo dei requisiti dei soggetti residui, già comunque posseduti. Tale soluzione va seguita purché la modifica della compagine soggettiva in senso riduttivo avvenga per esigenze organizzative proprie dell'a.t.i. o consorzio, e non invece per eludere la legge di gara e, in particolare, per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente dell'a.t.i. che viene meno per effetto dell'operazione riduttiva [Cons. St., sez. VI, 16 febbraio 2010, n. 842]. Nella prospettiva in commento si è osservato anche che il recesso dell'impresa componente di un raggruppamento nel corso della procedura di gara non vale a sanare ex post una situazione di preclusione all'ammissione alla procedura sussistente al momento dell'offerta in ragione della sussistenza di cause di esclusione riguardanti il soggetto recedente, pena la violazione della par condicio tra i concorrenti; tale tesi è stata seguita, incidentalmente, anche da una decisione dell'adunanza plenaria del 2010 [Cons. St., ad. plen., 15 aprile 2010, n. 2155; Cons. St., sez. V, 10 settembre 2010, n. 6546]; e che una diversa soluzione ermeneutica, che intendesse impedire il controllo sui requisiti di ammissione delle imprese recedenti, consentirebbe l'elusione delle prescrizioni legali che impongono il possesso dei requisiti stessi in capo ai soggetti originariamente facenti parte del raggruppamento all'atto della scadenza dei termini per la presentazione delle domande di partecipazione [Cons. St., sez. V, 28 settembre 2011, n. 5406]. Alla luce di tale orientamento, che il Collegio condivide, nel caso di specie la sostituzione dell'impresa esecutrice avrebbe sanato ex post il difetto di un requisito di partecipazione, in violazione della par condicio, e pertanto era inammissibile.”*

e non per cercare di aggirare la legge di gara o cercare di evitare le sanzioni dovute dalla possibile esclusione dalla gara per mancanza di requisiti in capo ad uno dei soggetti, il quale viene estromesso per effetto dell'operazione riduttiva.

Pertanto, il recesso di uno dei soggetti, che partecipa al raggruppamento, nel corso della procedura di gara non può sanare *ex post* una situazione di preclusione all'ammissione alla procedura sussistente al momento dell'offerta per la presenza di cause che escludono il soggetto recedente, pena la violazione della *par condicio* tra i concorrenti.

Più problematico è invece, il caso del fallimento del mandatario oppure nei casi morte, interdizione e inabilitazione che colpiscono l'imprenditore individuale, nonché casi previsti dalla normativa antimafia (art.37, comma 18 e 19).

Tali disposizioni hanno dato vita a diversi dubbi esplicativi per quanto riguarda le condizioni per sostituire il mandatario, una volta individuato, con l'originario mandante in caso in cui l'associazione temporanea è costituita da unicamente due soggetti.

Al riguardo, è intervenuto il Consiglio di Stato³⁹ che ha statuito il principio secondo cui in caso di fallimento del mandatario di un raggruppamento, il rapporto non può proseguire in modo automatico attraverso la curatela fallimentare in quanto deve trovare applicazione l'art. 37, comma 18, del Codice dei contratti pubblici, essendo una norma speciale e quindi prevalente sulla Legge Fallimentare, consentendo in modo alternativo il recesso ovvero la prosecuzione dell'originario rapporto con novazione soggettiva.

Ne deriva che, il soggetto che va a sostituire il mandatario fallito deve essere a sua volta costituito mandatario del raggruppamento e designato dai componenti ancora *in bonis* e non dalla curatela fallimentare del ex mandatario.

Di conseguenza, la stazione appaltante ha la possibilità di scegliere se proseguire il rapporto con un nuovo operatore economico o se recedere dal contratto.

Tale possibilità è prevista unicamente nei casi in cui il mandatario venga indicato tempestivamente e cioè in un termine ragionevole necessario o quello fissato dal singolo contratto, e nei casi in cui abbia i requisiti di qualificazione adeguati e che accetti le condizioni contrattuali già pattuite precedentemente.

³⁹ Cons. Stato, comm. Spec., 22 gennaio 2008, n. 4575/07. In termini, Corte d'Appello di Roma, Sez. I, 1 giugno 2009, n. 2287.

Nell'ipotesi inversa, invece, ovvero quando l'A.T.I. inizialmente si componeva oltre che dal mandatario originario, da una sola impresa mandante, il rapporto contrattuale non può continuare solo con l'originario mandante.

Ciò in quanto la sostituzione di un'impresa singola che fa parte del raggruppamento priverebbe la possibilità per la stazione appaltante di avere un soggetto responsabile di possibili inadempimenti causati prima del fallimento dal mandatario originario, oltre ad essere in contrasto con quanto previsto dall'art.37, comma 18, del Codice.

Infine, il principio sancito dall'art. 37, commi 18 e 19, del vecchio Codice dei contratti è poi transitato nel dettato normativo dell'art. 48 del d.lgs. 50/2016⁴⁰.

40 L'art 48, commi 17, 18, 19 ter del D.lgs. 5/2016, rubricato "Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici" così recita:

"17. Salvo quanto previsto dall'articolo 110, comma 5, in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione del mandatario ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento 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 purchè 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 5, in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione di uno dei mandanti ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento 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, purchè questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire.

19. È 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-bis. Le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche con riferimento ai soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b), c) ed e).

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

La norma vieta qualsiasi modificazione della composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari rispetto a quanto dichiarato in sede di offerta, ad eccezione delle ipotesi previste dalla stessa norma.

La ratio di tale divieto soggiace a garanzia dei canoni di trasparenza e *par condicio* tra concorrenti, il cui mancato rispetto comporta l'annullamento dell'aggiudicazione o la nullità del contratto, oltre che l'esclusione dei concorrenti riuniti.

1.1. Le sentenze del Consiglio di Stato, Ad. Pl., del 27 maggio 2021 n. 9 e 10

L'articolo 48, commi 17,18 e 19-ter, del D.lgs. n. 50 del 2016, dispone che la sostituzione interna della capogruppo e del mandante, che fanno parte di un raggruppamento, con un soggetto terzo già in possesso dei requisiti richiesti dalla stazione appaltante per l'adempimento dei lavori previsti, in fase di gara, è possibile solo laddove vi siano delle ipotesi previste dai rispettivi commi.

Tali ipotesi possono essere ad esempio; fallimento, liquidazione coatta amministrativa o concordato preventivo, oppure ancora, per quanto riguarda l'imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione o inabilitazione.

Qualora avvenga la sostituzione, questa deve essere portata a conoscenza della stazione appaltante, se non ne è già a conoscenza, per consentirle di poter conferire all'A.T.I. un congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno e permettendola di riprendere in modo rapido la propria partecipazione alla gara o la prosecuzione del rapporto contrattuale. Così facendo verrà rispettato il c.d. principio di sostituibilità proceduralizzata a tutela della trasparenza e della concorrenza.

La questione fu poi sollevata dalla Corte di Giustizia Amministrativa, la quale con una sentenza non definitiva del 20 gennaio 2021, n.37 ⁴¹, assoggettò all'Alto

⁴¹ Il C.g.a. ha sottoposto all'Alto Consesso le questioni a) se le disposizioni normative di cui all'art. 48, commi 17 e 19-ter, d.lgs. n. 50 del 2016 debbano essere interpretate nel senso di consentire, in fase di gara, la sostituzione della mandataria dichiarata fallita successivamente alla presentazione dell'offerta con un altro operatore economico subentrante ovvero se ne sia possibile soltanto la mera estromissione e, in questo caso, se l'esclusione dell'a.t.i. dalla gara possa essere evitata unicamente qualora le restanti imprese partecipanti al raggruppamento soddisfino in proprio i requisiti di

Consesso chiedendo se l'interpretazione delle disposizioni normative dell'articolo 48, commi 17 e 19-ter, D.lgs. 50/2016, deve essere fatta consentendo in fase di gara la possibile sostituzione della capogruppo, dichiarata poi fallita alla presentazione dell'offerta, con altro soggetto subentrante.

Quindi la C.g.a, in poche parole, chiede se sia possibile la mera estromissione e se la possibile esclusione del raggruppamento dalla gara possa essere evitato solo nel momento in cui venga accertato che le imprese restanti soddisfino in proprio i requisiti di partecipazione.

Ulteriore questione sollevata dallo stesso istituto, riguarda i tempi e le modalità per far sì che venga introdotta nel procedimento di gara l'estromissione della capogruppo e la sua sostituzione.

Sul punto si è soffermata l'Adunanza Plenaria ⁴², la quale ha chiarito che la questione in oggetto riguarda la sostituibilità di un'impresa fallita o assoggettata ad

partecipazione; b) i tempi e le modalità per introdurre nel procedimento di gara l'estromissione della mandataria e la sostituzione della stessa e, in particolare: b.1) se l'impresa mandante (o le imprese mandanti) possano chiedere di essere ammesse a sostituire la mandataria fin quando non intervenga comunicazione, da parte della amministrazione procedente, di apposito interpello ovvero del provvedimento di esclusione; b.2) se sia comunque consentito, nell'ipotesi di intervenuta conoscenza *aliunde* della vicenda che ha colpito la mandataria, proporre la sostituzione nel corso della gara ed anteriormente all'adozione dei citati atti da parte dell'amministrazione procedente.

⁴² L'Adunanza Plenaria n. 9/2021, sia pure con riferimento ad ipotesi tipizzate dallo stesso art. 48 d.lgs. 50/2016 (commi 17, 18, 19 ter), ha statuito che è consentita la sostituzione, nella fase di gara, del mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese, che abbia presentato domanda di concordato in bianco o con riserva a norma dell'art. 161, comma 6, l. fall., e non sia stato utilmente autorizzato dal tribunale fallimentare a partecipare a tale gara, solo se tale sostituzione possa realizzarsi attraverso la mera estromissione del mandante, senza quindi che sia consentita l'aggiunta di un soggetto esterno al raggruppamento; l'evento che conduce alla sostituzione interna, ammessa nei limiti anzidetti, deve essere portato dal raggruppamento a conoscenza della stazione appaltante, che assegnerà al raggruppamento un congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno tale da poter riprendere correttamente rapidamente la propria partecipazione alla gara.

Ed invero, l'Adunanza Plenaria, sez. V del Consiglio di Stato, sancisce i seguenti principi di diritto: *a) la presentazione di una domanda di concordato in bianco o con riserva, ai sensi dell'art. 161, comma 6, legge fallimentare non integra una causa di esclusione automatica dalle gare pubbliche, per perdita dei requisiti generali, essendo rimesso in primo luogo al giudice fallimentare in sede di rilascio dell'autorizzazione di cui all'art. 186 bis, comma 4, e al quale l'operatore che ha chiesto il concordato si deve tempestivamente rivolgere fornendo all'uopo le informazioni necessarie, valutare la compatibilità della partecipazione alla procedura di affidamento in funzione e nella prospettiva della continuità aziendale;*

- b) la partecipazione alle gare pubbliche è dal legislatore considerata, a seguito del deposito della domanda di concordato anche in bianco o con riserva, come un atto che deve essere comunque autorizzato dal tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale ove già nominato, ai sensi dell'art. 186 bis, comma 4, da ultimo richiamato anche dagli articoli 80 e 110 del codice dei contratti; a tali fini l'operatore che presenta domanda di concordato in bianco o con riserva è tenuto a richiedere senza indugio l'autorizzazione, anche qualora sia già partecipante alla gara, e ad informarne prontamente la stazione appaltante;

- c) l'autorizzazione giudiziale alla partecipazione alla gara pubblica deve intervenire entro il momento dell'aggiudicazione della stessa, non occorrendo che in tale momento l'impresa, inclusa quella che ha presentato domanda di concordato in bianco o con riserva, sia anche già stata ammessa al concordato preventivo con continuità aziendale;

altra procedura concorsuale con altra impresa esterna al raggruppamento e ricordando che il principio regolatore di tale materia è disposto dall'articolo 48, comma 9, del D.lgs. n. 50 del 2016⁴³, il quale sancisce che salvo eccezioni previste sia per il mandatario che per i mandanti, dai rispettivi commi, è disposto che non si può fare alcuna modificazione al corpo del raggruppamento rispetto a quella risultante dall'impegno rappresentato in sede d'offerta, pena l'annullamento dell'aggiudicazione e la nullità del contratto stipulato con il reo dell'illegittima modificazione.

Il punto posto dal Consiglio di Giustizia riguarda l'estensione del comma 19-ter, il quale prevede che i commi 17,18 e 19 trovano applicazione anche quando eventuali modifiche della capogruppo o dei mandanti avvengono in fase di gara.

Tali disposizioni devono rispondere a due esigenze, avvertite sia a livello nazionale che a livello Europeo, sia di evitare che la stazione appaltante possa stipulare il contratto con un operatore economico, del quale non abbia potuto effettuare le verifiche inerenti ai requisiti di partecipazione e sia di tutelare la *par condicio* dei partecipanti alla gara con modifiche della composizione soggettiva del raggruppamento ponderate sull'evoluzione della gara.

In tale ottica la sostituzione, quindi l'aggiunta, di soggetti esterni all'originario raggruppamento costituisce un'offesa sia all'interesse pubblico e sia al buon andamento della P.A., in quanto l'iter della gara si deve compiere secondo determinate scansioni procedurali che permettono la verifica dei requisiti in capo agli operatori economici. Ulteriore vulnus causato da tale situazione, può riguardare anche il principio di parità di trattamento tra le diverse società che sono interessate ad aggiudicarsi la gara.

-d) l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter, del d. lgs. n. 50 del 2016, nella formulazione attuale, consente la sostituzione, nella fase di gara, del mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese, che abbia presentato domanda di concordato in bianco o con riserva a norma dell'art. 161, comma 6, l. fall, e non sia stata utilmente autorizzato dal tribunale fallimentare a partecipare a tale gara, solo se tale sostituzione possa realizzarsi attraverso la mera estromissione del mandante, senza quindi che sia consentita l'aggiunta di un soggetto esterno al raggruppamento; l'evento che conduce alla sostituzione interna, ammessa nei limiti anzidetti, deve essere portato dal raggruppamento a conoscenza della stazione appaltante, laddove questa non ne abbia già avuto o acquisito notizia, per consentirle, secondo un principio di c.d. sostituibilità proceduralizzata a tutela della trasparenza e della concorrenza, di assegnare al raggruppamento un congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno tale da poter riprendere correttamente, e rapidamente, la propria partecipazione alla gara.

⁴³ Cfr. art. 48, comma 9, D.lgs. 50/2016 secondo cui: "È vietata l'associazione in partecipazione sia durante la procedura di gara sia successivamente all'aggiudicazione. Salvo quanto disposto ai commi 17 e 18, è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta."

Le sole modifiche possibili sono quelle interne al raggruppamento, ovvero quando si danno diverse distribuzioni di ruoli e compiti tra i partecipanti, secondo anche quanto richiamato dal comma 17 e 18, a causa di eventi imprevedibili tassativamente definiti dal legislatore.

Il legislatore, nella sola fase d'esecuzione, ha previsto che, successivamente la riforma apportata all'art 32, comma 1, del D.lgs. n. 56/2016⁴⁴, anche se mancano

⁴⁴ Cfr. art. 32. Del D.lgs. 50/2016, rubricato "Fasi delle procedure di affidamento" così recita:

1. *Le procedure di affidamento dei contratti pubblici hanno luogo nel rispetto degli atti di programmazione delle stazioni appaltanti previsti dal presente codice o dalle norme vigenti.*
2. *Prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti, in conformità ai propri ordinamenti, decretano o determinano di contrarre, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte. Nella procedura di cui all'articolo 36, comma 2, lettere a) e b), la stazione appaltante può procedere ad affidamento diretto tramite determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali, ove richiesti.*
3. *La selezione dei partecipanti e delle offerte avviene mediante uno dei sistemi e secondo i criteri previsti dal presente codice.*
4. *Ciascun concorrente non può presentare più di un'offerta. L'offerta è vincolante per il periodo indicato nel bando o nell'invito e, in caso di mancata indicazione, per centottanta giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione. La stazione appaltante può chiedere agli offerenti il differimento di detto termine.*
5. *La stazione appaltante, previa verifica della proposta di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 33, comma 1, provvede all'aggiudicazione.*
6. *L'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta. L'offerta dell'aggiudicatario è irrevocabile fino al termine stabilito nel comma 8.*
7. *L'aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti.*
8. *Divenuta efficace l'aggiudicazione, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione deve avere luogo entro i successivi sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario, purché comunque giustificata dall'interesse alla sollecita esecuzione del contratto. La mancata stipulazione del contratto nel termine previsto deve essere motivata con specifico riferimento all'interesse della stazione appaltante e a quello nazionale alla sollecita esecuzione del contratto e viene valutata ai fini della responsabilità erariale e disciplinare del dirigente preposto. Non costituisce giustificazione adeguata per la mancata stipulazione del contratto nel termine previsto, salvo quanto previsto dai commi 9 e 11, la pendenza di un ricorso giurisdizionale, nel cui ambito non sia stata disposta o inibita la stipulazione del contratto. Le stazioni appaltanti hanno facoltà di stipulare contratti di assicurazione della propria responsabilità civile derivante dalla conclusione del contratto e dalla prosecuzione o sospensione della sua esecuzione. Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto. All'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate. Nel caso di lavori, se è intervenuta la consegna dei lavori in via di urgenza e nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori, ivi comprese quelle per opere provvisoriale. Nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per le prestazioni espletate su ordine del direttore dell'esecuzione. L'esecuzione d'urgenza di cui al presente comma è ammessa esclusivamente nelle ipotesi di eventi oggettivamente imprevedibili, per ovviare a situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e la salute pubblica, ovvero per il patrimonio storico, artistico, culturale ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata*

uno dei requisiti di partecipazione in capo ad uno dei soggetti ciò possa giustificare la modifica soggettiva. Tale previsione, più precisamente, è inquadrata solo nel momento in cui avviene internamente al raggruppamento, in quanto diversamente la fase di esecuzione si affiancherebbe ex post all'aggiramento delle regole della trasparenza e concorrenza.

Dunque, è chiaro che la modifica sostitutiva per addizione costituisce una deroga non consentita al principio della concorrenza, dovendo ammettere un possibile adempimento da parte di un soggetto, il quale non ha preso parte alla gara secondo quelle che sono le regole di correttezza e trasparenza, violando quanto previsto dall'articolo 106, comma 1, lett. d), n.2, D.lgs. n. 50/2016⁴⁵, per la sostituzione dell'iniziale aggiudicatario.

Tali disposizioni prevedono a maggior ragione, che il soggetto, il quale ha presentato l'offerta, all'interno della stessa procedura di gara, non sia diverso da quello valutato dalla stazione appaltante. Si può anche aggiudicare la gara, non essendo ammissibile, che in fase pubblicitica la modifica e l'aggiunta di un soggetto al raggruppamento possa aggirare quello che è il principio di concorrenza e si ammette, durante la gara, un soggetto diverso dall'originario presentatore dell'offerta.

La stessa Adunanza plenaria non ha precluso la modifica soggettiva in modo assoluto, in quanto viene ammessa solo quando questa non aggiunga un partecipante all'originario raggruppamento, ma solo quando operi in sottrazione e non quando non venga utilizzata per eludere i controlli della stazione appaltante sul possesso dei requisiti.

della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari.

⁴⁵ Cfr. art. 106, comma 1, lett. d), D.lgs. 50/2016 rubricato "Modifica di contratti durante il periodo di efficacia" il quale recita:

"Le modifiche, nonché le varianti, dei contratti di appalto in corso di validità devono essere autorizzate dal RUP con le modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante cui il RUP dipende. I contratti di appalto nei settori ordinari e nei settori speciali possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento nei casi seguenti: ...

d) se un nuovo contraente sostituisce quello a cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato l'appalto a causa di una delle seguenti circostanze:

... 2) all'aggiudicatario iniziale succede, per causa di morte o a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, scissioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del presente codice."

Quindi bisogna interrogarsi se in tale giudizio, secondo quanto previsto dai commi 17,18,19 e 19-ter dell'articolo 48, il legislatore nazionale ammetta una possibile modifica per addizione sia in fase di esecuzione che in fase di gara del corpo del raggruppamento.

A tal proposito il legislatore sembra avere inizialmente due idee contrastanti, in quanto, da un lato il comma 18, utilizzando la formula "*altro operatore economico subentrante*", predilige la continuità del rapporto contrattuale come anche la partecipazione di gara, mentre dall'altro in un intervento avvenuto in modo extra-codicistico, si limita la modifica del raggruppamento solo ad ipotesi di aggiunta con soggetto già facente parte dello stesso.

Inoltre, le deroghe previste in modo tassativo, devono avere un solido fondamento normativo sia in ambito europeo che in ambito nazionale. Queste devono rispondere ad un preciso interesse pubblico che vada, in un certo modo, a giustificare la deroga nel momento in cui si riapre l'appalto alla concorrenza data la mancanza di una identità giuridica tra colui che ha formulato la proposta, colui che si aggiudica la gara e il soggetto che va ad eseguire il contratto.

Il Consiglio di Stato, quindi, esclude la possibilità per le imprese partecipanti al raggruppamento di porre in atto una modifica per addizione con soggetto esterno, potendo solo modificarlo in sottrazione per ragioni interne allo stesso e in fase esecutiva, anche il venir meno dei requisiti disposti dall'articolo 80 del D.lgs. n. 50 del 2016.⁴⁶

⁴⁶ L'art. 80 del D.lgs. 50/2016, rubricato "*Motivi di esclusione*" sancisce i seguenti principi:

1. *Costituisce motivo di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto o concessione, la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per uno dei seguenti reati: (alinea modificato dall'art. 10, comma 1, della legge n. 238 del 2021)*

a) *delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416, 416-bis del codice penale ovvero delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti, consumati o tentati, previsti dall'articolo 74 del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, dall'articolo 291-quater del decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43 e dall'articolo 260 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, in quanto riconducibili alla partecipazione a un'organizzazione criminale, quale definita all'articolo 2 della decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio;*

b) *delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 353-bis, 354, 355 e 356 del codice penale nonché all'articolo 2635 del codice civile;*

b-bis) *false comunicazioni sociali di cui agli articoli 2621 e 2622 del codice civile;*

c) *frode ai sensi dell'articolo 1 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee;* d) *delitti, consumati o tentati, commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale, e di eversione dell'ordine costituzionale reati terroristici o reati connessi alle attività*

terroristiche;

e) delitti di cui agli articoli 648-bis, 648-ter e 648-ter.1 del codice penale, riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo, quali definiti all'articolo 1 del decreto legislativo 22 giugno 2007, n. 109 e successive modificazioni;

f) sfruttamento del lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani definite con il decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 24;

g) ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione.

2. Costituisce altresì motivo di esclusione la sussistenza, con riferimento ai soggetti indicati al comma 3, di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'articolo 67 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo decreto. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-bis, e 92, commi 2 e 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, con riferimento rispettivamente alle comunicazioni antimafia e alle informazioni antimafia. Resta fermo altresì quanto previsto dall'articolo 34-bis, commi 6 e 7, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159. (comma così modificato dall'art. 1, comma 20, lett. o), della legge n. 55 del 2019)

3. L'esclusione di cui ai commi 1 e 2 va disposta se la sentenza o il decreto ovvero la misura interdittiva sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; di un socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice; dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi institori e procuratori generali, dei membri degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro, se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata; l'esclusione non va disposta e il divieto non si applica quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero, nei casi di condanna ad una pena accessoria perpetua, quando questa è stata dichiarata estinta ai sensi dell'articolo 179, settimo comma, del codice penale ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima.

(comma così modificato dall'art. 1, comma 20, lett. o), della legge n. 55 del 2019)

4. Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti. Costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602. Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione. Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui all'articolo 8 del decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015, ovvero delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema dello sportello unico previdenziale. Un operatore economico può essere escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se la stazione appaltante è a conoscenza e può adeguatamente dimostrare che lo stesso ha commesso gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali. Per gravi violazioni non definitivamente accertate in materia contributiva e previdenziale s'intendono quelle di cui al quarto periodo. Costituiscono gravi violazioni non definitivamente accertate in materia fiscale quelle stabilite da un apposito decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili e previo parere del Dipartimento per le politiche europee della Presidenza del Consiglio dei ministri, da emanare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore delle disposizioni di cui al presente periodo, recante limiti e condizioni per l'operatività della causa di esclusione relativa a violazioni non definitivamente accertate che, in ogni caso, devono essere correlate al valore dell'appalto e comunque di importo non inferiore a 35.000 euro. Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi

o multe, ovvero quando il debito tributario o previdenziale sia comunque integralmente estinto, purché l'estinzione, il pagamento o l'impegno si siano perfezionati anteriormente alla scadenza del termine per la presentazione delle domande. (comma modificato dall'art. 8, comma 5, lettera b), della legge n. 120 del 2020, poi dall'art. 10, comma 1, della legge n. 238 del 2021) (i fini dei periodi quinto, sesto e settimo, costituiscono gravi violazioni non definitivamente accertate in materia fiscale quelle stabilite dagli articoli 3 e 4 del d.m. 28 settembre 2022)

5. Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, qualora: (comma così modificato dall'art. 10, comma 1, lettera b), della legge n. 238 del 2021)

a) la stazione appaltante possa dimostrare con qualunque mezzo adeguato la presenza di gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3 del presente codice;

b) l'operatore economico sia stato sottoposto a liquidazione giudiziale o si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo o sia in corso nei suoi confronti un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dall'articolo 95 del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza adottato in attuazione della delega di cui all'articolo 1 della legge 19 ottobre 2017, n. 155 e dall'articolo 110; (lettera sostituita dall'art. 1, comma 20, lett. o), della legge n. 55 del 2019; poi dall'art. 372, comma 1, del decreto legislativo n. 14 del 2019, attuazione della delega conferita dall'art. 1 della legge n. 155 del 2017)

c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità; c-bis) l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione; c-ter) l'operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa;

(lettera c) sostituita dalle lettere c), c-bis) e c-ter) dall'art. 5 del decreto-legge n. 135 del 2018, convertito nella legge n. 12 del 2019)

c-quater) l'operatore economico abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori, riconosciuto o accertato con sentenza passata in giudicato; (si vedano le Linee guida n. 6 di ANAC) (lettera introdotta dall'art. 1, comma 20, lettera o), della legge n. 55 del 2019)

d) la partecipazione dell'operatore economico determini una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell'articolo 42, comma 2, non diversamente risolvibile;

e) una distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d'appalto di cui all'articolo 67 non possa essere risolta con misure meno intrusive;

f) l'operatore economico sia stato soggetto alla sanzione interdittiva di cui all'articolo 9, comma 2, lettera c) del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 o ad altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81;

f-bis) l'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere;

f-ter) l'operatore economico iscritto nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalti. Il motivo di esclusione perdura fino a quando opera l'iscrizione nel casellario informatico;

g) l'operatore economico iscritto nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione di qualificazione, per il periodo durante il quale perdura l'iscrizione;

h) l'operatore economico abbia violato il divieto di intestazione fiduciaria di cui all'articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55. L'esclusione ha durata di un anno decorrente dall'accertamento definitivo della violazione e va comunque disposta se la violazione non è stata rimossa;

i) l'operatore economico non presenti la certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, ovvero non autocertifichi la sussistenza del medesimo requisito;

l) l'operatore economico che, pur essendo stato vittima dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203 (norma abrogata dall'art. 7 del d.lgs. n. 21 del 2018; ora il riferimento è all'art. 416-bis.1 del codice penale - n.d.r.), non risulti aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689. La circostanza di cui al primo periodo deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'ANAC, la quale cura la pubblicazione della comunicazione sul sito dell'Osservatorio;

m) l'operatore economico si trovi rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale.

6. Le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5.

7. Un operatore economico, che si trovi in una delle situazioni di cui al comma 1, limitatamente alle ipotesi in cui la sentenza definitiva abbia imposto una pena detentiva non superiore a 18 mesi ovvero abbia riconosciuto l'attenuante della collaborazione come definita per le singole fattispecie di reato, o al comma 5, è ammesso a provare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti. (comma così modificato dall'art. 10, comma 1, della legge n. 238 del 2021)

8. Se la stazione appaltante ritiene che le misure di cui al comma 7 sono sufficienti, l'operatore economico non è escluso dalla procedura d'appalto; viceversa dell'esclusione viene data motivata comunicazione all'operatore economico.

9. Un operatore economico escluso con sentenza definitiva dalla partecipazione alle procedure di appalto non può avvalersi della possibilità prevista dai commi 7 e 8 nel corso del periodo di esclusione derivante da tale sentenza.

10. Se la sentenza penale di condanna definitiva non fissa la durata della pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, la durata della esclusione dalla procedura d'appalto o concessione è:

(comma così sostituito dall'art. 1, comma 20, lettera o), della legge n. 55 del 2019)

a) perpetua, nei casi in cui alla condanna consegue di diritto la pena accessoria perpetua, ai sensi dell'articolo 317-bis, primo comma, primo periodo, del codice penale, salvo che la pena sia dichiarata estinta ai sensi dell'articolo 179, settimo comma, del codice penale;

b) pari a sette anni nei casi previsti dall'articolo 317-bis, primo comma, secondo periodo, del codice penale, salvo che sia intervenuta riabilitazione;

c) pari a cinque anni nei casi diversi da quelli di cui alle lettere a) e b), salvo che sia intervenuta riabilitazione.

10-bis. Nei casi di cui alle lettere b) e c) del comma 10, se la pena principale ha una durata inferiore, rispettivamente, a sette e cinque anni di reclusione, la durata della esclusione è pari alla durata della pena principale. Nei casi di cui al comma 5, la durata della esclusione è pari a tre anni, decorrenti dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza. Nel tempo occorrente alla definizione del giudizio, la stazione appaltante deve tenere conto di tale fatto ai fini della propria valutazione circa la sussistenza del presupposto per escludere dalla partecipazione alla procedura l'operatore economico che l'abbia commesso. (comma introdotto dall'art. 1, comma 20, lettera o), della legge n. 55 del 2019)

11. Le cause di esclusione previste dal presente articolo non si applicano alle aziende o società sottoposte a sequestro o confisca ai sensi dell'articolo 12-sexies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356 o degli articoli 20 e 24 del decreto legislativo 6 settembre 2011 n. 159, ed affidate ad un custode o amministratore giudiziario o finanziario, limitatamente a quelle riferite al periodo precedente al predetto affidamento.

12. In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'Autorità che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità

Ritornando ad una corretta interpretazione del comma 18, la prosecuzione del rapporto contrattuale avviene tra la stazione appaltante e i soggetti che rimangono del raggruppamento e non si cerca di introdurre un soggetto terzo che sia esterno al rapporto e al raggruppamento. Stessa conclusione vale anche per il comma 17, per quanto riguarda la capogruppo, in quanto è fondamentale la costituzione di un nuovo rapporto di mandato, ai sensi dei commi 12 e 13 dello stesso articolo, tra i medesimi soggetti, andando però ad escludere la mandataria colpita.

Infatti, quest'ultima dovrà essere sostituita con soggetti che posseggono i requisiti di partecipazione richiesti, in caso contrario la stazione appaltante avrà la facoltà di recedere dal contratto.

Sulla stessa scia, con la sentenza 27/05/2021, n. 10, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁴⁷ si è pronunciata in tema di modificabilità soggettiva di un'associazione temporanea di imprese, in corso di gara pubblica.

dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del comma 1 fino a due anni, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia. (l'esclusione non si applica automaticamente all'operatore economico ausiliario ai sensi dell'articolo 89, commi 1 e 3)

13. Con linee guida l'ANAC, da adottarsi entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, può precisare, al fine di garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti, quali mezzi di prova considerare adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui al comma 5, lettera c), ovvero quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto siano significative ai fini del medesimo comma 5, lettera c). (si vedano le Linee guida n. 6 di ANAC)

14. Non possono essere affidatari di subappalti e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti per i quali ricorrano i motivi di esclusione previsti dal presente articolo.

⁴⁷ L'Adunanza Plenaria n. 10/2021 formula i seguenti principi di diritto:

“a) l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter, del d. lgs. n. 50 del 2016, 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, e 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;

b) l'evento che conduce alla sostituzione meramente interna, ammessa nei limiti anzidetti, deve essere portato dal raggruppamento a conoscenza della stazione appaltante, laddove questa non ne abbia già avuto o acquisito notizia, per consentirle, secondo un principio di c.d. sostituibilità procedimentalizzata a tutela della trasparenza e della concorrenza, di assegnare al raggruppamento un congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno tale da poter riprendere correttamente, e rapidamente, la propria partecipazione alla gara o la prosecuzione del rapporto contrattuale”.

Nel caso specifico, le mandanti di un raggruppamento temporaneo di imprese avevano impugnato l'esclusione da una gara per la perdita, in capo alla capogruppo, dei requisiti di partecipazione (in quanto fallita), lamentando di non essere state preventivamente interpellate al fine di operare una sostituzione esterna della capogruppo, con altra società in possesso dei requisiti.

L'Adunanza Plenaria, alla quale è stata rimessa la dibattuta questione, come già fatto in occasione della precedente sentenza n. 9/2021, ha ricordato che il principio regolatore della materia è la tendenziale immutabilità soggettiva dell'operatore economico, principio sancito dall'art. 48, co. 9, del D.Lgs. n. 50/2016, il quale prescrive che, salve le eccezioni previste al co. 17, per la mandataria, e al co. 18, per una delle mandanti, è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei (RTI) rispetto a quella risultante in sede di offerta, pena l'annullamento dell'aggiudicazione e la nullità del contratto con il soggetto modificato.

Inizialmente, le eccezioni a tale principio erano previste solo in corso di esecuzione del contratto mentre successivamente (a seguito delle modifiche introdotte dal D.Lgs. n. 57/2016, c.d. correttivo al Codice dei Contratti), tali ipotesi – tassative ed eccezionali – sono state estese anche alla fase di gara.

L'Adunanza Plenaria ha fornito una lettura funzionale del principio di immodificabilità, nel senso di ammettere la modifica soggettiva laddove operi in riduzione e, quindi, solo internamente, con un soggetto del raggruppamento stesso in possesso dei necessari requisiti e, comunque, sempre che non sia finalizzata a eludere i controlli in ordine a tali requisiti. La modifica esterna, in aggiunta o in sostituzione, non è invece consentita né per la figura della mandataria né per quella della mandante, costituendo un *vulnus* alla trasparenza e al buon andamento della PA, nonché al principio di parità di trattamento e, dunque, al valore primario della concorrenza.

L'evento che conduce alla sostituzione interna, ammessa nei limiti anzidetti, deve dunque essere portato a conoscenza della stazione appaltante, la quale, senza che ciò comporti l'automatica esclusione del raggruppamento, deve assegnare ai restanti componenti – in possesso dei requisiti – un congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno che consenta di partecipare alla gara o di proseguire il rapporto contrattuale.

2. Il superamento del dogma dell'immodificabilità soggettiva dell'associazione temporanea di impresa anche in fase di gara; l'ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato n. 6959/2021 e la Sentenza del Consiglio di Stato, Ad. Pl., n.2/2022.

Con ordinanza di rimessione n. 6959/2021, il Consiglio di Stato – nel rimettere all'Adunanza plenaria la dibattuta questione sulla modificabilità di RTI in corso di gara - suppone che per la risoluzione della controversia bisogna interpretare nel modo corretto quanto disposto dall'articolo 48 del codice dei contratti pubblici, dedicato ai raggruppamenti temporanei di imprese, e più precisamente bisogna soffermarsi sui commi 17, 18, 19 e 19-ter.

Così facendo si evidenzia un contrasto analitico, causato da una modifica in ambito legislativo dei commi dell'art 48, tra le sentenze pronunciate dal Consiglio di Stato e più in particolare la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 10/2021.

Attraverso interventi da parte del Legislatore alcune parti dei commi del citato articolo 48 sono state modificate. Ad esempio attraverso l'articolo 32, comma 1, lett. h) del d.lgs. n. 56 del 2017, venne aggiunta la frase *“ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80”* ai commi 17 e 18, la quale ampliava i possibili accadimenti che determinano una modifica soggettiva, del corpo del raggruppamento, anche in caso di perdita dei requisiti di partecipazione previsti dall'articolo 80, però precisando, che l'ambito di applicazione deve essere in fase esecutiva del contratto di appalto. Così come all'art 48 venne aggiunto il comma 19-ter il quale prevedeva che quanto previsto dai commi precedenti era possibile anche in fase di gara e non più in fase esecutiva del contratto.

Conseguenza a tale situazione è stata una lettura antitetica delle disposizioni nelle decisioni dei giudici amministrativi di secondo grado, il quale hanno costretto il Consiglio di Stato a sottoporre l'esame all'Adunanza Plenaria.

L'Adunanza Plenaria, con la sentenza del 27 maggio 2021, n.10, ha affermato 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 ... – 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".*⁴⁸

In seguito a tale sentenza, la Terza Sezione del Consiglio di Stato ha ridimensionato il proprio orientamento escludendo la modificazione in senso riduttivo dell'A.T.I., in corso di gara, dovuta alla perdita dei requisiti di cui all'articolo 80 del codice dei contratti pubblici.

In conclusione, l'ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato n.6959 del 2021 sottopone la seguente questione all'Adunanza Plenaria; *"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"*.⁴⁹

Inoltre, qualora la risposta a tale quesito fosse positiva, la stessa ordinanza richiede di precisare quali sono le modalità procedurali con la quale può avvenire la modifica. Ovvero se la stazione appaltante è tenuta, anche nel caso in cui abbia già negato l'autorizzazione al recesso pervenuta dal raggruppamento per restare in gara, ad interpellarlo attribuendogli un termine congruo per la riorganizzazione del proprio assetto interno in modo da riprendere la partecipazione alla gara.

L'Adunanza Plenaria n. 2/2022 ha ritenuto, che *"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"*, ed inoltre statuisce che *"laddove si verifichi la predetta ipotesi di perdita dei requisiti, la stazione appaltante, in ossequio al principio di partecipazione procedimentale, è tenuta ad interpellare il*

⁴⁸ Cfr. Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 10/2021, in *giust. amm.*, la quale aggiunge altresì che *"l'evento che conduce alla sostituzione meramente interna, ammessa nei limiti anzidetti, deve essere portato dal raggruppamento a conoscenza della stazione appaltante, laddove questa non ne abbia già avuto o acquisito notizia, per consentirle, secondo un principio di c.d. sostituibilità proceduralizzata a tutela della trasparenza e della concorrenza, di assegnare al raggruppamento un congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno tale da poter riprendere correttamente, e rapidamente, la propria partecipazione alla gara o la prosecuzione del rapporto contrattuale"*.

⁴⁹ Cfr. ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato n.6959 del 2021, in *giust. amm.*

*raggruppamento e, laddove questo intenda effettuare una riorganizzazione del proprio assetto, onde poter riprendere la partecipazione alla gara, è tenuta ad assegnare un congruo termine per la predetta riorganizzazione”.*⁵⁰

Successivamente l'espressione del Supremo Consesso sulle questioni oggetto della rimessione, si sofferma ad analizzare le norme di interesse per il caso *de quo*.

L'articolo 48 del codice dei contratti pubblici al comma 9, inoltre, prevede il divieto di modificazione soggettiva dei raggruppamenti temporanei di imprese ad eccezione di quanto disposto dai commi 17 e 18 che costituiscono una ipotesi di deroga al principio generale.

A tal proposito, è stata richiamata attraverso tale pronuncia la sentenza dell'Adunanza Plenaria n.10 del 2021, la quale dispone che i domini di applicazione di tali disposizioni sono solo le sostituzioni interne al raggruppamento e solo qualora si verificano ipotesi di fallimento o, ad esempio, liquidazione coatta amministrativa.

Quindi i commi del citato articolo 48 del codice dei contratti pubblici sono stati interpretati solo quando si parla di modificazione in diminuzione e non anche per la addizione, il quale si verifica solo quando vi è l'introduzione di un soggetto esterno al raggruppamento.

La suesposta pronuncia ha asserito inoltre che: *“La deroga all'immodificabilità soggettiva dell'appaltatore costituito in raggruppamento, tale da evitare in fase esecutiva la riapertura dell'appalto alla concorrenza e, dunque, l'indizione di una nuova gara, è solo quella dovuta, in detta fase, a modifiche strutturali interne allo stesso raggruppamento, senza l'addizione di nuovi soggetti che non abbiano partecipato alla gara (o, addirittura, che vi abbiano partecipato e ne siano stati esclusi), ciò che contraddirebbe la stessa ratio della deroga, dovuta a vicende imprevedibili che si manifestino in sede esecutiva e colpiscano i componenti del raggruppamento, tuttavia senza incidere sulla capacità complessiva dello stesso raggruppamento di riorganizzarsi internamente... È chiaro che la modifica sostituiva c.d. per addizione costituisce ex se una deroga non consentita al principio della concorrenza perché ammette ad eseguire la prestazione un soggetto che non ha preso parte alla gara secondo regole di correttezza e trasparenza, in violazione di quanto prevede attualmente l'art. 106, comma 1, lett. d), n. 2, del d. lgs. n. 50 del 2016, più in generale, per la sostituzione dell'iniziale aggiudicatario”.*

⁵⁰ Cfr. Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 2/2022, in *giust. amm.*

La stessa Adunanza ha posto l'attenzione su un'altra eccezione riguardante il principio di immodificabilità della composizione del raggruppamento di interesse per il caso de quo prevista dal comma 19, il quale predispone ipotesi di recesso di uno più operatori economici per motivi ed esigenze organizzativi dell'A.T.I. e sempre che coloro che rimangano a far parte di questo dispongano dei requisiti richiesti.

I giudici, quindi, sottolineano come le norme di eccezione predisposte dai commi 17 e 18 vadano a disciplinare fattispecie diverse da quelle predisposte dal comma 19.

Infatti, mentre le ipotesi stabilite dai commi 17 e 18 riguardano delle vicende soggettive derivanti da eventi sopravvenuti rispetto al momento in cui sopraggiungeva l'offerta, quelle stabilite dal comma 19, invece, rappresentano una modificazione del raggruppamento proveniente da una autonoma manifestazione di volontà di recedere dal contratto o dal raggruppamento, da parte delle imprese, senza che sia necessariamente presentata una condizione stabilita dai due commi precedenti.⁵¹

L'Adunanza Plenaria, dunque, accerta come se da un lato, il comma 9 dispone ed introduce un principio generale di immodificabilità della composizione del raggruppamento, e dall'altro, i commi 17,18 e 19 vadano a costituire un'eccezione alla norma generale, rendendo così meno concreta l'applicazione del detto principio di immodificabilità soggettiva del raggruppamento.

⁵¹ Non si può mancare di evidenziare che, benché le ipotesi derogatorie al principio di immodificabilità siano molte, non sono tutte dello stesso genere. Ed infatti, come sottolinea la sentenza in commento, *“mentre le ipotesi disciplinate dal comma 17 (con riferimento al mandatario) e dal comma 18 (con riferimento ad uno dei mandanti) attengono a vicende soggettive, puntualmente indicate, del mandatario o di un mandante, conseguenti ad eventi sopravvenuti rispetto al momento di presentazione dell'offerta”, vi è invece che l'ipotesi di cui al comma 19 attiene ad una modificazione della composizione del raggruppamento derivante da una autonoma manifestazione di volontà di recedere dal raggruppamento stesso, da parte di una o più delle imprese raggruppate, senza che si sia verificato nessuno dei casi contemplati dai commi 17 e 18, ma solo come espressione di un diverso e contrario volere rispetto a quello di partecipare, in precedenza manifestato. Ed il recesso in tanto è ammesso, non tanto in base ad una più generale valutazione dei motivi che lo determinano, ma in quanto le imprese rimanenti «abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire» e sempre che la modifica soggettiva derivante dal recesso non sia «finalizzata ad eludere un requisito di partecipazione alla gara»*. Insomma, *“si tratta, dunque, nel caso disciplinato dal comma 19, di eccezione al principio generale di immodificabilità della composizione del raggruppamento del tutto diversa da quelle di cui ai commi 17 e 18, di modo che la possibilità che la stazione appaltante non ammetta il recesso di una o più delle imprese raggruppate non esplica alcun effetto sulle diverse ipotesi di eccezione, relative alle vicende soggettive del mandatario o di uno dei mandanti, disciplinate dai citati commi 17 e 18 dell'art. 48”*.

Anche se in via preliminare la sentenza in esame non riesce a superare il problema, posto dall'interpretazione erronea dei commi 17, 18 e 19-ter, per effetto di quanto affermato dalla stessa Adunanza nella sentenza n. 10 del 2021.

Invero, per risolvere tale contrasto, il Supremo Collegio delucida che si è trattato solo di un'affermazione incidentale dovuta dalla estraneità del *thema decidendum*.

Come già detto in precedenza i commi 17 e 18 riguardano i casi di sopravvenuta impossibilità che permettevano la modificabilità del raggruppamento. A fronte di ciò, quelle che sono le modifiche apportate dall'articolo 32, comma 1, lett. h) del D.lgs. 19 aprile 2017 n.56 nel testo dell'articolo 48, hanno condotto ad una contraddizione tra norme, la quale viene sussunta dalla pronuncia in analisi nella fattispecie generale dell'"antinomia normativa"⁵², che risulta ancora più problematica per l'interprete, attesa la contestualità temporale delle disposizioni che le prevedono, riferibili ed introdotte dalla medesima fonte.⁵³

In breve, e per completezza, il termine "antinomia" significa opposizioni di norme o regole⁵⁴, incompatibilità tra di esse⁵⁵: è la situazione per cui due norme non possono essere entrambe vere (cioè validamente applicabili)⁵⁶.

⁵² Cfr. l'Adunanza Plenaria n. 2/2022 che sul concetto di antinomia ha osservato quanto segue; "è opportuno preliminarmente precisare che tale problema non può dirsi superato e risolto per effetto di quanto incidentalmente affermato da questa stessa Adunanza Plenaria, con la propria citata decisione n. 10 del 2001 [recte, 2021] (v. par. 23.3), al contrario di come invece ritengono l'appellante e la costituita amministrazione. Come condivisibilmente osservato anche dall'ordinanza di rimessione, la questione della estensione della perdita dei requisiti di cui all'art. 80 non rappresentava affatto la questione centrale di quel giudizio, né tale problema interpretativo forma espressamente oggetto dei principi di diritto enunciati dalla citata sentenza n. 10/2001 (né di questi costituisce il presupposto logico giuridico), principi solo in relazione ai quali si esplica l'effetto nomofilattico voluto dall'art. 99 c.p.a. Si è trattato, dunque, di una affermazione incidentale, non conseguente ad una disamina argomentativa peraltro non necessaria, stante l'estraneità di questo aspetto al *thema decidendum*".

⁵³ Per il Consiglio di Stato l'antinomia si concreterebbe nel fatto che, da un lato, "il riferimento espresso al «corso dell'esecuzione», contenuto nei commi 17 e 18, farebbe propendere per ritenere l'ipotesi di «perdita dei requisiti di cui all'art. 80», come limitata ad una sopravvenienza che si verifichi in quella fase"; dall'altro lato, che "l'ampia dizione del comma 19-ter rende[rebbe] applicabili tutte le modifiche soggettive contemplate dai commi 17 e 18 (quindi anche la predetta «perdita dei requisiti di cui all'art. 80»), anche in fase di gara".

⁵⁴ Così T. Mazza, *Antinomia*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1989, I, p. 348.

⁵⁵ Così F. Modugno, *Ordinamento giuridico (dottrine)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1980, XXX, p. 706.

⁵⁶ Così F. Modugno, *ibidem*. L'Autore aggiunge che "le due norme possono essere, quindi, o entrambe false (contrarietà) o una delle due falsa e l'altra necessariamente vera (contraddizione). Rispettivamente, la prima opposizione si verifica tra norma obbligatoria (prescrizione di fare alcunché) e norma proibitiva (prescrizione di non fare alcunché); la seconda, sia tra norma obbligatoria e norma (negativamente) permissiva o «facoltativa» (non è prescritto di fare alcunché), sia tra norma proibitiva e norma (positivamente) «permissiva» (non è prescritto di non fare alcunché). Insomma, l'obbligo è antinomico al divieto, perché tra loro contrari; l'obbligo è antinomico al permesso (negativo) e il divieto al permesso (positivo), perché tra loro, rispettivamente, contraddittori. S'intende che, mentre la soluzione della prima antinomia può risolversi significativamente nella negazione di entrambi i termini: un comportamento non è né obbligatorio né vietato, ma semplicemente permesso; la soluzione delle altre due si risolve sempre

Più precisamente, perché si abbia un'antinomia è necessario che le norme appartengano allo stesso ordinamento e che le stesse abbiano lo stesso ambito temporale, spaziale, personale o materiale di validità.

A sua volta, a seconda che l'ambito di validità sia uguale, in parte uguale e in parte diverso, in parte uguale ma non anche in parte diverso, l'antinomia si presenta, rispettivamente, come "totale-totale", "parziale-parziale", "totale-parziale"⁵⁷; la dottrina maggioritaria ritiene tuttavia che solo la prima ipotesi incardini la vera antinomia, quella che viene anche denominata antinomia assoluta, posta da fonti contemporanee, entrambe generali o speciali, equiparate gerarchicamente e entrambe competenti.

Pertanto, alla luce di queste coordinate, per parte della dottrina è facilmente desumibile che le due disposizioni che riguardano la fattispecie che qui interessa (i commi 17 e 18, da un lato, e il comma 19-ter, dall'altro) sono effettivamente in opposizione tra loro.

Le due norme "che non possono essere entrambe vere" sono le seguenti: la prima, "in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico ..." (così il comma 17 e specularmente il comma 18) e la seconda, "le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verificano in fase di gara" (così comma 19-ter).

In realtà, l'Adunanza Plenaria dispone che tale incompatibilità non può essere risolta attraverso l'applicazione dei normali criteri interpretativi, come ad esempio quelli cronologici o temporali, in quanto si tratta di un'introduzione di norme

nella negazione di uno solo dei due termini: un comportamento o è obbligatorio o è facoltativo, ovvero un comportamento o è vietato o è permesso. Né può obiettarsi che un comportamento né obbligatorio né facoltativo possa risultare vietato, o che un comportamento né vietato né permesso possa risultare obbligatorio, perché in questi casi non si tratterebbe propriamente di soluzione dell'antinomia tra due norme, bensì della rilevazione di una «terza» norma che vieta o che impone il comportamento che né l'una né l'altra delle norme antinomiche vietano o impongono. D'altra parte, se un comportamento è «facoltativo» («non obbligatorio fare» = «permesso non fare») o, rispettivamente, è «permesso» («non obbligatorio non fare» = «permesso fare»), esso non è del tutto incompatibile con il comportamento «vietato», o, rispettivamente, con il comportamento «obbligatorio», dal momento che un comportamento vietato è necessariamente anche «facoltativo», e che un comportamento obbligatorio è necessariamente anche «permesso»". Più d'interesse per il nostro caso sono le antinomie fra norme qualificative di fatti, stati di cose, oggetti. In tale ipotesi, "l'antinomia è espressa dalla diversa qualificazione che valga negazione di una norma da parte di un'altra. Si pensi ad una disposizione la quale preveda che la bandiera italiana rechi altri segni oltre quelli stabiliti dall'art. 12 cost."

⁵⁷ Cfr., in proposito, A. Ross, *Diritto e giustizia*, trad. a cura di G. Gavazzi, Torino, 1965, pp. 122 ss.

tramite la stessa fonte e allo stesso tempo, inoltre, non sono ricavabili particolari elementi che possano essere utili all'interprete dalla lettera delle disposizioni.

Ed invero, nella sentenza in commento si ritiene che si tratti solo un'apparente incompatibilità di enunciati, in quanto il comma 19-ter ha una natura generale a differenza di quella dei commi 17 e 18 che hanno natura parziale.

Da ciò deriverebbe che mentre l'applicabilità del comma 19-ter sarebbe indirizzata a tutte le modifiche soggettive, salvo quelle derivanti dall'art 80, la formulazione "in corso di esecuzione" a queste riferito va ad inserire una norma speciale, la quale sottrae i casi considerati alla disciplina dello stesso comma; tesi questa non condivisa dall'Adunanza Plenaria.

Secondo il Supremo Collegio, infatti, affinché si sostenga la ricorrenza d'ipotesi contrastanti bisognerebbe che una delle due norme aggiungesse una specificazione che vada ad escludere un singolo caso dalla fattispecie diversamente pronunciata dalla norma generale, oppure che l'estromissione della singola fattispecie fosse prevista dalla stessa norma generale e che quindi, di conseguenza, dovrebbe essere stato lo stesso comma 19-ter ad estromettere la specifica ipotesi della perdita dei requisiti di cui all'art 80 dalla classe di fattispecie degli art. 17 e 18.

Al contrario, tale esclusione sarebbe causata da una doppia interpretazione dove si cerca prima di applicare l'estensione posta dal comma 19-ter a quelle che sono le molteplici fattispecie disposte dai commi 17 e 18 cercando, allo stesso modo, di limitare l'estensione a solo una sola fattispecie per effetto di una esclusione sulla norma generale.

In tal caso l'Adunanza Plenaria ritiene che, considerata la doppia interpretazione, più che risolvere un problema di contrasto l'interprete finirebbe per attribuirsi una potestà normativa *ex novo*⁵⁸, dato il principio della separazione dei poteri all'interno dello Stato di diritto.

Il Supremo Consesso suppone che tale controversia sia superabile attraverso un possibile ricorso ad altre considerazioni, che siano riconducibili a principi di interpretazione secondo la ragionevolezza oppure secondo la Costituzione.

⁵⁸ Così l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 2/2022 sul punto recita: *"in difetto di previsione espressa del legislatore, l'esclusione della predetta fattispecie sarebbe il frutto di una doppia operazione dell'interprete, il quale dovrebbe dapprima applicare l'estensione prevista dal comma 19-ter alle molteplici fattispecie di cui ai commi 17 e 18 e poi limitare tale estensione ad una sola di esse per effetto di una esclusione che agirebbe per così dire «di rimbalzo» sulla norma generale. In questo caso, per effetto di un duplice percorso interpretativo (secondo un tragitto, per così dire, di «andata e ritorno»), l'interprete più che risolvere un problema di antinomia finisce per auto-attribuirsi una potestà normativa ex novo"*

A tal fine l'interpretazione che esclude la sopravvivenza della perdita dei requisiti di cui all'art 80 in fase di gara, andrebbe, da un lato, a introdurre una sorta di disparità di trattamento tra varie ipotesi di sopravvenienze, e dall'altro, porterebbe ad un risultato irragionevole in quanto sarebbe possibile la modifica della compagine soggettiva in casi ben più gravi rispetto a quelli disciplinati dall'art. 80.

L'Adunanza Plenaria dichiara che se uno dei principi fondamentali riguardanti la disciplina in tema di contratti con la pubblica amministrazione è quello che permette una partecipazione ad una gamma ben più ampia di operatori economici ai procedimenti di scelta del contraente, l'interpretazione restrittiva si porrebbe in antinomia sia con quello che è il principio di eguaglianza, sia con il principio di libertà economica e di par condicio delle società nei confronti della pubblica amministrazione.

Ed infatti, come sostenuto anche 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”*.

Tale pronuncia afferma che quindi la controversia si risolve inquadrando il caso concreto e quelle che sono le norme antinomiche che si possono applicare in un generale contesto formato da principi costituzionali ed euro-unitari, fornendo un'interpretazione che renda applicabile una solo di esse evitando, di conseguenza, l'applicazione dell'altra in quanto contrastante con i suddetti principi.⁵⁹

⁵⁹ Secondo l'Adunanza Plenaria, un'operazione di questo tipo è pienamente legittima, costituendo, da un lato, *“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”*; dall'altro lato, una attuazione del principio di coerenza, *“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”*.

Alla luce di quanto finora detto, l'Adunanza Plenaria formula il principio secondo cui la modifica soggettiva del raggruppamento, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione stabiliti dall'art. 80 D.lgs. 18 aprile del 2016 n.50, sarà possibile non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara, attraverso anche l'interpretazione dell'art 48, commi 17,18 e 19-ter del codice dei contratti pubblici.

L'Adunanza Plenaria n. 2/2022 è fondamentale in quanto, dal punto di vista nomofilattico, ha risolto un dubbio interpretativo creato da una poco attenta analisi da parte del Legislatore.

I giudici del Supremo Consesso, delineando i confini di incompatibilità normativa, allo stesso modo chiariscono che se da un lato l'Adunanza Plenaria n.10/2021 non era venuta a capo sulla questione oggetto di ordinanza di rimessione, perché aveva deciso solo sul punto *incidenter tantum*, senza andare a enunciare i principi di diritto, dall'altro, invece, aveva individuato la presenza di una controversia normativa totale ed assoluta, la quale non poteva essere risolta tramite i principali criteri interpretativi ma solo attraverso l'interpretazione costituzionale e attraverso i principi euro - unitari.

Infatti, tali ultimi rimedi formano un "riparo" prima di rifarsi al giudice delle leggi, secondo il principio non scritto dell'ordinamento giuridico dove il soggetto interprete deve in ogni caso assicurare una risposta al caso concreto.

Dunque, l'Adunanza Plenaria si può definire come un'opera minuziosa della giurisprudenza che va a formare una rottura normativa non risolvibile con i soli criteri classici interpretativi ma solo attraverso la già citata interpretazione costituzionale e tramite il diritto euro-unitario.

2.1 I temperamenti ai principi in gioco e la progressiva spersonalizzazione del contratto pubblico.

Il principio di immodificabilità del contraente, secondo quanto previsto dalla pronuncia precedente⁶⁰, sembra essere ancora una regola generale all'interno del diritto degli appalti pubblici.

Nel tempo sia sul fronte dottrinale che sul fronte giurisprudenziale vi sono state numerose pronunce volte ad evidenziare il netto peso che le molteplici deroghe assumono, il quale hanno portato a importanti evoluzioni della materia.

In primo luogo, quelle che sono le deroghe sulla rigidità di tale principio sono state imposte per motivi di coerenza interna all'ordinamento delle gare pubbliche, andando, di conseguenza, a creare un territorio di espansione decisamente più ampio e generale, che oltrepassa i casi di partecipazione dei raggruppamenti temporanei di imprese.

Tale pronuncia, il quale va a giustificare una eccezione del principio, stabilisce che bisogna svolgere un'interpretazione sia di matrice costituzionale che in senso euro-unitaria della controversia normativa, formata tra i commi 17,18 e 19-ter, e che lo stesso giudice qualifica come assoluta, ovvero si presenta quando alcuna delle due norme potrebbe essere applicata al caso senza entrare in conflitto con l'altra.

L'interpretazione, volta ad evitarne una restrittiva delle modificabilità soggettiva possibile nel momento in cui una delle parti perde i requisiti imposti dall'art. 80 in fase di gara, è composta da tre argomenti principali; il ricondurre a ragionevolezza

⁶⁰ Cfr. Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 2 del 2022.

il sistema normativo⁶¹, ragioni di giustizia sostanziale⁶² e coerenza con i principi che presidiano le gare.⁶³

Si conferma, quindi, che il principio di immodificabilità soggettiva non ha una portata assoluta e che la sua derogabilità è lineare per andare a tutelare quelli che sono altri valori che sia sul fronte costituzionale che su quello comunitario sono rilevanti.

Una domanda possibile da porsi è quanto sia ampia l'estensione operativa di tali deroghe.

Un orientamento interpretativo sostiene che da molto tempo si assiste, sia in fase dell'aggiudicazione che nella fase dell'esecuzione del contratto, ad una crescente espansione dell'area impegnata da tali temperamenti.

All'interno della dottrina vi è chi sostiene, in via generale, l'occasione di subentro da parte di operatori economici formalmente diversi dall'offerente, così come evidenziato dall'art. 51 del D.lgs. n. 163/2006.⁶⁴

La giurisprudenza⁶⁵ non ha mancato di sostenere che le modifiche soggettive sono ammissibili anche sotto la vigente codificazione e facendo riferendosi alla fase di

⁶¹ La non estensione alla gara della possibilità di modifica del R.T.I. introdurrebbe una disparità di trattamento tra varie ipotesi di sopravvenienze non ragionevolmente supportata. Più nel dettaglio si porrebbe ad un risultato irragionevole poiché consentirebbe tale modifica nei casi previsti dalla normativa antimafia (sicuramente ben più gravi proprio in ragione dei valori in gioco costituzionalmente tutelati) e la vieterebbe in situazioni che, nella medesima scala di valori, costituiscono ipotesi di minore gravità (quali molte delle ipotesi di perdita di requisiti di cui all'art. 80). Giurisprudenza italiana, riv. n. 8-9, 1 agosto 2022, p. 1934.

⁶² La medesima mancata estensione genererebbe 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. Giurisprudenza italiana, riv. n. 8-9, 1 agosto 2022, p. 1934

⁶³ La mancata estensione finirebbe per porsi in contrasto con il principio del *favor participationis* (che paradossalmente sorregge proprio l'istituto stesso del raggruppamento di imprese) che a sua volta è espressione dei più generali principi di eguaglianza, *par condicio* e libertà economica. Giurisprudenza italiana, riv. n. 8-9, 1 agosto 2022, p. 1934

⁶⁴ Tale disposizione, pur in presenza di un divieto di modificazione della composizione dei raggruppamenti temporanei rispetto a quello risultante dall'offerta (affermando dall'art. 37, 9° comma, ed oggi riproposto dall'art. 48, 9° comma, D.Lgs. n. 50/2016) con riferimento alle "vicende soggettive dell'offerente e dell'aggiudicatario" prevedeva che l'affittuario di un'azienda o di un ramo d'azienda subentrato ad un concorrente potesse essere ammesso alla gara, all'aggiudicazione ed alla stipulazione del contratto, previo accertamento dei requisiti previsti dalla normativa e dalla legge di gara.

⁶⁵ Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 18 settembre 2019 n. 6216, in *giust. amm.* Nella pronuncia si evidenzia altresì che "In tal senso, la delibera dell'ANAC n. 244 del 8 marzo 2017, che sottolinea la perdurante esigenza di salvaguardare la libertà contrattuale delle imprese, le quali devono poter procedere alle riorganizzazioni aziendali reputate opportune senza che possa essere loro di pregiudizio lo svolgimento delle gare alle quali hanno partecipato (cfr., al riguardo, Cons. Stato, V, n. 1370/2013, n. 3819/2015). Più di recente, nello stesso senso, è stato sottolineato che la tesi opposta finisce con "l'ingiustamente 'ingessare', senza alcuna valida ragione giustificativa la naturale vocazione imprenditoriale dei soggetti partecipanti alle gare pubbliche, per tal guisa

aggiudicazione dell'appalto, sempre secondo quanto prestabilito dal principio della continuità dei rapporti giuridici disposto dall'articolo 2948 c.c. riguardante il tema dei rapporti societari.⁶⁶

Allo stesso modo si impone l'individuazione dei contro-limiti siti nella necessità che il reo subentrante abbia i requisiti di carattere generale e speciale richiesti dalla stazione appaltante per poter partecipare alla gara di appalto pubblico.

In poche parole, gli episodi modificativi che in qualche modo coinvolgono soggetti che partecipano ad una gara e che si presentano nel corso del procedimento non si tramutano, poi, in automatiche cause di esclusione impedendo quello che è il principio di massima libertà organizzativa delle imprese.

Le stazioni appaltanti ammettono o mantengono, all'interno dei procedimenti di selezione dei propri contratti, solo coloro che sono in possesso delle necessarie condizioni sia generali che speciali di partecipazione.⁶⁷

ponendosi in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione che sono soltanto quelle espressamente previste dall'art. 80 del nuovo Codice dei Contratti. Appare altresì evidente che la partecipazione di un soggetto ad una procedura di evidenza pubblica non può costituire, a pena di violazione della libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), o del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), motivo per condizionare, ostacolare o, addirittura, sopprimere l'essenza dell'attività imprenditoriale, quando ciò non trovi giustificazione nella necessità di tutelare interessi superiori" (così, T.A.R. Campania, Napoli, III, n. 7206/2018).

⁶⁶ La ANAC, con parere n. 68 del 10 aprile 2014, già sotto la vigenza del precedente codice aveva sottolineato che "posto che l'art. 2498 c.c. rubricato "Continuità dei rapporti giuridici", nel testo introdotto dalla recente riforma societaria, prescrive che con la trasformazione l'ente trasformato conserva i diritti e gli obblighi e prosegue in tutti i rapporti anche processuali dell'ente che ha effettuato la trasformazione, dovendo essere garantito il principio della massima partecipazione alle gare anche nei casi di trasformazione societaria (prevista dall'art. 51 del D.Lgs. n. 163/2006), legittimamente la stazione appaltante può ammettere il nuovo soggetto giuridico risultante dalla trasformazione [...], consentendogli di avvalersi dei requisiti di ordine generale e speciale in possesso della precedente compagine societaria, salvo il potere-dovere di verificarne la sussistenza in capo allo stesso soggetto subentrante, ove ciò sia reso possibile dalla documentazione versata in atti, eventualmente integrata ai sensi dell'art. 46, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006".

⁶⁷ Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 6 settembre 2021 n. 6222. La pronuncia richiama altresì precedenti comunitari: "anche la Corte di Giustizia UE, con sentenza del 24 maggio 2016, *MT Højgaard e Züblin* (C-396/14, EU:C:2016:347) ha ritenuto che nel contesto della direttiva 2004/17, con riferimento ad una procedura negoziata, in caso di scioglimento di un raggruppamento pre-qualificato, di cui facevano parte due operatori economici, uno di essi può subentrare a tale raggruppamento e proseguire la suddetta procedura, senza che sia violato il principio di uguaglianza, a condizione che sia dimostrato che tale operatore economico soddisfa da solo i requisiti definiti inizialmente dall'amministrazione aggiudicatrice. E di recente la sentenza della Corte di Giustizia UE, sez. V, 11 luglio 2019, n. 697, nell'ambito di una procedura ristretta, ha ritenuto che in forza del requisito dell'identità giuridica e sostanziale tra gli operatori economici pre-qualificati e quelli che presentano le offerte, il diritto dell'Unione consente che un candidato prequalificato, che si impegni a incorporare un altro candidato pre-qualificato in virtù di un accordo di fusione concluso tra la fase di prequalifica e quella di presentazione delle offerte e attuato dopo tale fase, possa presentare validamente un'offerta".

Si può affermare quindi che take sistema di contro-limiti è coerente con il già richiamato principio della continuità del mantenimento dei requisiti generali e speciali di gara.

Di conseguenza l'eccezione del principio di immodificabilità soggettiva è ritenuta apponibile alla fase esecutiva dei contratti, in quanto in tali casi si ritiene che l'esigenza di completare le opere, i servizi e le forniture pubbliche deve essere più importante rispetto agli altri principi che sorreggono la materia.

Sul piano sistematico, tale eccezione trova conferma nell'art.106, D.lgs. n. 50/2016 il quale, accoglie l'art. 72 della Dir. 2014/24/UE e l'art.89 della direttiva 2014/25/UE, dispone al primo comma la facoltà di modificare il contratto in corso, senza il bisogno di indire una nuova gara, nel momento in cui l'operatore economico iniziale succeda, per motivi di causa di morte o per contratto, un altro soggetto che posseda i criteri di selezione qualitativa stabiliti *ab initio*, purché tale processo non vada ad implicare ulteriori modifiche sostanziali del contratto.⁶⁸

Recentemente, la predisposizione all'espansione dei temperamenti al principio di immodificabilità soggettiva pare aver trovato un nuovo stimolo nella crescente affermazione della spersonalizzazione del contratto pubblico.⁶⁹

Il principio di immodificabilità soggettiva, anche se adempie a specifiche esigenze legate alla procedura di gara, è strettamente connesso alla natura intrinsecamente personale del contratto pubblico, che è invece maggiormente collegato alla fase di esecuzione del contratto. Così come ribadito dall'art.105, comma 1, della vigente codificazione, l'impedimento di cedere il contratto forma una manifestazione più evidente di tale principio.

Le procedure di appalto, secondo quanto previsto dalle consuetudini dell'ordinamento, sono prestabilite strutturalmente per quella che è la scelta e partecipazione degli operatori economici, poi successivamente incaricati per svolgere l'esecuzione delle prestazioni contrattuali.

Tali operatori economici, inoltre, sono obbligati a garantire l'affidabilità soggettiva richiesta dalla stazione appaltante, per poi essere successivamente

⁶⁸ L'articolo citato richiede il possesso del "*i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente*". Tale locuzione deve essere letta alla luce del significato che le attribuiscono le direttive comunitarie richiamate che annoverano, sotto tale definizione, sia i motivi di esclusione sia i criteri di selezione (ex art. 57 e 58, Dir.24/2004/UE corrispondenti ai requisiti di cui all'art. 80 ed alle condizioni di partecipazione di cui agli artt. 82 e segg. del nostro Codice nazionale).

⁶⁹ Cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. V, 7 agosto 2017, n. 3914 .

selezionati. In poche parole, vi è uno stretto rapporto tra il contraente, concorrente e esecutore delle prestazioni, generalmente rispettata.

Tale carattere contrattualistico, nel corso del tempo, si è attenuato, soprattutto grazie anche all'effetto del diritto comunitario.

Gli elementi affermativi di tale effetto sono le figure procedurali - contrattuali come il project - financing o il general contractor che vanno a destabilizzare il binomio costituito da concorrente - esecutore che sia diretto o esclusivo nei confronti dell'opera pubblica.

Sia l'inserimento di istituti, come ad esempio l'avvalimento, che gli sviluppi portati ad esempio dalla possibilità di giungere al subappalto sono ulteriori casi che hanno sostenuto il percorso dissociativo, menzionato.

L'avvalimento permette quella che è la cessione oggettiva di alcune informazioni dell'appaltatore, come ad esempio i requisiti economici, tecnici, finanziari ed le attestazioni SOA, il quale non sono rigorosamente personali e possono essere utilizzati anche da un operatore economico diverso, ma solo qualora egli dimostri di poterne effettivamente disporre e che la stazione appaltante ne sia a conoscenza relativamente a tale utilizzo.

Secondo anche quanto riportato dall'ordinamento, il soggetto ausiliario deve avere quelli che sono i requisiti disposti dall'art 80 ed allo stesso modo la stazione appaltante obbliga il soggetto di sostituire colui che non vanno a soddisfare il criterio di selezione o quando ci sono dei motivi obbligatori di esclusione.

Il subappalto, il quale come detto prima si ha nella fase esecutiva, va a concretizzare l'ipotesi in cui il soggetto appaltatore, senza cessione del contratto e senza rinnovare il rapporto consolidatosi con l'amministrazione, rimette ad un terzo il dovere di eseguire l'opera, il servizio o la fornitura impiegata dallo stesso appaltatore con il contratto di appalto.

Di conseguenza, il contratto di subappalto ha progressivamente assunto il carattere "derivato" e ha acquisito quelle che sono le caratteristiche di un nuovo rapporto giuridico, il quale si congiunge in quello già presente, divenendo una continuazione.⁷⁰

⁷⁰ A tali considerazioni non è estraneo neanche l'avvalimento c.d. "operativo" destinato a mutare le proprie sembianze in subappalto, ai sensi dell'art. 89, 8° comma del Codice.

In tale contesto, l'amministrazione committente deve partecipare al nuovo rapporto giuridico tramite il pagamento diretto e la vigilanza sull'intera esecuzione del contratto.

Dall'altro lato, in virtù delle modifiche istituite dall'art. 105 del codice, influenzate dalla giurisprudenza comunitaria, sono stati eliminati i limiti quantitativi che la legislazione italiana, tradizionalmente, imponeva alla possibilità di subappaltare, andando contro lo stesso diritto comunitario.⁷¹

Queste modifiche hanno cambiato il rapporto generatosi tra la "regola" e l'eccezione.

Il principio fondamentale della personalizzazione del contratto - che imponeva, oltre all'impossibilità di cessione, anche la necessità che le lavorazioni, i servizi e le forniture dovevano essere adoperate dall'impresa aggiudicataria - ha patito una significativa riduzione.

Secondo quanto predisposto dalla nuova formulazione dell'art 105, comma 2, del D.lgs. n. 50 del 2016, la stazione appaltante deve inserire all'interno della documentazione di gara tutte le prestazioni o lavorazioni parte del contratto di appalto che devono essere adempiute dall'aggiudicatario, ad eccezione della presenza di una adeguata motivazione nella determina a contrarre. Questa motivazione deve tenere presente le specifiche caratteristiche dell'appalto come anche la natura o complessità delle prestazioni o lavorazioni da effettuare, ancora, si deve tenere conto anche della necessità di poter fortificare il controllo delle attività di cantiere e di quelli che sono i luoghi di lavoro, nonché bisogna prevenire il possibile rischio di infiltrazioni criminali.

Quindi, la domanda da parte del contraente o del concorrente su una piena esecuzione delle prestazioni contrattuali diventa un'eccezione formale, adeguatamente motivata secondo quelli che sono i criteri stabiliti dalla legge.

Ciò serve ad indicare la progressiva limitazione di quella che è l'applicazione del principio in questione e di tutti i suoi corollari.

⁷¹ Cfr. Bruno, Mariani, *I Contratti pubblici dopo il decreto PNRR*, Ed. Key, 2021, 87, "Il riferimento è all'art. 105, D.Lgs. n. 50/2016, come modificato dapprima con l' art. 49, D.L. n. 77/2021 e successivamente dalla relativa legge di conversione, L. n. 108/2021. La norma peraltro tenta di risolvere le criticità evidenziate dalla Commissione europea nella procedura di infrazione a carico dell'Italia n. 2018/2273, nonché di ovviare al vuoto normativo creatosi a seguito delle note sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 2019 e del 2020 – CGUE sentenza del 26 settembre 2019, causa C-63/18, sentenza del 27 novembre 2019, causa C-402/18, sentenza del 30 gennaio 2020, causa C-395/18 – che hanno profondamente inciso la normativa nazionale con conseguente obbligo per le amministrazioni di disapplicarla per gli aspetti incompatibili con il diritto europeo."

Per concludere, anche se sia affermabile che il principio di immodificabilità soggettiva del contraente vada a formare ancora una regola dell'ordinamento, l'Adunanza Plenaria sostiene che la sempre meno concreta applicazione del principio è dovuta all'aumento della quantità di eccezioni affermatosi nell'ordinamento.

3. L'estensione della possibilità di riduzione del raggruppamento alla perdita dei requisiti dell'art. 80 del Codice in fase di gara

Di fondamentale importanza fu la scelta interpretativa dell'Adunanza plenaria sulla complicata antinomia normativa introdotta dal D. lgs. N. 56 del 2017.

La considerazione si basa sia sul carattere assoluto del conflitto, data la impossibilità di risolverlo tramite gli ordinari strumenti interpretativi, e sia sulla ragionevolezza della scelta di poter estendere la modifica del raggruppamento per la mancanza del contrasto delle modifiche soggettive introdotte con gli interessi pubblici tutelati da tale principio.

Per quanto riguarda il primo aspetto bisogna dare rilievo ed importanza a quanto sostenuto dall'Adunanza plenaria in merito al fatto che il conflitto sia irrisolvibile attraverso l'applicazione dei criteri di soluzione del contrasto tra fonti, trattandosi di norme dettate dalla medesima fonte.

In merito al problema dell'interpretazione della norma⁷², la stessa adunanza chiarisce le motivazioni e ragioni per cui l'ambivalenza di significato dell'art. 32, comma 1, lett. E) ed h), del D.lgs. n. 56/2017⁷³, non permette la risoluzione del problema interpretativo attraverso il criterio dell'interpretazione letterale e soggettivo della *voluntas legis*, che tutelano il giudice dall'accusa dell'intenzione di sostituirsi con il legislatore.⁷⁴

⁷² F. Gazzoni, Manuale di diritto privato, 2021, 47 ss.

⁷³ All'art. 48, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, sono apportate le seguenti modificazioni: e) al comma 17, dopo le parole: "fallimento del medesimo ovvero" sono inserite le seguenti: "in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80, ovvero"....; h) dopo il comma 19, sono aggiunti i seguenti: ... 19-ter. Le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 9 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verificano in fase di gara." In www.normattiva.it.

⁷⁴ M.A. Sandulli, *La risorsa giudice amministrativo*, in *Questione Giustizia*, 1/2021 pag. 38 ss.; Idem, *Principi e regole dell'azione amministrativa. Riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale*, in *Federalismi* (editoriale), 23, 2017, e relativa postilla: Ancora sui rischi dell'incertezza delle regole (sostanziali e processuali) e dei ruoli dei poteri pubblici, *ivi*, 11, /2018.

Sul fronte della ratio iuris la quale legittima l'interpretazione estensiva, la Corte riconosce la categoria unitaria degli accadimenti modificativi involontari da quella volontaria formata dal recesso, per ricavare una disparità di trattamento tra quelle che sono le cause dell'art. 80 e l'introduzione di una responsabilità oggettiva attinente ai casi di esclusione delle cause sancite dall'articolo 80 dal Codice dei contratti. L'Adunanza, inoltre, sostiene che i principi utili alla giustificazione dell'estensione sarebbero quelli di massima partecipazione alla gara e di libertà di iniziativa economica.

Infine, sul fronte dei principi dell'ordinamento che giustificano l'estensione si evidenzia la mancanza del principio di buon andamento della pubblica amministrazione, il quale vige sulla velocità di conclusione del procedimento tramite il divieto di interruzione del medesimo e di regresso procedimentale.

4. La partecipazione del raggruppamento dopo la Adunanza Plenaria n. 2/2022 e la sentenza della Corte di Giustizia Europea del 28 aprile 2022 (C – 642/20)

In seguito alla comunicazione della Commissione UE del 6 aprile 2021, attraverso cui venne comprovata la decisione dare prosecuzione alle procedure di infrazione 2018/2273 che fu avviata nei confronti dell'Italia, la Corte di Giustizia UE, attraverso la sentenza del 28 aprile 2022 (C-642/2020), ha disposto discrepanza che colpisce l'articolo 83, comma 8, III periodo, del nostro codice, affermando che "L'articolo 63 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale secondo la quale l'impresa mandataria di un raggruppamento di operatori economici partecipante a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico deve possedere i requisiti previsti nel bando di gara ed eseguire le prestazioni di tale appalto in misura maggioritaria".

L'articolo 83, comma 8, III periodo, del D. lgs. 50/2016, designa che laddove le imprese vogliano partecipare ad una gara d'appalto pubblico, attraverso un raggruppamento, la capogruppo deve essere in possesso dei requisiti di

partecipazione e svolgere le prestazioni richieste dalla stazione appaltante in misura maggioritaria.

La *ratio* di tale norma sta nel fatto che si cerca di evitare che la capogruppo, anche detta mandataria, abbia una posizione secondaria all'interno di un raggruppamento, in quanto essa deve essere sia il soggetto maggiormente qualificato e sia il soggetto affidatario della parte più consistente dell'appalto.

Secondo poi, un'interpretazione giurisprudenziale attuale, citata anche nella nota del nuovo bando ANAC n. 1 /2021⁷⁵, la mandataria non deve possedere obbligatoriamente i requisiti in modo maggioritario assoluto, quindi il 51%, ma basta, anche, che abbia i requisiti in misura superiore al resto dei partecipanti al raggruppamento.

Ad esempio, laddove ci troviamo in un raggruppamento composto da sole tre imprese, per essere soddisfatto un fatturato pari a 100 bisogna che la capogruppo posseda un fatturato pari almeno a 45 e le due imprese rimanenti, quindi le mandanti, devono possedere un fatturato di 30 o 25.

Ciò, però, non significa necessariamente che il ruolo della mandataria venga svolto dall'impresa che possiede il fatturato maggiore.

Inoltre, in assenza di una previsione esplicita della *lex specialis*, l'ordinamento ha ritenuto possibili le partecipazioni paritarie tra le imprese di uno stesso raggruppamento.

L'avvenimento da cui scaturisce tale pronuncia della Corte di Giustizia, vede come protagonista l'avvalimento interno ad un raggruppamento ai sensi di una procedura aperta riguardante l'affidamento di un servizio di spazzamento, raccolta e trasporto per lo smaltimento di rifiuti solidi urbani ed ulteriori servizi di igiene pubblica in 33 comuni siti nella provincia di Messina.

⁷⁵ Così il bando - tipo ANAC n. 1 del 2021 par. 11, "*Tale norma non va intesa nel senso che la mandataria deve possedere i requisiti in misura maggioritaria assoluta (ovvero, il 51% del requisito), bensì è sufficiente che posseda i requisiti in misura percentuale superiore a ciascuna delle mandanti (Consiglio di Giustizia Amministrativa, Sentenza 24 novembre 2020 n. 1106; Determinazione 10 ottobre 2012, n. 4). Ad esempio, nel caso di un raggruppamento composto da tre imprese, una richiesta di fatturato pari a 100 potrà essere soddisfatta dal raggruppamento se la mandataria dichiara di possedere un fatturato pari ad almeno 45 e le mandanti pari ad almeno 30 e a 25, ovvero se la mandataria e le mandanti possiedono una diversa distribuzione del fatturato purché il fatturato della mandataria sia superiore a quello di ciascuna mandante. Occorre sottolineare che ciò non vuol dire che il ruolo della mandataria debba necessariamente essere svolto dall'impresa con il fatturato maggiore". Si ricorda altresì l'orientamento che, in assenza di un'espressa previsione della *lex specialis*, ha già ritenuto legittime le partecipazioni paritarie (TAR Veneto, Sez. II, 24.01.2020, n. 161).*

Tale procedura prevedeva la suddivisione della gara in tre lotti, l'A.T.I. aggiudicatrice del secondo lotto risultò soccombente in primo grado, dato che la capogruppo dimostrò di essere in possesso di quelli che sono i requisiti di partecipazione previsti dalla stazione appaltante esclusivamente mediante avvalimento, il quale però erano contrastanti con quanto disposto dall'art 83, comma 8, III periodo, del D.lgs. 50/2016.

Il TAR Sicilia-Catania⁷⁶ rilevò che, in modo conforme a quanto previsto dall'art 83, comma 8 e dall'art. 89 del Codice⁷⁷, la capogruppo, se soddisfa i requisiti di partecipazione ed esegue le prestazioni in misura maggioritaria, può fare affidamento in qualunque caso sugli attributi e capacità degli altri operatori economici che fanno parte dello stesso raggruppamento temporaneo di imprese.

Quindi, ritornando al caso di specie, la mandataria non era in grado di soddisfare quanto previsto dai due già citati articoli, in quanto non possedeva i requisiti previsti dal bando di gara e quindi di conseguenza non poteva fare affidamento sugli altri operatori economici.

Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, attraverso l'ordinanza del 24 novembre 2020, n. 1106, sostenne che vi erano dei contrasti tra l'interpretazione del Codice dei contratti pubblici eseguita dal giudice di primo grado, dove veniva stabilito che la capogruppo in ogni caso deve possedere i requisiti ed adempiere alle prestazioni in modo maggioritario, con quanto disposto dall'art. 63 della direttiva 2014/24, *“in quanto quest'ultimo articolo non sembra limitare la possibilità per un operatore economico di ricorrere alle capacità di operatori terzi”*.

A causa di tale contesto il giudice d'appello ha deciso di interrompere il procedimento e di porre alla Corte la questione pregiudiziale: *«Se l'articolo 63 della direttiva [2014/24], relativo all'istituto dell'avvalimento, unitamente ai principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56 TFUE, osti all'applicazione della normativa nazionale italiana in materia di “criteri di selezione e soccorso istruttorio” di cui all'inciso contenuto nel [terzo] periodo del comma 8 dell'articolo 83 del [Codice dei contratti pubblici], nel senso*

⁷⁶ T.A.R. Sicilia – Catania, sez. IV, sentenza 30 dicembre 2019, n. 3150, in *giust. amm.*

⁷⁷ L'art. 89, D.Lgs. 50/2016 secondo cui un'impresa mandataria può sempre fare affidamento sulle capacità degli altri operatori economici facenti parte del raggruppamento, *“ma a condizione che soddisfi essa stessa i requisiti di ammissione ed esegua le prestazioni in misura maggioritaria rispetto agli altri operatori economici”*

*che in caso di ricorso all'istituto dell'avvalimento (di cui all'articolo 89 del [Codice dei contratti pubblici]), in ogni caso la mandataria deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria».*⁷⁸

Pertanto, l'articolo 83, comma 8, del Codice dei contratti pubblici fisserebbe una condizione più rigorosa rispetto a quella predisposta dall'articolo 63, paragrafo 1, il quale prevede, per solo alcuni tipi di appalto, che le amministrazioni aggiudicatrici possono stabilire che alcuni compiti essenziali siano eseguiti in modo diretto dall'offerente stesso o da un partecipante al raggruppamento, qualora l'offerta venga presentata da un A.T.I.⁷⁹

Allo stesso modo i giudici di Lussemburgo affermano che l'articolo 19, paragrafo 2, comma 2, della direttiva 2014/24⁸⁰, stabilisce che gli Stati membri stabiliscono delle possibili clausole standard che vanno a indicare le modalità che possono sfruttare i raggruppamenti in modo da soddisfare tutte le condizioni relative alle capacità sia in ambito professionale che, ad esempio, in ambito tecnico previste dall'art. 58 della stessa direttiva. Ad ogni modo, anche se la capacità di svolgere compiti essenziali facesse parte della nozione di capacità tecnica, quello che concederebbe al legislatore nazionale di inglobare nelle clausole standard previste, dal già menzionato articolo 19 della direttiva 2014/24, va al di là di quanto consentito dalla stessa.

⁷⁸ Cfr. Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, ordinanza del 24 novembre 2020, n. 1106, in *giust. amm.*

⁷⁹ L'art. 63 paragrafo 1 della direttiva 2014/24, prevede unicamente che, per taluni tipi di appalto (tra cui gli appalti di servizi), *“le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente stesso o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici (...), da un partecipante al raggruppamento”*.

⁸⁰ Secondo la Corte di Giustizia Europea, sentenza del 28/4/2022 (C – 642/2020) *“È vero che l'articolo 19, paragrafo 2, secondo comma, della direttiva 2014/24 prevede che gli Stati membri possano stabilire clausole standard che specifichino il modo in cui i raggruppamenti di operatori economici devono soddisfare le condizioni relative alla capacità economica e finanziaria o alle capacità tecniche e professionali di cui all'articolo 58 di tale direttiva. Tuttavia, quand'anche la capacità di svolgere compiti essenziali rientrasse nella nozione di «capacità tecnica», ai sensi degli articoli 19 e 58 della direttiva 2014/24, ciò che consentirebbe al legislatore nazionale di includerla nelle clausole standard previste dall'articolo 19, paragrafo 2, della stessa, una norma come quella contenuta nell'articolo 83, comma 8, terzo periodo, del Codice dei contratti pubblici, che obbliga il mandatario del raggruppamento di operatori economici ad eseguire direttamente la maggior parte dei compiti, va al di là di quanto consentito da tale direttiva. Infatti, una norma del genere non si limita a precisare il modo in cui un raggruppamento di operatori economici deve garantire di possedere le risorse umane e tecniche necessarie per eseguire l'appalto, ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 2, di detta direttiva, in combinato disposto con l'articolo 58, paragrafo 4, della stessa, ma riguarda l'esecuzione stessa dell'appalto e richiede in proposito che essa sia svolta in misura maggioritaria dal mandatario del raggruppamento”*.

Difatti, tale norma non si sofferma solo a indicare il modo in cui l'A.T.I deve dimostrare di possedere le risorse umane e tecniche per l'esecuzione dell'appalto ma si riferisce anche all'esecuzione stessa dell'appalto e stabilisce che questa debba avvenire per merito della mandataria in misura maggioritaria.

Quindi tale norma, cambia l'impostazione quantitativa, imponendo di conseguenza la mandataria a eseguire in maniera diretta la maggior parte delle prestazioni oggetto di contratto d'appalto.

Inoltre, il requisito come quello stabilito dall'art. 83, comma 8, III periodo, eccede quelli che sono i termini disposti dall'art.63, paragrafo 2, della direttiva 2014/24, pregiudicando la finalità di aprire gli appalti pubblici alla concorrenza più ampia possibile e in tal modo cercando di facilitare l'entrata, in tale mercato, di piccole e medie imprese.⁸¹

La Corte di Giustizia dell'UE finisce con l'affermare la supremazia del principio cardine dell'Unione europea riguardante la tutela della concorrenza, e permette alle imprese che operano in un mercato unico di partecipare alle procedure di aggiudicazione.

Allo stesso modo, l'avvenuta pubblicazione della sentenza da parte della Corte ripone in capo al RUP la questione particolare, nell'attesa dell'eventuale aggiornamento del bando-tipo ANAC⁸², sull'immediata disapplicazione nazionale nelle prossime procedure di contratti pubblici.

⁸¹ Corte di Giustizia Europea, sentenza del 2 giugno 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punto 27

⁸² Sul punto, bando - tipo ANAC n. 1 del 2021.

5. Il caso pratico

Il presente paragrafo ha lo scopo di illustrare quanto finora detto nei paragrafi precedenti sulla modifica soggettiva di RTI in corso di gara, richiamando un caso pratico che ha ad oggetto il recesso della mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese in corso di gara.

Per mera completezza, si espone brevemente la vicenda storica.

5.1 La vicenda storica

Con bando di gara *“Procedura aperta per mezzo di offerte segrete, ai sensi dell'art. 53, comma 2 lett. c), del D. Lgs. n. 163/2006 e s.m.i., con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 83 del medesimo disposto normativo, per l'affidamento della progettazione esecutiva, del coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e della realizzazione dei lavori, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di gara, sulla base del progetto preliminare predisposto dall'ARCADIS, necessari per la realizzazione dell'intervento Grande Progetto “Risanamento ambientale corpi idrici superficiali delle aree interne” – “Lotto Funzionale Provincia di Benevento” comuni di Castelvenero, San Salvatore Telesino, Solopaca, Teleso Terme, Dugenta, Durazzano, Limatola, Sant’Agata dei Goti, Paupisi, Ponte, Torrecuso”*, in data 8/5/2013 l’ARCADIS indicava una procedura aperta per la realizzazione dell'intervento Grande Progetto *“Risanamento ambientale corpi idrici superficiali delle aree interne” – “Lotto Funzionale Provincia di Benevento” comuni di Castelvenero, San Salvatore Telesino, Solopaca, Teleso Terme, Dugenta, Durazzano, Limatola, Sant’Agata dei Goti, Paupisi, Ponte, Torrecuso.”*

Per la partecipazione alla gara, il Bando richiedeva tra le categorie SOA (oggi SEI) sia il requisito OG 6⁸³, sia il requisito OS 22.⁸⁴

Alla suddetta procedura partecipavano, tra le tante, la Società S. e la Società C.. Orbene, poiché la Società C. era in possesso del solo requisito OG 6, decide di partecipare alla procedura assieme alla Società S. in possesso del requisito OS 22, impegnandosi a costituire una ATI.

Pertanto, l'ATI – costituita dalla Società C. in qualità di mandataria capogruppo e dalla Società S. in qualità di mandante, si aggiudicava provvisoriamente la gara.

È necessario ricordare che al fine di costituire un RTI le Società devono sottoscrivere una scrittura privata, ovverosia il mandato collettivo di rappresentanza, regolato dalla disciplina prevista dall'art. 48, comma 12, D.lgs. 50/2016.

Il mandato, che viene consegnato alla mandataria capogruppo dalle società mandanti, è caratterizzato dal requisito della gratuità.

È altresì un elemento imprescindibile senza il quale non è possibile costituire un raggruppamento temporaneo di imprese.

Ebbene, nel corso degli anni, in particolare nel 2022, e in corso di gara, però, la Società S., risultata inadempiente a fronte delle reiterate richieste da parte della P.A. di stipulare il contratto, primo fra tutti l'atto costitutivo l'ATI con la Società C., viene dichiarata decaduta dall'aggiudicazione.

Di conseguenza, la Società C., avendo fra l'altro acquisito nel corso del tempo anche il requisito OS 22, viene dichiarata aggiudicataria per l'intervento "Risanamento ambientale corpi idrici superficiali delle aree interne – Lotto funzionale Provincia di Benevento" come operatore economico singolo e non più in qualità di mandataria capogruppo dell'ATI.

⁸³ Secondo la normativa in materia di SOA, la categoria OG 6 "Acquedotti, gasdotti, oleodotti, opere di irrigazione e di evacuazione" riguarda la costruzione, la manutenzione o la ristrutturazione di interventi a rete che siano necessari per attuare il "servizio idrico integrato" ovvero per trasportare ai punti di utilizzazione fluidi aeriformi o liquidi, completi di ogni opera connessa, complementare o accessoria anche di tipo puntuale e di tutti gli impianti elettromeccanici, meccanici, elettrici, telefonici ed elettronici, necessari a fornire un buon servizio all'utente in termini di uso, funzionamento, informazione, sicurezza e assistenza ad un normale funzionamento. Comprende in via esemplificativa le opere di captazione delle acque, gli impianti di potabilizzazione, gli acquedotti, le torri piezometriche, gli impianti di sollevamento, i serbatoi interrati o sopraelevati, la rete di distribuzione all'utente finale, i cunicoli attrezzati, la fornitura e la posa in opera delle tubazioni, le fognature con qualsiasi materiale, il trattamento delle acque reflue prima della loro immissione nel ciclo naturale delle stesse, i gasdotti, gli oleodotti.

⁸⁴ Secondo la normativa in materia di SOA, la categoria OG 22 "Impianti di potabilizzazione e depurazione" riguarda la costruzione, la manutenzione o ristrutturazione di impianti di potabilizzazione delle acque e di depurazione di quelle reflue, compreso il recupero del biogas e la produzione di energia elettrica, completi di ogni connessa opera muraria, complementare o accessoria, puntuale o a rete

Infine, nel 2023, la Società C. viene dichiarata aggiudicataria con decreto di aggiudicazione di efficacia definitiva⁸⁵ per l'intervento citato.

5.2 L'applicazione dei principi espressi dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sentenza n. 2/2022 al caso pratico.

È d'uopo richiamare in questa sede la fondamentale sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 2 del 2022, senza la quale non si sarebbe potuto verificare quanto detto finora.

Ed invero, solo grazie all'illuminante intervento dell'Adunanza Plenaria n. 2/2022 che la Società C. ha potuto aggiudicarsi la procedura aperta nonostante il recesso della mandante in corso di gara.

Infatti, alla luce del recente intervento giurisprudenziale, se in passato il recesso di un componente del raggruppamento poteva avvenire solo in casi eccezionali, e solo durante l'esecuzione del contratto, oggi si può serenamente affermare che è possibile la modifica della compagine soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese anche in corso di gara.

Ed è possibile grazie ai principi espressi dalla sentenza del Supremo Consesso, che ha stabilito che il recesso è ammesso, non tanto in base ad una più generale valutazione dei motivi che lo determinano, ma in quanto le imprese rimanenti *“abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire”* e sempre che la modifica soggettiva derivante dal recesso non sia *“finalizzata ad eludere un requisito di partecipazione alla gara”*, tanto vero che *“laddove si verifichi la predetta ipotesi di perdita dei requisiti, 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, onde poter riprendere la partecipazione alla gara, è tenuta ad assegnare un congruo termine per la predetta riorganizzazione”*.⁸⁶

Ed è quello che è accaduto nella fattispecie illustrata nel presente paragrafo; la Società C. tanto ha potuto partecipare come singolo operatore economico e non più

⁸⁵ Ai sensi dell'art. 32, comma 7, del D.Lgs. n. 50 del 2016 *“L'aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti.”*

⁸⁶ Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sentenza n. 2 del 2022, in *giust. amm.*

come mandatario capogruppo di ATI, nonostante il recesso della Società S., in quanto nel corso degli anni ha acquisito anche il requisito OS 22 richiesto dal bando.

Grazie al possesso di tutti i requisiti richiesti dal bando – in particolare attestazione SOA, categorie OG 6 e OS 22, e grazie ai principi di diritto sanciti da ultimo dall'Adunanza Plenaria n.2/2022, la Società C. ha quindi potuto continuare a partecipare alla procedura aperta nonostante il recesso della Società S. in corso di gara.

Il caso appena menzionato è peculiare perché rappresenta l'applicazione pratica dei principi espressi dall'Adunanza Plenaria n. 2/2022.

Invero, il principio espresso dal Supremo Consesso trae origine da un'ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato n. 6959/2021, nella quale si era richiesto l'intervento dell'Adunanza Plenaria per risolvere l'*empasse* creatasi con riferimento alla modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di impresa, fino a quel momento ammessa – da una buona parte della giurisprudenza - solo in corso di esecuzione.

In realtà, già nel 2012, con la sentenza n. 8 e poi nel 2021, sentenze nn. 9 e 10, l'Adunanza Plenaria ammetteva la modifica soggettiva per riduzione del raggruppamento temporaneo di imprese, qualora ricorressero i presupposti di cui ai commi 17, 18 e 19 – ter dell'art. 48 d.lgs. n. 50 del 2016.

A ben vedere le citate sentenze – ammettendo la sostituzione del mandatario o del mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese con un altro soggetto in possesso dei requisiti richiesti dalla *lex specialis* – hanno statuito il principio secondo cui è possibile la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese anche in corso di gara, purché essa sia meramente interna.

L'Adunanza Plenaria n. 2/2022, pertanto, rifacendosi alla recente giurisprudenza, ha statuito che è ammissibile la modifica della compagine soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese purché essa sia meramente interna; la modifica soggettiva del RTI è ammessa perciò solo per riduzione e non per addizione, ed inoltre *“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".⁸⁷

Alla luce di tale orientamento, pertanto, la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita di requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50 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.

Ne consegue che, laddove si verifichi la già menzionata ipotesi di perdita dei requisiti o di recesso di una delle mandanti, la stazione appaltante, in ossequio al principio di partecipazione procedimentale, è comunque tenuta ad interpellare il raggruppamento e, laddove questo intenda effettuare una riorganizzazione della compagine, al fine di poter ri-partecipare alla gara, deve assegnargli un congruo termine per la predetta organizzazione.

In conclusione, l'Adunanza Plenaria, baluardo della giurisprudenza in materia di modifiche della compagine soggettiva dei raggruppamenti temporanei di imprese, applica, per giungere al riconoscimento della possibilità di modificare il RTI nel caso di perdita dei requisiti di cui all'art. 80 del Codice dei Contratti pubblici, anche in fase di gara, il principio di ragionevolezza e di parità del trattamento che trova il suo fondamento giuridico nell'art. 3 della Costituzione⁸⁸.

⁸⁷ Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 2 del 2022, in *giust. amm.*

⁸⁸ L'art. 3 della Costituzione sancisce il principio fondamentale secondo cui: *"Tutti i cittadini hanno pari dignità e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.*

È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese."

6. Il divieto di modifica per addizione: la sentenza del Consiglio di Stato, dell'8 febbraio 2022, n. 899.

Il Consiglio di Stato ritorna a pronunciarsi sul tema delle modificazioni soggettive dei raggruppamenti, attraverso la sentenza del 8 febbraio 2022 n.899.⁸⁹

Come primo punto il Consiglio di Stato si sofferma sull'erroneità della sentenza, nella fase in cui sembra essere falsamente applicato l'art.48, commi 17 e 19-ter. Del D.lgs. n. 50/2016.

In particolare, è in dubbio l'affermazione se la possibile sostituzione della capogruppo del raggruppamento è ammessa solo con un soggetto che appartiene allo stesso raggruppamento, secondo anche quanto disposto dalla normativa dei contratti pubblici e in base ad una parte della giurisprudenza.⁹⁰

A tal proposito il Collegio rileva che l'art. 48 del Codice dei Contratti pubblici dispone l'impossibilità di apportare relative modifiche alla compagine soggettiva del raggruppamento rispetto a quanto riportato, dai soggetti che ne fanno parte, nell'offerta già presentata alla stazione appaltante.⁹¹

Ciò in quanto si deve concedere alla stazione appaltante la possibilità di effettuare tutte le relative indagini sui soggetti che hanno presentato l'offerta per partecipare alla gara, quindi, andando a controllare i requisiti di idoneità morale, tecnico-

⁸⁹ La sentenza in commento nasce dal ricorso proposto da Go For Green S.r.l., contro il comune di Foggia. La società era la mandante dell'A.T. I, invece come mandataria vi era la SITIE S.p.a., partecipava alla procedura per l'affidamento in concessione, mediante project financing, di quelli che sono i lavori di riqualificazioni, adeguamento e gestione del servizio di pubblica illuminazione del comune di Foggia. Tale operazione prevedeva un importo stimato di oltre 53 milioni di euro e una durata dell'affidamento di 20 anni. La concessione per svolgere i lavori, sopra indicati, era data al solo partecipante A.T.I. formato dalla mandataria e dalla mandante.

Successivamente, la mandataria veniva sottoposta a concordato "in bianco", comportando di fatto prospettata sostituzione con la mandante e un'ulteriore sostituzione di quest'ultima con altra mandante estranea al raggruppamento.

A tal punto, il Comune di Foggia non accettò la proposta di sostituzione esterna e revocò la concessione alle imprese. Ciò scaturì sia per il divieto di modificazione soggettiva del raggruppamento "per addizione", sia perché venne ritenuta inaffidabile la nuova mandante, in quanto precedentemente aveva subito diverse risoluzioni contrattuali. Di conseguenza, la revoca venne impugnata innanzi al T.A.R. Puglia – Bari, il quale – a seguito di attenta analisi - rigettò il ricorso. La sentenza del giudice di prime cure venne appellata dalla ricorrente innanzi al Consiglio di Stato, che dopo una ricostruzione precisa della vicenda e degli istituti giuridici sottesi al caso concreto, rigettò l'appello, ritenendo perciò inammissibile la modifica soggettiva per addizione.

⁹⁰ Cfr. C.g.a.r.s., sez. giurisd., 20 gennaio 2021, n. 37.

⁹¹ Osserva al riguardo il collegio che: *"Ai sensi dell'art. 48, comma 9, del Codice dei contratti: "è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei ... rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta"*.

organizzativi ed economico-finanziari, tale azione della stazione appaltante non può essere resa vana da nessun tipo di modificazione del raggruppamento.

La regola dell'immutabilità soggettiva dei concorrenti è colpita da due eccezioni fondamentali; da un lato vi è una prima eccezione prevista dal comma 17, del già citato articolo, riguardante la mandataria, la quale sarebbe sostituibile solo qualora siano presenti delle ipotesi tassative, come ad esempio il concordato preventivo.

L'unica possibilità di poter sostituire la capogruppo è quando si verifica la condizione che l'impresa subentrante disponga degli stessi requisiti di partecipazione e qualificazione necessari per proseguire i lavori relativi alla gara d'appalto; dall'altro lato la seconda eccezione è disposta, invece, dal comma 18 che riguarda l'altra parte del raggruppamento, ovvero la mandante che può essere sostituita quando si presentano le stesse congetture e condizioni previste per il comma 17.

Nel corso del tempo tale questione è stata protagonista di notevoli cambiamenti, fino quando la giurisprudenza è riuscita a giungere alla conclusione che la modifica debba avvenire soltanto per sottrazione, ovvero con il subentro di soggetti che già fanno parte del raggruppamento, e mai per addizione, ovvero tramite il subentro di imprese o singoli operatori economici esterni alla stessa A.T.I.

In tali termini viene, dall'Adunanza plenaria, orientata la sentenza n. 10 del 27 maggio 2021, che ha confermato l'impossibilità di sostituire il soggetto del raggruppamento con un terzo estraneo a questo, sia nei confronti della mandataria che nei confronti della mandante.

Allo stesso modo il Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 4 maggio 2012, n.8, ha affermato che: *“Il principio di immutabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche ... mira a garantire una conoscenza piena da parte delle amministrazioni aggiudicatrici dei soggetti che intendono contrarre con le amministrazioni stesse consentendo una verifica preliminare e compiuta dei requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria dei concorrenti, verifica che non deve essere resa vana in corso di gara con modificazioni di alcun genere”*.⁹²

Lo scopo di tale disposizione sta nel fatto che si cerca di prevenire eventuali modifiche soggettive che andrebbero ad ostacolare le verifiche preliminari predisposte dalla stazione appaltante.

⁹² Cfr. Cons. Stato, Adunanza Plenaria, n. 8/2012, in giust. amm.

Ciò si riferisce alle due eccezioni poste dalla sentenza della Plenaria n 10 del 2021: la prima è quella di evitare che la stazione appaltante vada a stipulare un contratto con un soggetto i quali requisiti non siano stati sottoposti a verifica dopo l'avvenuta modifica della composizione del raggruppamenti iniziata durante la procedura di evidenza pubblica o durante la fase esecutiva del contratto (principio di trasparenza); la seconda eccezione si riferisce alla tutela della parità di trattamento di coloro che partecipano alla gara d'appalto attraverso modifiche della compagine soggettiva del raggruppamento temporaneo di impresa, calibrate sull'evoluzione della gara o sull'andamento del rapporto contrattuale (principio della par condicio).

Quindi viene in risalto la tendenza di preferire quelle che sono le sostituzioni interne del raggruppamento, anziché quelle esterne a quest'ultimo, ovvero l'impiego di soggetti esterni al raggruppamento.

L'Adunanza Plenaria nella sentenza, poco fa menzionata, predispone la conferma dell'ammissione delle modifiche soggettive del raggruppamento temporaneo di imprese solo quando avvengono in "riduzione" e solo "internamente" senza prevedere l'aggiunta di soggetti terzi che non hanno partecipato alla gara d'appalto.

Tali modifiche, in poche parole, devono essere attuate, qualora necessario, senza effettuare l'aggiunta di nuovi soggetti che non partecipano o non hanno richiesto di partecipare alla gara, così come statuito recentemente dall'Adunanza plenaria n.2 del 25 gennaio 2022.⁹³

La modifica sostitutiva per addizione va a formare una violazione del principio di concorrenza dato che permette a un operatore economico, che non ha partecipato alla gara per eseguire la prestazione richiesta, in violazione anche delle norme di correttezza e trasparenza.

Per quanto concerne la possibile distinzione tra le figure della capogruppo e della mandante, bisogna fare riferimento alla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 10 del 2021, il quale prevede che la sostituzione esterna non è accettabile per entrambe le figure della mandataria e della mandante.

Inoltre, viene precisato che la diversa disposizione del comma 17 rispetto a quanto previsto dal comma 18 dell'articolo 48 del codice dei contratti pubblici, non assume importanza dal punto di vista letterale e non deve essere motivo di errore.

⁹³ Cfr. Adunanza plenaria n. 2 del 25 gennaio 2022, in *giust. amm.*: "la modifica sostituiva c.d. per addizione costituisce ex se una deroga non consentita al principio della concorrenza perché ammette ad eseguire la prestazione un soggetto che non ha preso parte alla gara secondo regole di correttezza e trasparenza".

Per quanto riguarda il comma 18, l'operatore economico che subentra all'interno del raggruppamento non si riferisce all'ingresso di un terzo esterno ma si rifà alla stessa struttura del raggruppamento composta da una pluralità di soggetti e il subentro di un mandante che abbia i requisiti di qualificazione e partecipazione prescritti ad altro mandante.

La capogruppo ha, però, il dovere di andare ad eseguire in modo diretto le eventuali prestazioni, oggetto della gara d'appalto, o tramite altri mandanti, ma solo qualora abbiano i requisiti di qualificazione idonei allo svolgimento di detti lavori, servizi o forniture che devono essere ancora eseguite.

La stessa Adunanza stabilisce che le modifiche di matrice soggettiva dei raggruppamenti temporanei di imprese sono limitate alle sole variazioni interne, anche dette per sottrazione o riduzione, dove le sostituzioni sono ammissibili soltanto quando i soggetti fanno parte dello stesso raggruppamento.

Tale restrizione si applica sia alla figura della mandante che a quella della mandataria.

7. La modifica di RTI in caso di sopravvenuta perdita dei requisiti speciali di un componente: la sentenza del Consiglio di Stato, del 10 novembre 2022, n. 9864

La sentenza del Consiglio di Stato n. 9864 del 10 novembre 2022, partendo dalla ricostruzione normativa e giurisprudenziale della modifica della compagine soggettiva del RTI, affronta la questione più volte dibattuta in giurisprudenza della modifica di RTI in caso di sopravvenuta perdita dei requisiti speciali di un componente.

Più in particolare, le sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁹⁴, affrontate nei paragrafi precedenti, hanno sancito il principio secondo cui ai sensi dei commi 17-19-ter dell'articolo 48 del D.lgs. n. 50/2016, non è ammessa la modifica della composizione di un raggruppamento temporaneo di impresa nel caso di perdita di quelli che sono i requisiti, generali e speciali, di partecipazione e

⁹⁴ Cfr. Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sentenza n. 6 del 27.3.2019, sentenze n. 9 e 10 del 27.5.2021, e, da ultimo, sentenza n. 2 del 25.1.2022.

qualificazione, in particolare dell'attestazione SOA, di una o più imprese componenti.

Pertanto, la sostituzione interna è ammessa solo nei casi in cui l'operatore economico non dispone o perde i requisiti di partecipazione previsti dall'art. 80 del codice degli appalti, anche in corso di gara.

Inoltre, bisogna ricordare che le diverse esigenze organizzative per l'operatività di un raggruppamento in riduzione non possono considerarsi qualora si presentasse la perdita dei requisiti speciali di partecipazione da parte di una delle imprese partecipanti.

Ne deriva che la natura eccessiva del raggruppamento non può essere considerata per la riduzione, al fine di dirimere la perdita di un requisito speciale di partecipazione.

Nel caso in cui un soggetto, incaricato di svolgere una determinata quota delle prestazioni che sono oggetto del contratto d'appalto, perda i requisiti di qualificazione, il possesso sovrabbondante del requisito di capacità tecnica da parte del raggruppamento risulta irrilevante.

Tale principio fu prima anteposto dall'Adunanza plenaria nella sentenza n. 6 del 2019⁹⁵ e di conseguenza si antepone anche alla sentenza Ad. Pl., n.2/2022.

⁹⁵ L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è intervenuta, con la sentenza n. 6/2019, a dirimere la questione relativa alla necessaria corrispondenza, in caso di raggruppamenti temporanei di imprese, tra requisiti di partecipazione e quote di esecuzione dell'appalto. La V Sezione del Consiglio di Stato, ritenendo sussistente un contrasto giurisprudenziale sul punto, aveva infatti rimesso all'Adunanza Plenaria, con ordinanza 18 ottobre 2018 n. 5957, la questione *“se sia consentito ad un'impresa componente il raggruppamento, che possieda il requisito di qualificazione in misura insufficiente per la quota di lavori dichiarata in sede di presentazione dell'offerta, di ridurre la propria quota di esecuzione, così da renderla coerente con il requisito di qualificazione effettivamente posseduto, nel caso in cui il raggruppamento nel suo insieme sia in possesso di requisiti di qualificazione sufficienti a coprire l'intera quota di esecuzione dei lavori”*. Il contrasto, sinteticamente, era il seguente. Secondo una parte della giurisprudenza, più permissiva, nel caso di scostamento di non rilevante entità tra la quota di lavori da eseguire dal singolo partecipante al raggruppamento e il requisito di partecipazione da questi posseduto, qualora il raggruppamento nel suo complesso possieda i requisiti ed abbia natura orizzontale, non si potrebbe procedere all'esclusione del concorrente (Cons. Stato, sez. V, 8 novembre 2017 n. 5160; sez. V, 6 marzo 2017 n. 1041; sez. IV, 12 marzo 2015 n. 1293). Secondo un altro orientamento (Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 2018 n. 4036; sez. V, 22 agosto 2016, n. 3666; sez. V, 22 febbraio 2016, n. 786), invece, la mancanza del requisito di qualificazione in misura corrispondente alla quota di lavori cui si era impegnata una delle imprese costituenti il raggruppamento in sede di presentazione dell'offerta è causa di esclusione dell'intero raggruppamento, anche se, per ipotesi, il raggruppamento nel suo insieme sia in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all'esecuzione dell'intera quota dei lavori. L'Adunanza Plenaria condivide quest'ultima impostazione ritenendo che la mancanza del requisito di qualificazione in misura corrispondente alla quota di lavori alla quale si è impegnata una delle imprese costituenti il raggruppamento in sede di presentazione dell'offerta è causa di esclusione dell'intero raggruppamento dalla gara. E ciò senza che possano rilevare altre e diverse considerazioni, quali la natura del raggruppamento, l'entità minima dello scostamento e, in particolare, la circostanza che il raggruppamento nel suo insieme sia in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all'esecuzione dell'intera quota dei lavori. A tale conclusione l'A.P.

Infatti, la mancanza dell'attestazione SOA non fa parte dei casi previsti dai commi 17,18 e 19, che devono essere considerati sia in ambito tassativo che in ambito restrittivo.

L'Adunanza Plenaria attraverso la sentenza n.10, in data 27 maggio 2021, si soffermò sulla questione riguardante la sostituibilità, che deve avvenire in corso di gara, della capogruppo fallita o comunque investita da altra procedura concorsuale con altra impresa, esterna al raggruppamento, attraverso quella che è la sostituzione per addizione.

Con *obiter dictum*, dispose che, solo nella fase esecutiva dell'appalto, la modifica soggettiva dell'A.T. I può essere effettuata nei casi in cui mancano o vengono "persi" quelli che sono i requisiti di partecipazione previsti dall'art. 80 del Decreto legislativo n. 50 del 2016, ma solo in forma interna al raggruppamento, in modo da evitare l'elusione di quelle che sono le regole di trasparenza e concorrenza che vanno a guidare la fase di selezione dei soggetti e si introdurrebbero dei soggetti esterni alla gara come contraenti della pubblica amministrazione, quindi cercando di aggirare le regole stesse.

Attraverso l'ordinanza n. 6959/2021, l'Adunanza Plenaria venne investita dalla questione che prevedeva, la possibile interpretazione, del già citato, articolo 48, commi 17,18 e 19-ter, del D.lgs. 18 aprile del 2016, n.50, che la modifica soggettiva della struttura del raggruppamento temporaneo di imprese nel caso in cui vi fosse la perdita dei requisiti di partecipazione, di cui all'art.80, da parte o di una delle mandanti oppure da parte della capogruppo, fosse consentita solo nella fase esecutiva della gara oppure anche nella fase di gara di quest'ultima.

perviene in primo luogo sulla base dell'esegesi dell'art. 92 DPR 5 ottobre 2010 n. 207, applicabile alla fattispecie, a fronte del quale le imprese raggruppate sono libere di suddividere tra loro le quote di esecuzione dei lavori, sia in via preventiva sia in via successiva (previa autorizzazione della stazione appaltante), fermo il limite rappresentato dai requisiti di qualificazione posseduti dall'impresa associata. Tale disposizione presuppone dunque la regola per la quale l'impresa associata partecipa alle gare in base ai, e soprattutto nei limiti dei, propri requisiti di qualificazione. Tale regola è peraltro l'unica coerente con la natura e la finalità dei requisiti di qualificazione, che servono a garantire alla stazione appaltante la serietà, professionalità e capacità imprenditoriale dell'impresa in ordine alla realizzazione di quella parte dell'appalto che gli verrebbe affidata. L'interesse pubblico alla selezione di contraenti affidabili non sarebbe invece garantito qualora si facesse riferimento ai requisiti (sovraabbondanti) delle altre imprese raggruppate, peraltro in un sistema che non riconosce una personalità giuridica propria ai raggruppamenti e che prevede, invece, quale strumento proconcorrenziale, l'istituto dell'avvalimento. Una simile interpretazione, secondo la Plenaria, non contrasta nemmeno con il favore alla più ampia partecipazione alle gare in quanto non impedisce ai raggruppamenti la partecipazione tout court alla procedura, essendo a tal fine sufficiente l'attribuzione alle imprese raggruppate di quote di esecuzione coerenti con i relativi requisiti di partecipazione.

Nel caso in cui la risposta dell'Adunanza plenaria sia positiva alla prima questione sottoposta, l'ordinanza prima citata richiede altresì di specificare quelle che sono le procedure attraverso le quali la modifica del raggruppamento possa avvenire nel rispetto delle norme giuridiche.

In particolare, l'ordinanza richiede di chiarire se la stazione appaltante abbia un dovere di richiamare il raggruppamento, anche se non ha già autorizzato il recesso richiesto dal raggruppamento per la sua prosecuzione alla gara, dovuto alla perdita di un requisito di partecipazione o professionale.

In tal caso, la stazione appaltante dovrà prescrivere un termine adatto al raggruppamento per far sì che riesca a ristabilire tutta la propria struttura interna, in modo da poter riuscire a riprendere la propria partecipazione alla gara.

L'Adunanza plenaria attraverso la sentenza n.2 del 2022 afferma che la modifica del raggruppamento temporaneo di impresa è ammessa in caso di perdita di quelli che sono i requisiti sostanziali di partecipazione, così come predisposto dall'art.80 del D.lgs. 18 aprile 2016, n.50 del codice dei contratti pubblici da parte della capogruppo o da parte di uno dei soggetti costituenti il ruolo dei mandanti, non solo durante la fase di gara, così come predisposto dall'art.48, commi 17,18 e 19-ter, ma anche durante la fase di gara.

Inoltre, sempre la stessa Adunanza continua stabilendo che, *“laddove si verifichi la predetta ipotesi di perdita dei requisiti, 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, onde poter riprendere la partecipazione alla gara, è tenuta ad assegnare un congruo termine per la predetta riorganizzazione”*.⁹⁶

La decisione dell'Adunanza sopracitata ha, inoltre, asserito che *“La deroga all'immodificabilità soggettiva dell'appaltatore costituito in raggruppamento, tale da evitare in fase esecutiva la riapertura dell'appalto alla concorrenza e, dunque, l'indizione di una nuova gara, è solo quella dovuta, in detta fase, a modifiche strutturali interne allo stesso raggruppamento, senza l'addizione di nuovi soggetti che non abbiano partecipato alla gara (o, addirittura, che vi abbiano partecipato e ne siano stati esclusi), ciò che contraddirebbe la stessa ratio della deroga, dovuta a vicende imprevedibili che si manifestino in sede esecutiva e colpiscano i componenti del raggruppamento, tuttavia senza incidere sulla capacità*

⁹⁶ Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sentenza n. 2/2022, in *giust. amm.*

complessiva dello stesso raggruppamento di riorganizzarsi internamente... È chiaro che la modifica sostituiva c.d. per addizione costituisce ex se una deroga non consentita al principio della concorrenza perché ammette ad eseguire la prestazione un soggetto che non ha preso parte alla gara secondo regole di correttezza e trasparenza, in violazione di quanto prevede attualmente l'art. 106, comma 1, lett. d), n. 2, del d. lgs. n. 50 del 2016, più in generale, per la sostituzione dell'iniziale aggiudicatario".⁹⁷

Facendo sempre riferimento alla pronuncia dell'Adunanza plenaria in merito alla perdita dei requisiti da parte di uno dei soggetti costituenti il raggruppamento, nel caso specifico, la sentenza è stata emanata in conseguenza a delle gravi e persistenti carenze nell'adempimento di contratti d'appalto precedenti il quale hanno condotto a quella che è la risoluzione del contratto per inadempimento da parte di uno dei mandanti del raggruppamento.

Tale circostanza, venne considerata come causa di esclusione, di cui all'art.80, comma 5, lett. c-ter del codice dei contratti pubblici.

L'Adunanza sottolinea che le disposizioni di carattere eccezionale previste dai commi 17 e 18 del codice disciplinano delle fattispecie normative diverse, in modo notevole, da quelle predisposte dal comma 19 dello stesso articolo.

Invero, nel momento in cui le ipotesi regolate dal comma 17, riguardante la capogruppo, e dal comma 18, riguardante uno dei soggetti che ricoprono il ruolo di mandanti, aderiscono a circostanze soggettive che sono specificatamente indicate, del mandatario e del mandante, derivanti da degli accadimenti che si verificano dopo la presentazione dell'offerta, quella disciplinata dal comma 19 attiene al possibile cambiamento della compagine soggettiva del raggruppamento a seguito di un atto di volontà, autonomo, di ritiro proveniente da uno o più operatori economici, senza che si venga a porre una situazione disposta dal comma 17 o dal comma 18, ma solo come se fosse una espressione di volontà diversa e contraria rispetto a quella che è stata espressa precedentemente per partecipare al bando di gara predisposto.

La possibilità di recesso è ammessa solo se le imprese che restano all'interno del raggruppamento dispongano di quelli che sono i requisiti di qualificazione adeguati allo svolgimento dei lavori o servizi o forniture da eseguire e qualora sussista la condizione che la modifica soggettiva derivano dal recesso non venga fatta con lo

⁹⁷ Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sentenza n. 2/2022, in *giust. amm.*

scopo di aggirare o eludere un requisito di partecipazione alla gara, non in base ad una semplice valutazione generale di quelle che sono le ragioni sottostanti alla decisione.

Quindi, di conseguenza, l'Adunanza Plenaria esamina come da un lato, il comma 9 dell'art.48 vada ad inserire un principio generale di invarianza della composizione del raggruppamento, e dall'altro lato, i commi 17,18 e 19, essendo delle norme eccezionali a quella che è la regola generale, prevedono delle diverse esclusioni a tale principio.

Nell'attuale giudizio, quindi, non si tratta né la mancanza del requisito di partecipazione predisposto dall'art.80 del D.lgs. n. 50 del 2016, né un recesso diretto da parte di un membro del raggruppamento ma si va a trattare la presunta sostituzione di un terzo operatore economico, il quale non aveva partecipato alla procedura di gara, per un altro soggetto in quanto privo del requisito di partecipazione richiesto e previsto dall'articolo 84.⁹⁸

⁹⁸ L'Art. 84. Del D.Lgs. 50 del 2016, rubricato "*Sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici*" statuisce quanto segue:

1. Fermo restando quanto previsto dal comma 12 e dall'articolo 90, comma 8, i soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro, provano il possesso dei requisiti di qualificazione di cui all'articolo 83, mediante attestazione da parte degli appositi organismi di diritto privato autorizzati dall'ANAC. L'attività di attestazione è esercitata nel rispetto del principio di indipendenza di giudizio, garantendo l'assenza di qualunque interesse commerciale o finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori. Gli organismi di diritto privato di cui al primo periodo, nell'esercizio dell'attività di attestazione per gli esecutori di lavori pubblici, svolgono funzioni di natura pubblicistica, anche agli effetti dell'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20. (comma così modificato dall'art. 1, comma 20, lettera q), della legge n. 55 del 2019)

2. Con il regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, sono, altresì, individuati, livelli standard di qualità dei controlli che le società organismi di attestazione (SOA) devono effettuare, con particolare riferimento a quelli di natura non meramente documentale. L'attività di monitoraggio e controllo di rispondenza ai suddetti livelli standard di qualità comporta l'esercizio di poteri di diffida, ovvero, nei casi più gravi, la sospensione o la decadenza dall'autorizzazione all'esercizio dell'attività da parte dell'ANAC. (comma così modificato dall'art. 1, comma 20, lettera q), della legge n. 55 del 2019)

3. Entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del presente codice, l'ANAC effettua una ricognizione straordinaria circa il possesso dei requisiti di esercizio dell'attività da parte dei soggetti attualmente operanti in materia di attestazione, e le modalità di svolgimento della stessa, provvedendo all'esito mediante diffida, sospensione, ovvero decadenza dall'autorizzazione nei casi di mancanza del possesso dei requisiti o di esercizio ritenuto non virtuoso. L'ANAC relaziona sugli esiti di detta ricognizione straordinaria al Governo e alle Camere, allo scopo di fornire elementi di valutazione circa la rispondenza del sistema attuale di qualificazione unica a requisiti di concorrenza e trasparenza, anche in termini di quantità degli organismi esistenti ovvero di necessità di individuazione di forme di partecipazione pubblica agli stessi e alla relativa attività di attestazione.

4. Gli organismi di cui al comma 1 attestano:

a) l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 che costituisce presupposto ai fini della qualificazione;

b) il possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria e tecniche e professionali indicati all'articolo 83; il periodo di attività documentabile è quello relativo ai quindici anni antecedenti la data di sottoscrizione del contratto con la SOA per il conseguimento della qualificazione; tra i

requisiti tecnico-organizzativi rientrano i certificati rilasciati alle imprese esecutrici da parte delle stazioni appaltanti. Gli organismi di attestazione acquisiscono detti certificati unicamente dall'Osservatorio, cui sono trasmessi in copia, dalle stazioni appaltanti; *(lettera così modificata dall'art. 1, comma 20, lettera q), della legge n. 55 del 2019)*

c) il possesso di certificazioni di sistemi di qualità conformi alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000 e alla vigente normativa nazionale, rilasciate da soggetti accreditati ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000;

d) il possesso di certificazione del rating di impresa, rilasciata dall'ANAC ai sensi dell'articolo 83, comma 10.

4-bis. Gli organismi di cui al comma 1 segnalano immediatamente all'ANAC i casi in cui gli operatori economici, ai fini della qualificazione, rendono dichiarazioni false o producono documenti non veritieri. L'ANAC, se accerta la colpa grave o il dolo dell'operatore economico, tenendo conto della gravità del fatto e della sua rilevanza nel procedimento di qualificazione, ne dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto, ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lettera g), per un periodo massimo di due anni. Alla scadenza stabilita dall'ANAC, l'iscrizione perde efficacia ed è immediatamente cancellata.

5. Il sistema unico di qualificazione degli esecutori di contratti pubblici è articolato in rapporto alle tipologie e all'importo dei lavori.

6. L'ANAC vigila sul sistema di qualificazione e, a tal fine, effettua ispezioni, anche senza preavviso, o richiede qualsiasi documento ritenuto necessario. I poteri di vigilanza e di controllo sono esercitati anche su motivata e documentata istanza di una impresa ovvero di una SOA o di una stazione appaltante. Le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di effettuare controlli, almeno a campione, secondo modalità predeterminate, sulla sussistenza dei requisiti oggetto dell'attestazione, segnalando immediatamente le eventuali irregolarità riscontrate all'ANAC, che dispone la sospensione cautelare dell'efficacia dell'attestazione dei requisiti entro dieci giorni dalla ricezione dell'istanza medesima. Sull'istanza di verifica l'ANAC provvede entro sessanta giorni, secondo modalità stabilite nel regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies. I controlli effettuati dalle stazioni appaltanti costituiscono elemento positivo di valutazione ai fini dell'attribuzione della premialità di cui all'articolo 38.

(comma così modificato dall'art. 1, comma 20, lettera q), della legge n. 55 del 2019)

7. Per gli appalti di lavori di importo pari o superiore ai 20 milioni di euro, oltre alla presentazione dell'attestazione dei requisiti di qualificazione di cui all'articolo 83, la stazione appaltante può richiedere requisiti aggiuntivi finalizzati:

a) alla verifica della capacità economico-finanziaria. In tal caso il concorrente fornisce i parametri economico-finanziari significativi richiesti, certificati da società di revisione ovvero altri soggetti preposti che si affianchino alle valutazioni tecniche proprie dell'organismo di certificazione, da cui emerga in modo inequivoco la esposizione finanziaria dell'impresa concorrente all'epoca in cui partecipa ad una gara di appalto; in alternativa a tale requisito, la stazione appaltante può richiedere una cifra d'affari in lavori pari a due volte l'importo a base di gara, che l'impresa deve aver realizzato nei migliori cinque dei dieci anni antecedenti la data di pubblicazione del bando;

b) alla verifica della capacità professionale per gli appalti per i quali viene richiesta la classifica illimitata. In tal caso il concorrente fornisce evidenza di aver eseguito lavori per entità e tipologia compresi nella categoria individuata come prevalente a quelli posti in appalto opportunamente certificati dalle rispettive stazioni appaltanti, tramite presentazione del certificato di esecuzione lavori; tale requisito si applica solo agli appalti di lavori di importo superiore a 100 milioni di euro.

8. Il regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies disciplina i casi e le modalità di sospensione o di annullamento delle attestazioni, nonché di decadenza delle autorizzazioni degli organismi di attestazione. Sono disciplinati, altresì, i criteri per la determinazione dei corrispettivi dell'attività di qualificazione, in rapporto all'importo complessivo ed al numero delle categorie generali o specializzate cui si richiede di essere qualificati, avendo riguardo anche alla necessaria riduzione degli stessi in caso di consorzi stabili nonché per le microimprese e le piccole e medie imprese.

(comma così modificato dall'art. 1, comma 20, lettera q), della legge n. 55 del 2019)

9. Al fine di garantire l'effettività e la trasparenza dei controlli sull'attività di attestazione posta in essere dalle SOA, l'ANAC predetermina e rende pubblico sul proprio sito il criterio e il numero di controlli a campione da effettuare annualmente sulle attestazioni rilasciate dalle SOA.

10. La violazione delle disposizioni del regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies è punita con la sanzione previste dall'articolo 213, comma 13. Per le violazioni di cui al periodo precedente, non è ammesso il pagamento in misura ridotta. L'importo della sanzione è determinato dall'ANAC con ordinanza-ingiunzione sulla base dei criteri generali di cui alla legge 24 novembre

Perciò, dato che il subentro di un ulteriore soggetto comporterebbe un caso di modifica additiva del raggruppamento temporaneo di imprese, è necessario porre la questione se i principi stabiliti dalla recente sentenza emanata dall'Adunanza Plenaria n. 2 del 2022 si possono applicare anche al caso in cui vi è la perdita improvvisa di uno dei requisiti richiesti.

A tal punto, per trovare una soluzione al problema, si deve fare richiamo alle decisioni prese dalla stessa adunanza che affrontano il tema dell'immodificabilità soggettiva delle imprese nelle gare pubbliche.

A tal riguardo, si richiama la sentenza dell'Adunanza Plenaria n.10 del 27 maggio 2021, nella quale si precisa ulteriormente che l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter, nell'attuale disposizione normativa, permette la modifica meramente interna della capogruppo o dei mandanti di un raggruppamento temporaneo di impresa solo con un soggetto che appartiene già allo stesso raggruppamento e che possieda i requisiti richiesti e solo qualora si verificano situazioni, come ad esempio il fallimento, la liquidazione coatta amministrativa, morte, interdizione o inabilitazione, oppure per delle esigenze organizzative dello stesso raggruppamento, a condizione che non siano utilizzate per andare a mascherare la mancanza del requisito di partecipazione alla gara.

Qualora avvenga la sostituzione interna dei soggetti, bisogna comunicarlo alla stazione appaltante, se non ne è già a conoscenza, per riuscire a garantire quelli che

1981, n. 689, con particolare riferimento ai criteri di proporzionalità e adeguatezza alla gravità della fattispecie. Nei casi più gravi, in aggiunta alla sanzione amministrativa pecuniaria, si applica la sanzione accessoria della sospensione dell'attività di impresa per un periodo da un mese a due anni, ovvero della decadenza dell'autorizzazione. La decadenza dell'autorizzazione si applica sempre in caso di reiterazione della violazione che abbia comportato la sanzione accessoria della sospensione dell'attività, ai sensi della legge 24 novembre 1981, n. 689. *(comma così modificato dall'art. 1, comma 20, lettera q), della legge n. 55 del 2019)*

11. La qualificazione della SOA ha durata di cinque anni, con verifica entro il terzo anno del mantenimento dei requisiti di ordine generale nonché dei requisiti di capacità strutturale indicati nel regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies. *(comma così modificato dall'art. 1, comma 20, lettera q), della legge n. 55 del 2019)*

12. Entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente codice, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, su proposta dell'ANAC, sentite le competenti Commissioni parlamentari, vengono individuate modalità di qualificazione, anche alternative o sperimentali da parte di stazioni appaltanti ritenute particolarmente qualificate ai sensi dell'articolo 38, per migliorare l'effettività delle verifiche e conseguentemente la qualità e la moralità delle prestazioni degli operatori economici, se del caso attraverso un graduale superamento del sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici.

12-bis. I soggetti che alla data di entrata in vigore del presente codice svolgevano la funzione di direttore tecnico presso un esecutore di contratti pubblici e in possesso alla medesima data di una esperienza almeno quinquennale, fatto salvo quanto disposto dall'articolo 146, comma 4, del presente codice, possono continuare a svolgere tali funzioni.

sono i principi di trasparenza e concorrenza, e consentendo allo stesso raggruppamento un termine congruo per riorganizzare l'assetto interno e riprendere la propria partecipazione alla gara o rapporto contrattuale, secondo anche quello che è il principio di sostituibilità procedimentalizzata.

In questa visione, l'Adunanza plenaria sostiene che le sole modifiche possibili all'interno del raggruppamento e che sono permesse dal legislatore sono quelle che riguardano la riqualificazione interna dei ruoli e compiti tra i soggetti che partecipano al raggruppamento, di cui all'art. 48, commi 17 e 18, del D.lgs. n.50/2016, e solo qualora si presentano eventi imprevedibili, espressamente previsti dal legislatore, il quale riguardano uno dei componenti originari.⁹⁹

Tali eventi vanno a formare delle eccezioni a quello che è il principio fondamentale dell'offerente, ovvero quello di immutabilità soggettiva.

L'Adunanza Plenaria si sofferma, altresì, sulla deroga a tale principio, la quale può essere giustificata solo da un chiaro ed espresso fondamento del diritto dell'Unione, in quanto non si può giustificare attingendo al richiamo dell'istituto dell'avvalimento o dell'eventuale modificazione dell'impresa ausiliaria.

Infatti, tali istituti cercano di favorire il principio di massima partecipazione alla gara, in modo paritario e trasparente tra tutti i concorrenti, e non vanno a derogare tale parità di trattamento tra di essi.

Di contro, la stazione appaltante ha il dovere di imprimere alla impresa la volontà di sostituire i soggetti ausiliari che non soddisfano i criteri di selezione o per i quali non ci sono motivi obbligatori di esclusione.

In tal modo, la contrattazione tra l'offerente e la pubblica amministrazione si basa sul principio della personalità, dato che i contratti vengono formati dopo la procedura ad evidenza pubblica che mira sia alla scelta dell'offerta migliore che a quella che è la tutela dell'interesse pubblico alla qualificazione tecnica, organizzativa, economica e morale delle imprese partecipanti alle procedure di gara.

Sulla stessa scia, l'Adunanza Plenaria, con la sentenza n. 8 del 4 maggio 2012, ha chiarito che il principio di immodificabilità soggettiva persegue lo scopo di consentire alla stazione appaltante di verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara e, di conseguenza, vietare modificazioni

⁹⁹ Cfr. Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 10 del 27 maggio 2021, in *giust. amm.*

soggettive, sopraggiunte ai controlli, in grado di impedire le suddette verifiche preliminari, oppure che l'anzidetta verifica venga vanificata.

Di conseguenza, le uniche modifiche soggettive ammesse dal dettato normativo sono quelle che portano all'aggiunta delle imprese partecipanti, giammai alla loro riduzione (c.d. modifica per sottrazione) o al recesso di una partecipante.

Ed invero, la sentenza del Consiglio di Stato, del 10 novembre 2022, n. 9864, fa espresso richiamo anche all' Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sentenza n. 5 del 2021¹⁰⁰, richiamata nella successiva Plenaria n. 10 del 2021, con cui si è evidenziato che la consorziata di un consorzio stabile, non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori, è equiparabile, ai fini dell'applicazione dell'art. 63 della direttiva 24/2014/UE e dell'art. 89 co. 3 del d.lgs. n. 50/2016, all'impresa ausiliaria nell'avvalimento, sicché la perdita da parte della stessa del requisito impone alla stazione appaltante di ordinarne la sostituzione.

Pertanto, attraverso la ricostruzione del quadro normativo, così come interpretato dall'Adunanza Plenaria, il Consiglio di Stato statuisce il seguente principio: *“i requisiti soggettivi dei partecipanti ad una gara pubblica non possono essere modificati ricorrendo al soccorso istruttorio, in quanto, secondo la costante*

¹⁰⁰ L' Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 5 del 2021, in *giust. amm.*, partendo dalla distinzione tra consorzio stabile e consorzio ordinario, precisa che quest'ultimo, *“pur essendo un autonomo centro di rapporti giuridici, non comporta l'assorbimento delle aziende consorziate in un organismo unitario costituente un'impresa collettiva, né esercita autonomamente e direttamente attività imprenditoriale, ma si limita a disciplinare e coordinare, attraverso un'organizzazione comune, le azioni degli imprenditori riuniti (cfr., ex multis, Cass. civ., sez. trib., 9 marzo 2020, n. 6569; Cass. civ., sez. I, 27 gennaio 2014, n. 1636). Nel consorzio con attività esterna la struttura organizzativa provvede all'espletamento in comune di una o alcune funzioni (ad esempio, l'acquisto di beni strumentali o di materie prime, la distribuzione, la pubblicità, etc.), ma nemmeno in tale ipotesi il consorzio, nella sua disciplina civilistica, è dotato di una propria realtà aziendale. Ne discende che, ai fini della disciplina in materia di contratti pubblici, il consorzio ordinario è considerato un soggetto con identità plurisoggettiva, che opera in qualità di mandatario delle imprese della compagine. Esso prende necessariamente parte alla gara per tutte le consorziate e si qualifica attraverso di esse, in quanto le stesse, nell'ipotesi di aggiudicazione, eseguiranno il servizio, rimanendo esclusa la possibilità di partecipare solo per conto di alcune associate (cfr., ex multis, Cons. St., sez. V, 6 ottobre 2015, n. 4652, il quale ha statuito l'illegittimità della partecipazione di un consorzio ordinario che, pur riunendo due società, aveva dichiarato di gareggiare per conto di una sola di esse). 7.2. Non è così per i consorzi stabili. Questi, a mente dell'art. 45, comma 2, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016, sono costituiti “tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro” che “abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa”. E' in particolare il riferimento aggiuntivo e qualificante alla “comune struttura di impresa” che induce ad approdare verso lidi ermeneutici diversi ed opposti rispetto a quanto visto per i consorzi ordinari. I partecipanti in questo caso danno infatti vita ad una stabile struttura di impresa collettiva, la quale, oltre a presentare una propria soggettività giuridica con autonomia anche patrimoniale, rimane distinta e autonoma rispetto alle aziende dei singoli imprenditori ed è strutturata, quale azienda consortile, per eseguire, anche in proprio (ossia senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate), le prestazioni affidate a mezzo del contratto (da ultimo, Cons. St., sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165)”.*

giurisprudenza, la mancanza dei requisiti di partecipazione non può essere sanata mediante una modifica delle quote di partecipazione al sub-raggruppamento, trattandosi di vizi inficianti l'offerta nel suo complesso, ciascuno dei quali sufficiente a rendere invalida l'offerta (in termini Cons. Stato, III, 22 febbraio 2019, n. 1237; VI, 15 ottobre 2018, n. 5919). Infatti la modifica della compagine soggettiva, anche in senso riduttivo, può avvenire per esigenze organizzative proprie del raggruppamento, e non per eludere la lex specialis, ed evitare la sanzione dell'esclusione dalla procedura per difetto dei requisiti in capo alla mandante del raggruppamento (in termini Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8)"; ciò in considerazione della circostanza che i requisiti di partecipazione debbono essere posseduti in costanza di gara, per cui anche la perdita sopravvenuta è in grado di determinare l'esclusione del concorrente, ferma restando l'applicabilità delle previsioni in deroga di cui ai commi 17, 18 e 19 ter dell'art. 48 del codice, da interpretarsi in senso restrittivo."¹⁰¹

¹⁰¹ Consiglio di Stato, sentenza n. 9864 del 10.11.2022, in *giust. amm.*

8. I problemi aperti.

La modifica soggettiva delle associazioni temporanee di impresa, nel corso del tempo ha portato a diversi problemi sia sul fronte interpretativo che sul fronte normativo.

Nonostante le diverse pronunce, che hanno risolto parte di tali problemi, vi sono ancora delle questioni rimaste irrisolte dalla giurisprudenza.

Un primo problema sorge in maniera consequenziale alla tecnica legislativa di allargare quelle che sono le cause di modificazione del raggruppamento che possono essere ammesse sia in fase di esecuzione che in fase di gara.

A riguardo bisogna, prima di tutto, ricordare che il principio affermato dall'Adunanza plenaria sulla modifica del raggruppamento in riduzione, alla fase di gara, rientra nella sua giurisdizione, a differenza della modifica in fase di esecuzione, la quale rientra nella giurisdizione del giudice ordinario.¹⁰²

Quindi lo stesso giudice dovrà avere l'ultima determinazione riguardante la procedura di sostituzione dei soggetti che partecipano all'A.T.I., inoltre l'estensione di tali circostanze, anche in fase di gara, sarà avanzata in ottemperanza all'interpretazione che il giudice darà in base alle sue competenze.

Di conseguenza la decisione della Plenaria di andare a rafforzare il parallelismo tra queste due fasi andrebbe a costituire un grosso rischio giuridico, perché vincolerebbe il giudice amministrativo alle decisioni di quello ordinario e ci sarebbero delle conseguenze di particolare rilievo. Nel caso in cui il giudice ordinario ammettesse la sostituzione dei soggetti del raggruppamento per addizione, l'applicazione in fase di gara di questo potrebbe pregiudicare la parità di trattamento tra gli operatori economici che partecipano alla gara, ed inoltre potrebbe anche violare il principio della *par condicio*.

Per quanto concerne il secondo problema, ci si sofferma sul profilo procedimentale e si basa sulle possibili conseguenze dell'applicazione del soccorso istruttorio.

¹⁰² Sia la Ad. Plen. n. 8/2012 che la Ad. Plen. n. 10/2021 nascono da casi di verifiche a carico dell'ATI aggiudicataria.

Secondo quanto aveva stabilito l'Adunanza plenaria all'interno della sentenza n.10/2021, si forma un dovere procedimentale in capo alla RTI di far conoscere alla stazione appaltante la causa di sostituzione per mettere in atto il soccorso istruttorio, con una conseguente assegnazione di un termine per ridurre il raggruppamento e per presentare nuovamente la documentazione necessaria per poter partecipare alla gara.

Tale pronuncia è più generica in quanto dispone che la stazione appaltante è deve, secondo quanto previsto dai principi generali stabiliti dall'art. 1 della legge n.241/1990 e dall'art. 4 del D.lgs. n.50/2016, a consultare il raggruppamento sulla sua volontà di mettere in atto un processo di riorganizzazione del proprio assetto interno, per consentire la partecipazione dello stesso alla gara d'appalto.

Di conseguenza manca, quindi, una definizione di un vero e proprio dovere informativo per cui sarà possibile che tale processo integrativo verrà compiuto dall'amministrazione in fase di controllo di quelli che sono i requisiti dell'aggiudicatario.

Vi è dunque, una netta distinzione tra l'assenza dei requisiti generali del raggruppamento quando viene posta la domanda e quella che si verifica successivamente, durante la fase di gara o durante la fase d'esecuzione.

Quanto concerne il primo caso si verifica l'esclusione dalla gara, mentre sul secondo aspetto è possibile correggere il problema andando a ridurre il numero di soggetti del raggruppamento.

Quando viene dato un termine per la modifica del RTI, di conseguenza, si ha un allungamento della durata del procedimento di gara.

Sotto tale profilo bisogna riconoscere che la nuova istruttoria, anche se d'impedimento per la conclusione del contratto, sarebbe utile per prevenire il ritiro dell'aggiudicazione e la chiamata di colui che è arrivato secondo in graduatoria, la quale formano dei procedimenti più lunghi rispetto a quelli introdotti dall'Adunanza plenaria.

Tuttavia, è bisognoso non andare a sottovalutare che l'ordinanza di rimessione ha rinviato alla decisione dell'Adunanza plenaria la questione di una doppia istruttoria, dove la prima istruttoria si riferisce al recesso di una società, mentre la seconda riguarda la rilevanza dell'esistenza di una causa d'esclusione.

La sentenza, invece, ha preferito il cumulo delle istruttorie, andando a determinare un prolungamento consequenziale del procedimento.

Si deve altresì considerare che la mancanza dei requisiti da parte di uno dei soggetti che fanno parte di un raggruppamento potrebbe ripetersi nel tempo, anche durante la fase di gara, o potrebbe coinvolgere diversi raggruppamenti partecipanti, comportando di conseguenza un allungamento del termine.

Pertanto è evidente che l'ampliamento della sfera del principio di massima partecipazione, disposto dall'Adunanza plenaria a scapito del principio di buona amministrazione, comporterebbe una difficile conclusione del procedimento di gara in contrasto con le disposizioni fatte dal legislatore, la quale vanno a favorire una conclusione più veloce della procedura di gara.¹⁰³

Un terzo problema invece si basa sulla possibilità di ampliare il soccorso istruttorio anche a cause di esclusione che sono diverse rispetto alla perdita dei requisiti generali, come, ad esempio, la perdita sopravvenuta della qualificazione o dei requisiti tecnici richiesti dal bando di gara.

La precedente affermazione da parte della giurisprudenza sembra essere positiva¹⁰⁴, in quanto la riduzione del raggruppamento non va a formare una deroga al principio di immodificabilità soggettiva di coloro che partecipano alla gara, che la giurisprudenza ha interpretato in modo sostanziale, quindi come perdita dei requisiti di partecipazione.¹⁰⁵

¹⁰³ Sul punto, Urbanistica e appalti, n. 5, 1 settembre 2022, p. 694, *“In merito art. 1, comma 1, D.L. 16 luglio 2020, n. 76 convertito con modificazioni dalla L. 11 settembre 2020, n. 120: Il mancato rispetto dei termini di cui al secondo periodo, la mancata tempestiva stipulazione del contratto e il tardivo avvio dell'esecuzione dello stesso possono essere valutati ai fini della responsabilità del responsabile unico del procedimento per danno erariale e, qualora imputabili all'operatore economico, costituiscono causa di esclusione dell'operatore dalla procedura o di risoluzione del contratto per inadempimento che viene senza indugio dichiarata dalla stazione appaltante e opera di diritto. In merito, poiché la riduzione del RTI è imputabile al partecipante alla gara, una soluzione potrebbe essere quella di assegnare un termine che comunque non comporti un ritardo nella conclusione della procedura.”*

¹⁰⁴ T.A.R. Liguria, Sez. I, sentenza 10 maggio 2022, n. 355, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁰⁵ Cons. Stato, Ad. Plen., n. 8/2012, in www.giustizia-amministrativa.it. *“il divieto di modificazione soggettiva non ha l'obiettivo di precludere sempre e comunque il recesso dal raggruppamento in costanza di procedura di gara. Il rigore di detta disposizione va, infatti, temperato in ragione dello scopo che persegue, che è quello di consentire alla stazione appaltante, in primo luogo, di verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara e, correlativamente, di precludere modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli, e dunque, in grado di impedire le suddette verifiche preliminari. Tale essendo, dunque, la funzione di detta disposizione è evidente come le uniche modifiche soggettive elusive del dettato legislativo siano quelle che portano all'aggiunta o alla sostituzione delle imprese partecipanti e non anche quelle che conducono al recesso di una delle imprese del raggruppamento, in tal caso, infatti, le esigenze succitate non risultano affatto frustrate poiché l'amministrazione, al momento del mutamento soggettivo, ha già provveduto a verificare i requisiti di capacità e di moralità dell'impresa o delle imprese che restano, sicché i rischi che il divieto mira ad impedire non possono verificarsi [Cons. Stato, Sez. VI, 13 maggio 2009, n. 2964]”.*

È vero che secondo la giurisprudenza citata, verrebbe richiesto un giudizio di minor gravità rispetto alle cause già ammesse o di non colpevolezza, tuttavia, sembra però più ragionevole ampliare il principio di non offensività della riduzione del raggruppamento rispetto a quello del confronto con le eccezioni previste dal Legislatore.

CAPITOLO III

LE NOVITÀ INTRODOTTE DAL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI.

SOMMARIO: 1. Premessa generale: le novità introdotte dalla riforma del Codice dei Contratti Pubblici – 2. I principi generali – 3. Il RUP – 4. La digitalizzazione – 5. L'appalto integrato – 6. Gli appalti sottosoglia – 7. L'illecito professionale grave – 8. Il subappalto – 9. I beni culturali – 10. Il partenariato pubblico privato. – 11. Il rito appalti – 12. Disposizioni transitorie, di coordinamento e abrogazioni – 13. Il ruolo delle ATI nella riforma del Codice dei Contratti Pubblici.

1. Premessa generale: le novità introdotte dalla riforma del Codice dei Contratti Pubblici

In attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n.78, il quale conferisce al governo il potere di poter regolamentare i contratti pubblici, e nel pieno rispetto degli obiettivi prefissati dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, PNRR, il 31 marzo del 2023 è stato pubblicato all'interno della Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, ufficialmente, il D.lgs. n. 36/2023, il quale inserisce delle importanti modifiche al Codice dei contratti pubblici, disciplinato originariamente dal D.lgs. n.50/2016.

Al nuovo Codice dei contratti pubblici viene conferito un approccio sicuramente più innovativo rispetto a quanto previsto per quello ancora in vigore, il quale evidenzia il ruolo dell'ANAC e le conseguenti linee guida ed anche per quanto riguarda il Codice cd. "De Lise", il quale ricorreva di un regolamento attuativo in riferimento alla sua disciplina di dettaglio.

Il recente Codice presenta un numero di articoli praticamente uguali rispetto al vecchio, riducendo però i commi, includendo anche una serie di allegati, come ad esempio l'allegato 1 contenente le cosiddette "definizioni", a differenza del vecchio Codice, il quale disciplinava tali definizioni all'articolo 3.

Inoltre, il nuovo testo viene suddiviso in cinque libri: inizia con quello che sono i principi generali e la digitalizzazione, prosegue con le procedure di affidamento, regola i settori speciali, libro III, e si conclude asserendo alle disposizioni relative a quelli che sono i rimedi e all'auto esecutività.

2. I principi generali

Una delle fondamentali note distintive che sono state introdotte dal nuovo codice dei contratti pubblici è la formulazione di molteplici principi generali, inseriti all'interno della Prima Parte del Codice, titolo I.

Quindi, a differenza del D.lgs. n.50/2016 che non inglobava al suo interno una sezione dedicata in modo specifico ai principi generali, ma li sintetizzava in due grandi articoli; articolo 29 intitolato “Principi in materia di trasparenza”¹⁰⁶ e

¹⁰⁶ L'Art. 29, del D.lgs. 50/2016, rubricato “Principi in materia di trasparenza” disponeva quanto segue: “1. Tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento e l'esecuzione di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli tra enti nell'ambito del settore pubblico di cui all'articolo 5, alla composizione della commissione giudicatrice e ai curricula dei suoi componenti, ove non considerati riservati ai sensi dell'articolo 53 ovvero secretati ai sensi dell'articolo 162, devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione “Amministrazione trasparente” con l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Nella stessa sezione sono pubblicati anche i resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione con le modalità previste dal decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Gli atti di cui al presente comma recano, prima dell'intestazione o in calce, la data di pubblicazione sul profilo del committente. Fatti salvi gli atti a cui si applica l'articolo 73, comma 5, i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla pubblicazione sul profilo del committente. 2. Tutte le informazioni inerenti agli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione, alla scelta del contraente, all'aggiudicazione e all'esecuzione di lavori, servizi e forniture relativi all'affidamento, inclusi i concorsi di progettazione e i concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli di cui all'articolo 5, sono gestite e trasmesse tempestivamente alla Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici dell'ANAC attraverso le piattaforme telematiche ad essa interconnesse secondo le modalità indicate all'articolo 213, comma 9. L'ANAC garantisce, attraverso la Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici, la pubblicazione dei dati ricevuti, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 53 e ad eccezione di quelli che riguardano contratti secretati ai sensi dell'articolo 162, la trasmissione dei dati all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea e la pubblicazione ai sensi dell'articolo 73. Gli effetti degli atti oggetto di pubblicazione ai sensi del presente comma decorrono dalla data di pubblicazione dei relativi dati nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici. 3. Le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano collaborano con gli organi dello Stato alla tutela della trasparenza e della legalità nel settore dei contratti pubblici. In particolare, operano in ambito territoriale a supporto delle stazioni appaltanti nell'attuazione del presente codice e nel monitoraggio delle fasi di programmazione, affidamento ed esecuzione dei contratti anche attraverso la messa a disposizione di piattaforme telematiche interoperabili con la Banca dati nazionale dei contratti pubblici per la gestione di tutte le fasi della vita dei contratti pubblici secondo le modalità indicate all'articolo 213, comma 9 4. Le stazioni appaltanti sono tenute ad utilizzare le piattaforme telematiche di cui al comma 2, aderenti alle regole di cui all'articolo 44.

4-bis. L'interscambio dei dati e degli atti tra la Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici dell'ANAC, il sistema di cui al decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 229, e le piattaforme telematiche ad essa interconnesse avviene, nel rispetto del principio di unicità del luogo di pubblicazione e di unicità dell'invio delle informazioni, in conformità alle Linee guida AgID in materia di interoperabilità. L'insieme dei dati e delle informazioni condivisi costituiscono fonte informativa prioritaria in materia di pianificazione e monitoraggio di contratti. Per le opere

l'articolo 30 intitolato "Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni"¹⁰⁷, il nuovo codice dei contratti pubblici, invece, apporta un titolo appositamente dedicato ai principi generali.

pubbliche si applica quanto previsto dall'articolo 8, comma 2, del decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 229."

¹⁰⁷ L'Art. 30, del D.lgs. n. 50 del 2016, rubricato "Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni" dispone: "1. L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice. Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico.

2. Le stazioni appaltanti non possono limitare in alcun modo artificialmente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici o, nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni, compresa la stima del valore, taluni lavori, forniture o servizi.

3. Nell'esecuzione di appalti pubblici e di concessioni, gli operatori economici rispettano gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X.

4. Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente.

5. In caso di inadempienza contributiva risultante dal documento unico di regolarità contributiva relativo a personale dipendente dell'affidatario o del subappaltatore o dei soggetti titolari di subappalti e cottimi di cui all'articolo 105, impiegato nell'esecuzione del contratto, la stazione appaltante trattiene dal certificato di pagamento l'importo corrispondente all'inadempienza per il successivo versamento diretto agli enti previdenziali e assicurativi, compresa, nei lavori, la cassa edile.

5-bis. In ogni caso sull'importo netto progressivo delle prestazioni è operata una ritenuta dello 0,50 per cento; le ritenute possono essere svincolate soltanto in sede di liquidazione finale, dopo l'approvazione da parte della stazione appaltante del certificato di collaudo o di verifica di conformità, previo rilascio del documento unico di regolarità contributiva.

6. In caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni dovute al personale di cui al comma 5, il responsabile unico del procedimento invita per iscritto il soggetto inadempiente, ed in ogni caso l'affidatario, a provvedervi entro i successivi quindici giorni. Ove non sia stata contestata formalmente e motivatamente la fondatezza della richiesta entro il termine sopra assegnato, la stazione appaltante paga anche in corso d'opera direttamente ai lavoratori le retribuzioni arretrate, detraendo il relativo importo dalle somme dovute all'affidatario del contratto ovvero dalle somme dovute al subappaltatore inadempiente nel caso in cui sia previsto il pagamento diretto ai sensi dell'articolo 105.

7. I criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le microimprese, le piccole e le medie imprese.

8. Per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici nonché di forme di coinvolgimento degli enti del Terzo settore previste dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile."

Il nuovo codice consta complessivamente di dodici articoli, ognuno dei quali è dedicato ad un principio specifico.

Già da quella che può essere una prima consultazione delle rubriche si evince chiaramente che all'interno del nuovo codice dei contratti pubblici, vi è l'obiettivo di istituire un profondo cambiamento d'approccio alla disciplina degli appalti pubblici.¹⁰⁸

Dunque, si potrebbe erroneamente supporre che tali disposizioni posseggano una natura meramente formale e che abbiano un impatto limitato su quella che è la regolamentazione della materia e sull'applicazione pratica delle nuove norme. In realtà ciò non corrisponde a realtà, in quanto, oltre ad essere designati dal legislatore delegato come dei criteri interpretativi per tutte le norme successive, i principi generali hanno anche un importante riscontro, diretto, sulla disciplina della materia.

Tra i diversi principi che compongono il primo capitolo del Codice, ci sono tre principi che sono quelli cardine utili per governare l'intera materia;

Il principio del risultato, disciplinato dall'art.1¹⁰⁹

Il principio della fiducia, disciplinato dall'art.2¹¹⁰

Il principio dell'accesso al mercato, disciplinato dall'art.3

¹⁰⁸ Così R. Garofoli - G. Ferrari, *Manuale dei Contratti Pubblici*, 2023, p. 22

¹⁰⁹ Sul punto, in riv. Azienditalia, n. 5, 1 maggio 2023, p. 685, si evidenzia che: *Il principio del risultato funge da guida per orientare l'esercizio del potere discrezionale delle stazioni appaltanti in tutte le fasi della procedura esprimendo, al contempo, i principi cardine dell'art. 97 della Costituzione ovvero l'efficienza e l'efficacia dell'operato pubblico che, in ambito contrattualistico, si traduce con la tempestiva conclusione della procedura e con il raggiungimento del miglior rapporto possibile tra qualità e prezzi offerti dagli operatori. Tale risultato viene filtrato dai principi della concorrenza e della trasparenza che accrescono la qualità nella selezione del contraente sia sul versante della più ampia partecipazione alle procedure che sul versante della verificabilità delle logiche di scelta dell'aggiudicatario.*

¹¹⁰ *Il principio della fiducia, dall'altro lato, esprime la necessità di evitare quella burocrazia difensiva, meglio conosciuta come paura della firma, per la quale lo spettro delle responsabilità generava fenomeni di astensione e ritardi nella conclusione dei procedimenti tali da inficiare il buon andamento del settore pubblico. Viene infatti prevista la presunzione di legittimità dell'azione amministrativa creando degli scudi di protezione come l'attenuazione del concetto di colpa grave, ora contestabile esclusivamente per violazione delle norme di diritto nonché per la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa e contestualizzate al caso concreto. Dunque, non costituisce mai colpa grave la violazione o l'omissione che sia stata determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti. Si chiede dunque che la chiave interpretativa della norma sia la leale collaborazione delle parti ispirata alla fiducia nell'attività amministrativa e alla responsabilità dell'operatore economico seguendo i noti principi di buona fede e di tutela dell'affidamento,* in riv. Azienditalia, n. 5, 1 maggio 2023, p. 685.

Tali principi sono stati inseriti *ex novo*, e come previsto in modo espresso dall'art. 4, sono garanti per l'interpretazione e applicazione di tutte le disposizioni del nuovo codice.

Per quanto riguarda i principi restanti, che sono disciplinati dagli artt. 5-11 del Codice dei contratti pubblici, si è compiuto un duplice lavoro; da un lato, si è proseguito alla riorganizzazione e riordinazione di quei principi che sono stati già individuati nel vecchio Codice, mentre dall'altro lato si è adempiuta una codificazione di quei principi di matrice giurisprudenziale e di derivazione Europea che vanno a formare la base dei rapporti tra le Pubbliche Amministrazioni, gli operatori economici e qualsiasi altro soggetto che è coinvolto nel mercato dei contratti pubblici.

Il principio del risultato, disciplinato all'interno del Codice dall'art.1, deve intendersi come un interesse pubblico primario proseguito dalla stazione appaltante nell'esercizio della propria attività, affidando il contratto e vigilando sulla sua esecuzione con la estrema tempestività e con un eccelso rapporto tra la qualità e il prezzo nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza.

Inoltre, non viene più considerato come obiettivo separato la finalità di conseguire il miglior possibile risultato nell'affidamento ed esecuzione del contratto, così come potrebbe sembrare se si tiene conto dell'approccio della normativa europea, ma piuttosto viene inquadrato come il mezzo per raggiungere un tale obiettivo.

Quindi, quello che è il criterio del risultato va ad occupare una prioritaria importanza nell'esercizio del potere discrezionale, andando a costituire, di conseguenza, il principio guida di maggior rilievo tra quelli enunciati dal Codice e di maggior importanza per la risoluzione di quelli che sono i casi concreti.

Il principio del risultato, oltre ad attuare il principio del buon andamento e di quelli che sono i correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità, costituisce un criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto ed serve per effettuare quella che è l'analisi della responsabilità del personale che va a svolgere funzioni amministrative o tecniche durante le fasi di programmazione, progettazione e esecuzione dei contratti.¹¹¹

¹¹¹ In altri termini, *“L'obiettivo è, dunque, quello di dare un contenuto concreto ed operativo a clausole generali altrimenti eccessivamente elastiche ovvero di utilizzare la norma-principio per risolvere incertezze interpretative od ancora di recepire indirizzi giurisprudenziali ormai divenuti “diritto vivente”. Più in generale, attraverso la codificazione dei principi, il nuovo progetto mira a favorire una più ampia libertà di iniziativa e di auto-responsabilità delle stazioni appaltanti, valorizzandone autonomia e discrezionalità (amministrativa e tecnica) in un settore in cui spesso la*

Inoltre, attraverso il principio di fiducia, disciplinato dall'art.2, si è cercato di contrastare la cd. "burocrazia difensiva" e il timore di adottare decisioni.

Tale principio riconosce in capo alla pubblica amministrazione, la fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta nei confronti dei suoi funzionari e degli operatori economici.

Tuttavia, importante è sottolineare che tale fiducia non è incondizionata, ma va a formare e rappresentare una sorta di contropartita per l'obiettivo che l'ordinamento si aspetta dal raggiungimento del risultato, quindi dell'azione amministrativa.

Inoltre, di grande rilievo è la differenza tra ciò che va a costituire colpa grave ai fini della responsabilità amministrativa, ovvero quella che sarebbe la violazione delle norme e l'omissione delle cautele ordinarie, e tutto quello che non può essere considerato come tale: la violazione oppure omissione determinata da quello che è il riferimento ad orientamenti giurisprudenziali predominanti o a pareri delle autorità competenti.

Infine, ultimo principio da analizzare è quello relativo all'accesso al mercato da parte degli operatori economici, disciplinato dall'art.3 del Codice.

Proprio con tale articolo si cerca di rispecchiare e rispettare il vero principio di concorrenza, inteso dal punto di vista europeo sia come apertura del mercato e sia rivolto a tutti i suoi soggetti, come sinonimo della par condicio.

Seguendo una lettura attenta dei tre principi, si può notare una possibile contrapposizione tra l'articolo 3 e l'articolo 1, comma 2, dove si afferma che la concorrenza sia funzionale al miglior risultato, rilevando che tale concorrenza sia vista come uno strumento per raggiungere un fine.

Dall'altra parte, all'interno dell'art.3 si riconosce la fiducia nell'azione amministrativa e il perseguimento del risultato.

presenza di una disciplina rigida e dettagliata ha creato incertezze, ritardi, inefficienze. Ciò in quanto la legge - soprattutto un codice - deve invece fornire gli strumenti e le regole generali e astratte per regolare la materia. L'idea, quindi, è stata quella non tanto di richiamare i principi "generalissimi" dell'azione amministrativa (già desumibili dalla Costituzione e dalla Legge n. 241/1990), ma di fornire una più puntuale base normativa anche a una serie di principi "precettivi", dotati di immediata valenza operativa, che vanno in parte a soppiantare la struttura normativa rigida, dettagliata, a volte contraddittoria, attraverso la quale detti principi hanno finora trovato spazio angusto, nel tessuto normativo", in riv. Azienditalia, n. 5, 1 maggio 2023, p. 685.

Per evitare, quindi, eventuali conflitti tra tali articoli sarebbe necessario un coordinamento tra di essi, andando a svolgere una interpretazione complementare e armoniosa, in modo da riuscire a garantire un equilibrio tra la promozione della concorrenza e il perseguimento del miglior risultato.

3. II R.U.P

Ulteriore novità introdotta dal nuovo Codice è stata l'elevazione e riprogettazione della figura del RUP, il quale acronimo, oggi, non si attiene più alla figura del responsabile unico del procedimento ma si riferisce all'identificazione del responsabile unico del progetto, ovvero colui che si occupa di tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica, quindi alle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione del contratto diventando il responsabile dell'intero processo tramite l'adozione di tale iniziativa.

Per quanto attiene alla procedura di nomina del RUP ¹¹², questo viene eletto tra i dipendenti, il quale possono essere assunti anche a tempo determinato, della stazione appaltante o coloro che fanno parte dell'ente concedente a condizione che disponga di competenze professionali adeguate ai compiti che gli vengono affidati, rispettando quanto previsto dal contratto e dalle relative mansioni, nonché di quelli che sono i requisiti stabiliti dall'Allegato I.2 ¹¹³ del nuovo Codice.

¹¹²Più in particolare *“la relazione illustrativa che ha accompagnato l'approvazione del decreto legislativo, la quale, altresì, specifica la soppressione, in quanto causa di controversie sui riparti di competenze interne alle amministrazioni, della previsione contenuta nell'attuale Codice secondo cui “laddove sia accertata la carenza nell'organico della suddetta unità organizzativa, il RUP è nominato tra gli altri dipendenti in servizio”. L'articolo 15 specifica che, in caso di mancata nomina del RUP nell'atto di avvio dell'intervento pubblico, l'incarico è svolto dal medesimo responsabile dell'unità organizzativa titolare del potere di spesa, restando ferma, altresì, la disposizione secondo la quale l'ufficio di RUP è obbligatorio e non può essere rifiutato. Si riproduce in forma analoga la disposizione vigente relativa al nominativo del RUP (comma 2 dell'articolo 31 del vigente Codice dei contratti pubblici), da indicarsi nel bando o nell'avviso di indizione della gara, o, in mancanza, nell'invito a presentare un'offerta o nel provvedimento di affidamento diretto.”* Dossier di One Legale, Il nuovo Codice dei contratti pubblici, 20 aprile 2023.

¹¹³ L'allegato I.2, in particolare, contiene la disciplina di dettaglio su:

- i compiti del RUP in rapporto alla esigenza di conseguire gli obiettivi connessi alla realizzazione dell'intervento pubblico nel rispetto dei tempi e dei costi programmati, della qualità richiesta, della sicurezza e della salute dei lavoratori, e quelli specifici del Direttore dei lavori e del Direttore dell'esecuzione nell'attuazione delle prestazioni contrattuali;
- gli ulteriori requisiti di professionalità imposti dalla complessità e dalla natura dei contratti da affidare;

I requisiti richiamati all'interno di tale Allegato, vengono differenziati a seconda che si fa riferimento al campo degli appalti, concessioni e per quelli che sono i servizi riguardanti l'ingegneria e l'architettura, previsti dall'art. 4, ovvero si fa riferimento a quei contratti riguardanti i servizi e le forniture predisposti dalla stazione appaltante, ad esempio, nel bando di gara. Nello stesso sono anche riportate le modalità di individuazione del Responsabile Unico del Progetto.

Una delle caratteristiche vincolanti che riguardano tale figura sta nella impossibilità, da parte dei partecipanti alle gare pubbliche, di rifiutare l'ufficio e la sovrintendenza del RUP, il quale viene sancita come obbligatoria dal Codice.

Qualora si dovesse manifestare la mancata nomina, all'interno dell'atto di avvio dell'intervento pubblico, l'incarico verrà svolto da colui che ricopre la figura di responsabile dell'unità organizzativa competente per l'intervento necessario.

La figura dei cosiddetti responsabili di fase¹¹⁴, viene istituita per cercare di evitare, nonostante la regola sia che colui che viene incaricato deve occuparsi della totalità delle fasi, una maggiore concentrazione in capo al RUP di quelli che sono i compiti e le responsabilità ad esso affidate, anche se nei suoi confronti permane l'obbligo di supervisione, indirizzo e coordinamento delle attività.

Il RUP, inoltre svolge tutte le funzioni che sono ricomprese nell'Allegato I.2, o che almeno siano utili e non ricadono nella sfera di competenza di altri organi, il quale contiene l'elencazione di quelli che sono i compiti comuni a ogni tipo di contratto e alle diverse fasi, sia quelle che sono le menzioni specifiche da attuare per ogni singola fase procedurale.

-
- le ipotesi di incompatibilità tra le funzioni del RUP e le ulteriori funzioni tecniche e, in particolare, l'importo massimo e la tipologia dei lavori, servizi e forniture per i quali il RUP può coincidere con il progettista o con il direttore dell'esecuzione del contratto;
 - le coperture assicurative da prevedere con oneri a carico dell'amministrazione;
 - gli obblighi formativi delle amministrazioni nei confronti del RUP;
 - le ipotesi e le modalità di affidamento degli incarichi di supporto al RUP e della possibilità per quest'ultimo di affidarli direttamente, sotto la propria responsabilità di risultato.

¹¹⁴ Secondo la relazione illustrativa che ha accompagnato l'approvazione del decreto legislativo in commento, nell'elaborazione di tale previsione, utili spunti sono stati tratti dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 166 del 2019, nella quale è stata vagliata la legittimità delle previsioni dell'art. 34, della legge della Regione Sardegna 13 marzo 2018, n. 8 (Nuove norme in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture), proprio con riferimento alla prevista facoltà di nomina di un responsabile per le fasi di programmazione, progettazione ed esecuzione e un altro responsabile per la fase di affidamento. La Corte, nel richiamare un proprio precedente (sentenza n. 43 del 2011), ha escluso la configurabilità di un contrasto con il principio di responsabilità unica, posto dall'art. 31, comma 1 del previgente Codice dei contratti pubblici, in il *Quotidiano Giuridico* 12 aprile 2023.

Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono usufruire della facoltà di fondare una struttura che sia da supporto per il responsabile unico del progetto, destinante risorse finanziarie che non devono eccedere l'1% di quello che è l'importo sito alla base del bando di gara per l'affidamento diretto da parte di questo di incarichi d'assistenza.

Inoltre, è prevista la possibilità di adottare un piano di formazione per coloro che andranno a svolgere le funzioni e i compiti relativi alle procedure in ambito di acquisti di lavori, servizi e forniture.

Infine, per quanto attiene alla materia degli appalti pubblici di lavori, che vengono assegnati con quella che è la formula del contraente genarle e nelle altre forme di partenariato pubblico-privato, viene predisposto il divieto di assegnare compiti del RUP, responsabile dei lavori o collaudatore allo stesso contraente genarle, all'aggiudicatario dei contratti in ambito di partenariato pubblico-privato e a tutti coloro che sono ad essi collegati.

4. La digitalizzazione

La materia in ambito di digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti, disciplinata dall'articolo 18, 19 fino al 36, viene ricompresa interamente nella Parte II del primo libro del nuovo codice.

Attraverso, l'articolazione del ciclo di vita dei contratti in fasi di programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento e esecuzione, uno dei maggiori obiettivi che il nuovo codice si impone è, appunto, quello di rendere tale ciclo interamente digitale rispettando quelli che sono i principi e le disposizioni previste dall'amministrazione digitale, nel D.lgs. 82/2005, e conferendo attuazione a uno degli obiettivi posti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, adempiendo alla realizzazione di una vera e propria transazione digitale con il conseguente rilancio del sistema del Paese.

Inoltre, anche secondo quanto prospettato dal nuovo codice, l'utilizzo della digitalizzazione dovrebbe essere efficace come misura di prevenzione per quanto riguarda la corruzione, andando a valorizzare le azioni di trasparenza, partecipazione e controllo in armonia e in attuazione con il principio di legalità.

A tal proposito, viene positivizzato il principio di unicità dell'invio, anche detto "once only", per il quale qualsiasi tipo di dato deve essere inviato dal soggetto

interessato una sola volta e ad un solo sistema informativo facendo in modo, così, che non possa essere richiesto ex novo da ulteriori sistemi o da ulteriori banche dati.

Inoltre, viene ribadito il principio di trasparenza¹¹⁵ dei contratti pubblici, secondo il quale vengono considerate accessibili tutte quante quelle che sono informazioni e dati che appartengono alla materia di programmazione di lavori, servizi e forniture nonché di quelle che sono le procedure del ciclo di vita appartenenti ai contratti pubblici. Tutto ciò può essere svolto solo qualora non sussistano casi di particolare importanza, riservatezza e segretezza.

Attraverso l'implementazione dell'ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale, anche detto e-procurement, i principi menzionati riescono a trovare attuazione.

Tale implementazione congettura l'utilizzo di quelle che sono procedure automatizzate e tecnologicamente avanzate, ricomprendendo anche la materia che ha come protagonista l'intelligenza artificiale (AI).

Il sistema, finora illustrato, è formato da piattaforme e servizi digitali, con caratteristiche infrastrutturali, che vanno a facilitare la gestione completa del ciclo dei contratti pubblici, in quanto sono saldamente interconnessi e interoperabili tra di loro.

Quindi, lo scopo del sistema è quello di riuscire a permettere una realizzazione digitale di molteplici attività, che vanno dal campo della redazione o quello della acquisizione dei documenti in formato nativo digitale, dalla presentazione delle offerte, fino ad arrivare a quelle che è la gestione digitale dell'apertura, del fascicolo di gara, nonché al controllo tecnico, contabile ed amministrativo dei contratti.

¹¹⁵ L'articolo 20 del codice dei contratti pubblici disciplina il principio della trasparenza e in particolare l'indicazione degli strumenti previsti nell'ordinamento al fine di assicurare la concreta attuazione di tale principio. In particolare, il comma 1, in linea con la disciplina generale sulla trasparenza amministrativa, evidenzia che il principio di trasparenza è assicurato attraverso l'individuazione dei dati, delle informazioni e degli atti che devono essere pubblicati sul sito istituzionale. Il comma 2, enuncia il principio secondo cui le comunicazioni e l'interscambio di dati per le finalità di conoscenza e di trasparenza avvengono nel rispetto del principio di unicità del luogo di pubblicazione e dell'invio delle informazioni. Il comma 3, del citato articolo 20 prevede, infine, espressamente che le regioni e le province autonome devono assicurare la trasparenza nel settore dei contratti pubblici. Sul punto si evidenzia quanto riportato nel Dossier di One Legale, il nuovo Codice dei Contratti pubblici, *"L'obiettivo della disposizione in esame, secondo quanto si ricava dalla relazione illustrativa, è quello di assicurare una semplificazione degli adempimenti in capo alle amministrazioni le quali molto spesso si trovano a dover comunicare i dati per popolare le banche dati detenute da altri soggetti pubblici e a pubblicare poi le stesse informazioni sul proprio sito istituzionale per altre finalità."*

All'interno del nuovo codice vengono ricomprese disposizioni che riguardano la Banca Dati Nazionale dei contratti pubblici, la quale era già prevista dall'art.62 bis del CAD, affidata esclusivamente all'ANAC e designata per qualificarsi come uno strumento che viene utilizzato per garantire la pubblicità legale degli atti di gara; per il Fascicolo Virtuale dell'Operatore economico, il quale permetterà quella che è la verifica della mancanza di cause di esclusione dell'operatore; per le piattaforme di approvvigionamento digitale, formate da un molteplicità di servizi e sistemi informativi interconnessi e operanti tra loro per la stazione appaltante; e per l'Anagrafe degli Operatori Economici Partecipanti agli Appalti, anche loro costituiti presso l'ANAC, con il conseguente compito di censire gli operatori economici attraverso le informazioni inserite nel registro delle imprese.

Specifiche disposizioni sono previste per l'accesso agli atti e la tutela della riservatezza.

Attraverso il nuovo art. 35, a differenza di quanto previsto dal precedente art.53 del D. Lgs.50/2016, si cerca di rendere positivo l'utilizzo in materia di contratti pubblici non unicamente lo strumento dell'accesso procedimentale, disciplinato dalla L.n. 241/1990, ma anche il così detto accesso civico e quello generalizzato, stabiliti dall'art 5 e 5bis del D.Lgs.n.33/2013.

A tal punto, è confermata la possibilità di differire l'accesso in determinate circostanze, tra le quali viene ricompresa, seguendo l'orientamento emerso dalla giurisprudenza, la congettura delle domande di partecipazione, di quello che sono gli atti, dati e delle informazioni relative ai requisiti di partecipazione e relative ai verbali della fase di ammissione dei soggetti candidati e degli offerenti fino ad arrivare alla aggiudicazione.

Ulteriore differenza, rispetto alla disposizione precedente, viene ricompresa nel paragrafo 4 dell'art.35, il quale va a porre una sostanziale differenza tra i casi in cui i documenti, dati o informazioni che possono essere esclusi o quelle in cui debbano essere escluse.

Inoltre, viene previsto dalla norma che l'aggiudicazione debba essere automaticamente resa visibile tramite l'utilizzo di strumenti e piattaforme telematiche, in modo contemporaneo alla avvenuta comunicazione digitale:

1. a tutti coloro che ricoprono il ruolo di candidati e offerenti non esclusi definitivamente, devono essere forniti dell'offerta dell'operatore economico il quale ha ottenuto l'aggiudicazione, i verbali di gara e gli atti;

2. alle società classificate tra le prime cinque posizioni in graduatoria, devono essere forniti tutti gli atti già menzionati ed in più le offerte presentate da essi.

5. L'appalto integrato

Successivamente alla sua negazione, salvo delle determinate eccezioni, da parte del D.lgs. 50/2016, l'appalto integrato attraverso l'entrata in vigore del nuovo codice torna ad essere ammesso.

La sua liberalizzazione è uno dei risultati derivanti la processo di normalizzazione della disciplina emergenziale, infatti, attraverso il decreto di semplificazione, D.L. 76/2020 che poi verrà convertito dalla L.120/2020, è stato possibile reintrodurre tale forma di affidamento.

Ulteriore novità, introdotta dal nuovo codice, è il divieto di affidare in modo congiunto la progettazione e l'esecuzione dei lavori, il quale viene stabilito dal quarto periodo del comma 1 facente parte dell'art.59 del D.lgs. 50/2016, fosse sospeso fino al 31 dicembre 2020 e attualmente fino al 30 giugno 2023.¹¹⁶

Di particolare importanza è evidenziare che, secondo quanto disciplinato dall'art.48, comma 5 del D.L. n. 77/2021, per quelli che sono gli appalti che rientrano nel campo del PNRR e del PNC, è consentito l'affidamento congiuntamente della progettazione e dell'esecuzione

All'art.44 del nuovo Codice, comma 1, si prevede la possibilità, a discrezione dell'ente appaltante per esigenze tecniche, di poter affidare attraverso un unico atto contrattuale la progettazione esecutiva e l'esecuzione di quelli che sono i lavori sulla base di un progetto di fattibilità tecnico-economico che deve essere approvato.

¹¹⁶ Con l'introduzione del nuovo Codice dei contratti pubblici, l'appalto integrato diviene possibile senza i divieti previsti dal codice previgente per cui il contratto potrà avere come oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori sulla base di un progetto di fattibilità tecnico-economica approvato. Vengono esclusi gli appalti per opere di manutenzione ordinaria ed occorre comunque motivare la scelta tenendo conto delle esigenze tecniche e del rischio scostamento dei costi. La norma è efficace dal 1° luglio 2023 e dunque in continuità con la proroga al 30 giugno 2023 della sospensione del divieto di appalto integrato (previsto dall'art. 59 del D.Lgs. n. 50/2016), già disposta dal D.L. n. 77/2021, in riv. Azienditalia, n. 5, 1 maggio 2023, *Pillole del nuovo codice appalti*, p. 685.

L'unica eccezione prevista riguarda solo quelli che sono gli appalti in ambito di opere di manutenzione ordinaria e che non contengono un progetto esecutivo.

Inoltre, la società o l'operatore economico deve disporre dei requisiti richiesti dalla stazione appaltante per i progetti o per avvalersi di progettisti che siano qualificati e che siano indicati nell'offerta o che partecipano in un consorzio con soggetti qualificati per la progettazione.

Il concorrente, successivamente, dovrà indicare in modo distinto il prezzo offerto per la progettazione e il prezzo per l'esecuzione dei lavori, i quali saranno valutati dall'ente appaltante che valuterà le offerte ricevute esclusivamente sulla base dell'offerta economicamente più conveniente e vantaggiosa.

Secondo le informazioni fornite nella stessa relazione illustrativa inviata alle Camere, questa disposizione non può essere derogata mediante l'utilizzo di procedure negoziate senza bando, il quale consentirebbero, in certe situazioni e a determinate condizioni, di basarsi sul criterio del prezzo più basso.

6. Gli appalti sottosoglia

Anche il nuovo codice dei contratti pubblici, così come il vecchio, tratta al suo interno la materia dell'affidamento dei contratti di lavori, servizi e forniture, anche detti sottosoglia, ossia quei contratti aventi un importo inferiore a quelle che sono le soglie europee disciplinate dall'articolo 14.¹¹⁷

Un esempio che si può fare è per i contratti che stimano un importo pari a 140.000 euro, che secondo quanto previsto dall'art.35 del D.lgs. 50/2016 ci troviamo nell'ambito degli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati dalle autorità governative centrali così come secondo quanto previsto dall'art 14 del D.lgs. 36/2023.

Si prevede come già sancito dalla previgente disposizione, oltre a cambiare solo il riferimento agli allegati e agli enti, le soglie dovranno essere periodicamente rideterminate attraverso un provvedimento emanato dalla Commissione europea, il quale vengono pubblicate nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.

¹¹⁷ In sintesi, rispetto alla previgente disposizione (art. 35 D.Lgs. 50/2016) cambia il riferimento agli Allegati, prediligendo il rinvio a quelli originali, allegati alla Direttiva appalti 2014/24/EU e agli Enti, prediligendo la locuzione "stazioni appaltanti" a quella "amministrazioni aggiudicatrici".
Riv. Azienditalia, n. 5, 1 maggio 2023, *Pillole del nuovo codice appalti*, p. 685.

La regolamentazione prevista, per tale materia, all'interno del vecchio codice all'articolo 36 era molto limitata, rispetto a quanto previsto dal nuovo Codice dei contratti pubblici il quale gli dedica un ampio insieme di norme, ricomprese nella Parte I, relativa ai contratti di importo inferiore alle soglie europee, del Libro II, sull'appalto, che comprende gli artt. 48 e 55.

All'interno dell'introduzione, il Legislatore italiano evidenzia in modo esplicito – dedicando un articolo specifico – che sia l'azione di assegnazione che quella di esecuzione di tali contratti devono essere soggette al rispetto dei principi disciplinati nella Parte I e II del Libro I.

Inoltre, estende anche a tali contratti tutte le disposizioni del Codice che non sono derogate da quelle contenute nella Parte attuale.

Dunque, il Codice dedica a parte un intero articolo a quello che è il principio di rotazione ai sensi dell'art. 49, dove viene riaffermato il rispetto, ad eccezione di quegli affidamenti diretti sotto i 5.000 euro.

Quindi, viene previsto il divieto di assegnazione e aggiudicazione dei contratti al soggetto o contrente uscente, nel caso in cui vi è la presenza di due assegnazioni consecutive riguardanti un'opera nello stesso settore/categoria.

Tuttavia, tale interdizione non è prevista per quei casi e circostanze motivate il quale riguardano;

- la struttura del mercato;
- effettiva mancanza di alternative;
- esecuzione accurata del contratto.

Inoltre, si deve sottolineare anche il fatto che tale divieto non possa essere applicato relativamente ai casi dove l'assegnazione avvenga tramite una procedura negoziata senza la presenza del bando di gara, qualora l'indagine di mercato sia stata condotta in mancanza di imposizioni in termini di numero riguardante gli operatori economici, il quale dispongono dei requisiti, invitati alla procedura.

Sul versante delle procedure di affidamento, è sufficiente soffermarsi sul fatto che il legislatore, anche in tal caso, ha portato a regime quella che è la normativa emergenziale introdotta attraverso il Decreto Semplificazioni 76/2020.

Di conseguenza, viene previsto per quelli che sono gli affidamenti diretti, anche laddove non ci sono le consultazioni di più operatori economici, l'importo di 40.000 euro è superata, applicandosi ai lavori comprensivi di una soglia minore di 150.000 euro nonché a forniture e servizi, ricomprendendo anche quelli riguardanti il campo

di ingegneria e architettura e attività di progettazione, di importo inferiore a 140.000 euro.

Ulteriore previsione è quella riguardante la procedura priva di bando alla quale si applica:

1. per i lavori con una soglia che sia compresa tra 150.000 euro ma allo stesso tempo che sia inferiore a 1.000.000 di euro, è prevista la consultazione di almeno 5 operatori economici prima di arrivare all'assegnazione;
2. per i lavori che ricomprendono un importo che va da 1.000.000 di euro fino ad arrivare alle soglie europee, si rende necessaria la consultazione di almeno 10 operatori, ad eccezione della possibilità di poter ricorrere a quelle che sono le procedure di scelta ordinarie
3. per i servizi e forniture, come ultimo, che vanno da un importo di 140.000 fino a toccare le soglie europee, è stabilito che debba essere necessaria la consultazione di almeno 5 operatori.

Per quanto riguarda le modalità di gestione degli elenchi e di quelle che sono le indagini di mercato per la cernita degli operatori per le procedure negoziate, sono disciplinate dall'allegato II.1.

Ad eccezione di quanto previsto dall'art.108 comma 2, è possibile l'utilizzo del criterio del prezzo più basso anche qualora la procedura negoziata sia priva del bando il quale prevede l'ipotetica aggiudicazione solo mediante la messa in opera del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa dove il Responsabile Unico del Procedimento può entrar a far parte della commissione giudicatrice, anche nel ruolo di presidente.

Qualora, invece, viene applicato il criterio di minor prezzo, si attiene l'esclusione in modo automatico di quelle che sono le offerte anomale nel momento in cui gli offerenti ammessi siano complessivamente in numero maggiore di 5, così come prestabilito all'interno degli atti di gara.

La presentazione di una garanzia provvisoria non è richiesta, fatto salvo per quei casi dove vi è la presenza di particolari esigenze che devono essere segnalate negli atti di gara nel caso di procedure negoziate.

Qualora ne venga fatta richiesta, tale garanzia provvisoria non può eccedere oltre l'1% della somma prevista, d'altra parte viene domandata la presentazione di una garanzia definitiva per un importo che deve essere uguale al 5% della somma, ad eccezione dei casi che siano adeguatamente motivati.

Infine, si ricorda che è di fondamentale importanza rimuovere quella che è la clausola del “stand still”, termine dilatorio di 35 giorni per la conclusione del contratto, per tutte le procedure che vanno al di sotto delle soglie di rilevanza comunitaria.

Inoltre, è prevista l’esecuzione anticipata del contratto, il quale comunque deve essere compiuta entro 35 giorni, anche mediante l’utilizzo di strumenti di comunicazione a distanza come, ad esempio, possono essere le Poste Elettroniche Certificate, anche dette PEC, o mediante l’utilizzo di altri mezzi elettronici di recapito.

7. L’illecito professionale grave

Attraverso l’enunciazione del nuovo Codice dei contratti pubblici si è proseguito, da un lato, ad una differenziazione di quelle che sono le cause di esclusione, sia che siano automatiche e sia non, inserite all’interno di un solo articolo, art. 80 del D.lgs. 50/2016; dall’altro, si mira ad una maggiore tipizzazione di quelle che sono le fattispecie ivi previste.

D'altronde, vengono disciplinati due articoli, ovvero gli artt. 94¹¹⁸ e 95¹¹⁹, che prevedono, rispettivamente, le cause di esclusione automatiche e le cause di

¹¹⁸ L'art. 94 del nuovo Codice dei contratti pubblici, rubricato "Cause di esclusione automatica, così prevede: 1. È causa di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile per uno dei seguenti reati:

a. delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416, 416-bis del codice penale oppure delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis oppure al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti, consumati o tentati, previsti dall'articolo 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, dall'articolo 291-quater del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43 e dall'articolo 452-quaterdecies del codice penale, in quanto riconducibili alla partecipazione a un'organizzazione criminale, quale definita all'articolo 2 della decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio dell'Unione europea, del 24 ottobre 2008;

b. delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 353-bis, 354, 355 e 356 del codice penale nonché all'articolo 2635 del codice civile;

c. false comunicazioni sociali di cui agli articoli 2621 e 2622 del codice civile;

d. frode ai sensi dell'articolo 1 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, del 26 luglio 1995;

e. delitti, consumati o tentati, commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale, e di eversione dell'ordine costituzionale reati terroristici o reati connessi alle attività terroristiche;

f. delitti di cui agli articoli 648-bis, 648-ter e 648-ter.1 del codice penale, riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo, quali definiti all'articolo 1 del decreto legislativo 22 giugno 2007, n. 109;

g. sfruttamento del lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani definite con il decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 24;

h. ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione.

2. È altresì causa di esclusione la sussistenza, con riferimento ai soggetti indicati al comma 3, di ragioni di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'articolo 67 del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo codice. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-bis, e 92, commi 2 e 3, del codice di cui al decreto legislativo n. 159 del 2011, con riferimento rispettivamente alle comunicazioni antimafia e alle informazioni antimafia. La causa di esclusione di cui all'articolo 84, comma 4, del codice di cui al decreto legislativo n. 159 del 2011 non opera se, entro la data dell'aggiudicazione, l'impresa sia stata ammessa al controllo giudiziario ai sensi dell'articolo 34-bis del medesimo codice. In nessun caso l'aggiudicazione può subire dilazioni in ragione della pendenza del procedimento suindicato.

3. L'esclusione di cui ai commi 1 e 2 è disposta se la sentenza o il decreto oppure la misura interdittiva ivi indicati sono stati emessi nei confronti:

a. dell'operatore economico ai sensi e nei termini di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231;

b. del titolare o del direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale;

c. di un socio amministratore o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo;

d. dei soci accomandatari o del direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice;

e. dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi gli institori e i procuratori generali;

f. dei componenti degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo;

g. del direttore tecnico o del socio unico;

h. dell'amministratore di fatto nelle ipotesi di cui alle lettere precedenti.

4. Nel caso in cui il socio sia una persona giuridica l'esclusione va disposta se la sentenza o il decreto ovvero la misura interdittiva sono stati emessi nei confronti degli amministratori di quest'ultima.

5. Sono altresì esclusi:

a. l'operatore economico destinatario della sanzione interdittiva di cui all'articolo 9, comma 2, lettera c), del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, o di altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81;

b. l'operatore economico che non abbia presentato la certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, ovvero non abbia presentato dichiarazione sostitutiva della sussistenza del medesimo requisito;

c. in relazione alle procedure afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal regolamento (UE) n. 240/2021 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 febbraio 2021 e dal regolamento (UE) n. 241/2021 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, gli operatori economici tenuti alla redazione del rapporto sulla situazione del personale, ai sensi dell'articolo 46 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, che non abbiano prodotto, al momento della presentazione della domanda di partecipazione o dell'offerta, copia dell'ultimo rapporto redatto, con attestazione della sua conformità a quello trasmesso alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parità ai sensi del comma 2 del citato articolo 46, oppure, in caso di inosservanza dei termini previsti dal comma 1 del medesimo articolo 46, con attestazione della sua contestuale trasmissione alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parità;

d. l'operatore economico che sia stato sottoposto a liquidazione giudiziale o si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo o nei cui confronti sia in corso un procedimento per l'accesso a una di tali procedure, fermo restando quanto previsto dall'articolo 95 del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, di cui al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, dall'articolo 186-bis, comma 5, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 e dall'articolo 124 del presente codice. L'esclusione non opera se, entro la data dell'aggiudicazione, sono stati adottati i provvedimenti di cui all'articolo 186-bis, comma 4, del regio decreto

e. n. 267 del 1942 e all'articolo 95, commi 3 e 4, del codice di cui al decreto legislativo n. 14 del 2019, a meno che non intervengano ulteriori circostanze escludenti relative alle procedure concorsuali;

f. l'operatore economico iscritto nel casellario informatico tenuto dall'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalti; la causa di esclusione perdura fino a quando opera l'iscrizione nel casellario informatico;

g. l'operatore economico iscritto nel casellario informatico tenuto dall'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione di qualificazione, per il periodo durante il quale perdura l'iscrizione.

h.6. È inoltre escluso l'operatore economico che ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti. Costituiscono gravi violazioni definitivamente accertate quelle indicate nell'allegato II.10. Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o sanzioni, oppure quando il debito tributario o previdenziale sia comunque integralmente estinto, purché l'estinzione, il pagamento o l'impegno si siano perfezionati anteriormente alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta.

7. L'esclusione non è disposta e il divieto di aggiudicare non si applica quando il reato è stato depenalizzato oppure quando è intervenuta la riabilitazione oppure, nei casi di condanna ad una pena accessoria perpetua, quando questa è stata dichiarata estinta ai sensi dell'articolo 179, settimo comma, del codice penale, oppure quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna oppure in caso di revoca della condanna medesima.

¹¹⁹ L'art. 95 del nuovo Codice dei Contratti pubblici, rubricato "Cause di esclusione non automatica", stabilisce quanto segue: 1. La stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura un operatore economico qualora accerti:

a. sussistere gravi infrazioni, debitamente accertate con qualunque mezzo adeguato, alle norme in materia di salute e di sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi in materia ambientale,

esclusione non automatiche, riconosciuta come cause di esclusione c.d. “facoltativa”. Per quanto riguarda quest’ultima tipologia di cause di esclusione vengono ricomprese anche quelle che rientrano nell’ipotesi di commissione di un illecito professionale grave, così come stabilito dall’art.95, comma 1, lett. e.

Inoltre, viene stabilito che la stazione appaltante debba escludere dalla partecipazione alla procedura un operatore economico nel momento in cui si manifesti la situazione dove l’offerente sia attore di un illecito professionale grave, tale da conferire i caratteri del dubbio a quella che è la sua integrità e affidabilità e qualora l’illecito possa essere verificato e dimostrato dalla stessa stazione appaltante mediante l’utilizzo di strumenti adeguati.

A tal proposito, lo stesso articolo 95 rimanda all’art.98, indicando le ipotesi tassative di quello che sono i gravi illeciti professionali oltre all’indicazione dei

sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell’allegato X alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014;

b. che la partecipazione dell’operatore economico determini una situazione di conflitto di interesse di cui all’articolo 16 non diversamente risolvibile;

c. sussistere una distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d’appalto che non possa essere risolta con misure meno intrusive;

d. sussistere rilevanti indizi tali da far ritenere che le offerte degli operatori economici siano imputabili ad un unico centro decisionale a cagione di accordi intercorsi con altri operatori economici partecipanti alla stessa gara;

e. che l’offerente abbia commesso un illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati. All’articolo 98 sono indicati, in modo tassativo, i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi.

2. La stazione appaltante esclude altresì un operatore economico qualora ritenga che lo stesso ha commesso gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali. Costituiscono gravi violazioni non definitivamente accertate in materia fiscale quelle indicate nell’allegato II.10. La gravità va in ogni caso valutata anche tenendo conto del valore dell’appalto. Il presente comma non si applica quando l’operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o sanzioni, oppure quando il debito tributario o previdenziale sia comunque integralmente estinto, purché l’estinzione, il pagamento o l’impegno si siano perfezionati anteriormente alla scadenza del termine di presentazione dell’offerta, oppure nel caso in cui l’operatore economico abbia compensato il debito tributario con crediti certificati vantati nei confronti della pubblica amministrazione.

3. Con riferimento alle fattispecie di cui al comma 3, lettera h), dell’articolo 98, l’esclusione non è disposta e il divieto di aggiudicare non si applica quando:

a. il reato è stato depenalizzato;

b. è intervenuta la riabilitazione;

c. nei casi di condanna a una pena accessoria perpetua, questa è stata dichiarata estinta ai sensi dell’articolo 179, settimo comma, del codice penale;

d. il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna;

e. la condanna è stata revocata.

mezzi e strumenti di prova che servono per dimostrare i medesimi, qualificandola come la principale novità del nuovo Codice riguardante tale materia.

Attraverso tale disposizione, quindi, viene stabilito che l'illecito professionale grave possa essere rilevato solo nel momento in cui venga compiuto dall'operatore economico offerente, ad eccezione delle ipotesi previste dal comma 3, lett. g) ed h).

Infatti, per escludere l'operatore economico, ai sensi dell'art.95, comma 1, lett. e), devono obbligatoriamente intercorrere delle determinate condizioni, come ad esempio:

- elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale;
- idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore;
- adeguati mezzi di prova.

Quindi, la sussistenza dell'illecito professionale non può essere di per sé in grado di giustificare l'adozione del provvedimento di esclusione, ma serve a rendere necessaria e utile una valutazione su quella che è l'idoneità di tale illecito che incide sull'affidabilità e integrità dell'operatore unitamente ai mezzi di prova adeguati.

Il provvedimento di esclusione, inoltre, deve essere opportunamente motivato in relazione a tutte e tre le condizioni ivi elencate.

Una fondamentale novità, introdotta dal nuovo Codice, afferisce l'individuazione esplicita di quelli che sono i gravi illeciti professionali che portano all'adozione di una decisione motivata di esclusione.

A tale scopo, viene disposto un elenco di elementi da cui potrebbe derivare la sussistenza di un illecito professionale grave, il quale per essere considerato come tale uno degli elementi deve verificarsi.

Lo stesso Codice evidenzia che la valutazione della "gravità" deve includere anche il bene giuridico coinvolto e l'entità del danno causato dal comportamento illecito deve rientrare in uno dei suddetti elementi elencati, nonché di quello che è il tempo trascorso dalla violazione, anche tenendo conto alle possibili modifiche intervenute nel frattempo all'interno del corpo aziendale.

Viene inoltre fornito un elenco dei mezzi di prova idonei a dimostrare l'esistenza del grave illecito professionale.

Infine, la necessità di dover eliminare le incertezze nella configurazione degli elementi che formano il grave illecito professionale, siano elementi che

determinano la scelta del legislatore di dettagliare in modo preciso gli illeciti professionali, i quali sono stati anche per lungo periodo oggetto di contenzioso.

8. Il Subappalto

Attraverso l'instaurazione del nuovo Codice si giunge al termine di un lungo processo di liberalizzazione dell'istituto del subappalto il quale era già stato iniziato dal Legislatore condizionato dalle pronunce euro-unitarie il quale avevano posto delle situazioni di criticità sulla disciplina italiana.

Durante il periodo di legislazione denominata "emergenziale" provocata dal periodo colpito dal Covid-19, si è già verificata la presenza di molteplici modifiche attraverso il Decreto Semplificazione Bis, D.L. 77/2021.

Tale Decreto ha posto un forte limite di massimo del 50% per quanto riguarda il subappalto delle prestazioni, rispetto a quanto previsto prima, fino al 31 ottobre 2021, che era del 30%.

In un momento successivo, poi, è stato abolito ogni tipo di limite in percentuale per la materia riguardante il ricorso al subappalto e, inoltre, è stata prevista per il subappaltatore la responsabilità solidale con il soggetto che ricopre il ruolo di appaltatore per quelle che sono le opere oggetto di subappalto.

L'art. 119 del D.lgs. n. 36/2023¹²⁰, contiene la nuova disciplina del subappalto, rispetto alla previgente, ex art. 105 del D.lgs. 50/2016, la quale mantiene quelle che

¹²⁰ L'art. 119 del nuovo Codice dei Contratti pubblici espressamente prevede:

1. I soggetti affidatari dei contratti eseguono in proprio le opere o i lavori, i servizi, e le forniture compresi nel contratto. Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 120, comma 1, lettera d), la cessione del contratto è nulla. È altresì nullo l'accordo con cui a terzi sia affidata l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni appaltate, nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative alla categoria prevalente e dei contratti ad alta intensità di manodopera. È ammesso il subappalto secondo le disposizioni del presente articolo.

2. Il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, con organizzazione di mezzi e rischi a carico del subappaltatore. Costituisce, comunque, subappalto di lavori qualsiasi contratto stipulato dall'appaltatore con terzi avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare. Nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3, previa adeguata motivazione nella decisione di contrarre, le stazioni appaltanti, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti, indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto da eseguire a cura dell'aggiudicatario in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto, ivi comprese quelle di cui all'articolo 104, comma 11, in ragione

dell'esigenza di rafforzare, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali. Si prescinde da tale ultima valutazione quando i subappaltatori siano iscritti nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190, oppure nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229. L'affidatario comunica alla stazione appaltante, prima dell'inizio della prestazione, per tutti i sub-contratti che non sono subappalti, stipulati per l'esecuzione dell'appalto, il nome del sub-contraente, l'importo del subcontratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati. Sono, altresì, comunicate alla stazione appaltante eventuali modifiche a tali informazioni avvenute nel corso del sub-contratto. È altresì fatto obbligo di acquisire autorizzazione integrativa qualora l'oggetto del subappalto subisca variazioni e l'importo dello stesso sia incrementato. (il subappalto senza autorizzazione è sanzionato dall'articolo 21 della legge 13 settembre 2002, n. 646 - n.d.r.)

3. Non si configurano come attività affidate in subappalto, per la loro specificità, le seguenti categorie di forniture o servizi:

a) l'affidamento di attività secondarie, accessorie o sussidiarie a lavoratori autonomi, per le quali occorre effettuare comunicazione alla stazione appaltante;

b) la subfornitura a catalogo di prodotti informatici;

c) l'affidamento di servizi di importo inferiore a 20.000 euro annui a imprenditori agricoli nei comuni classificati totalmente montani di cui all'elenco dei comuni italiani predisposto dall'ISTAT, oppure ricompresi nella circolare del Ministero delle finanze n. 9 del 14 giugno 1993, pubblicata nel supplemento ordinario n. 53 alla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana n. 141 del 18 giugno 1993, nonché nei comuni delle isole minori di cui all'allegato A annesso alla legge 28 dicembre 2001, n. 448;

d) le prestazioni secondarie, accessorie o sussidiarie rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto. I relativi contratti sono trasmessi alla stazione appaltante prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto.

4. I soggetti affidatari dei contratti di cui al codice possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante a condizione che:

a) il subappaltatore sia qualificato per le lavorazioni o le prestazioni da eseguire;

b) non sussistano a suo carico le cause di esclusione di cui al Capo II del Titolo IV della Parte V del presente Libro;

c) all'atto dell'offerta siano stati indicati i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che si intende subappaltare.

5. L'affidatario trasmette il contratto di subappalto alla stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni. Contestualmente trasmette la dichiarazione del subappaltatore attestante l'assenza delle cause di esclusione di cui al Capo II del Titolo IV della Parte V del presente Libro e il possesso dei requisiti di cui agli articoli 100 e 103. La stazione appaltante verifica la dichiarazione tramite la Banca dati nazionale di cui all'articolo 23. Il contratto di subappalto, corredato della documentazione tecnica, amministrativa e grafica direttamente derivata dagli atti del contratto affidato, indica puntualmente l'ambito operativo del subappalto sia in termini prestazionali che economici.

6. Il contraente principale e il subappaltatore sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante per le prestazioni oggetto del contratto di subappalto. L'aggiudicatario è responsabile in solido con il subappaltatore per gli obblighi retributivi e contributivi, ai sensi dell'articolo 29 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276. Nelle ipotesi di cui al comma 11, lettere a) e c), l'appaltatore è liberato dalla responsabilità solidale di cui al secondo periodo del presente comma.

7. L'affidatario è tenuto ad osservare il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni secondo quanto previsto all'articolo 11. È, altresì, responsabile in solido dell'osservanza

delle norme anzidette da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto nel rispetto di quanto previsto dal comma 12. L'affidatario e, per suo tramite, i subappaltatori, trasmettono alla stazione appaltante prima dell'inizio dei lavori la documentazione di avvenuta denuncia agli enti previdenziali, inclusa la Cassa edile, assicurativi e antinfortunistici, nonché copia del piano di cui al comma 15. Per il pagamento delle prestazioni rese nell'ambito dell'appalto o del subappalto, la stazione appaltante acquisisce d'ufficio il documento unico di regolarità contributiva in corso di validità relativo all'affidatario e a tutti i subappaltatori.

8. Per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, in caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni dovute al personale dipendente o del subappaltatore o dei soggetti titolari di subappalti e cottimi, nonché in caso di inadempienza contributiva risultante dal documento unico di regolarità contributiva, si applicano le disposizioni di cui all'articolo 11, comma 5.

9. Nel caso di formale contestazione delle richieste di cui al comma 8, il RUP o il responsabile della fase dell'esecuzione, ove nominato, inoltra le richieste e le contestazioni alla direzione provinciale del lavoro per i necessari accertamenti.

10. L'affidatario sostituisce, previa autorizzazione della stazione appaltante, i subappaltatori relativamente ai quali, all'esito di apposita verifica, sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione di cui al Capo II del Titolo IV della Parte V del presente Libro.

11. La stazione appaltante corrisponde direttamente al subappaltatore ed ai titolari di sub-contratti non costituenti subappalto ai sensi del quinto periodo del comma 2 l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite nei seguenti casi:

- a) quando il subcontraente è una microimpresa o piccola impresa;
- b) in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore;
- c) su richiesta del subcontraente e se la natura del contratto lo consente.

12. Il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale. Il subappaltatore è tenuto ad applicare i medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro del contraente principale, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto oppure riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale. L'affidatario corrisponde i costi della sicurezza e della manodopera, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso; la stazione appaltante, sentito il direttore dei lavori, il coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione oppure il direttore dell'esecuzione, provvede alla verifica dell'effettiva applicazione della presente disposizione. L'affidatario è solidalmente responsabile con il subappaltatore degli adempimenti, da parte di quest'ultimo, degli obblighi di sicurezza previsti dalla normativa vigente.

13. Per i lavori, nei cartelli esposti all'esterno del cantiere devono essere indicati anche i nominativi di tutte le imprese subappaltatrici.

14. Per contrastare il fenomeno del lavoro sommerso irregolare il documento unico di regolarità contributiva è comprensivo della verifica della congruità della incidenza della mano d'opera relativa allo specifico contratto affidato. Tale congruità, per i lavori edili, è verificata dalla Cassa edile in base all'accordo assunto a livello nazionale tra le parti sociali firmatarie del contratto collettivo nazionale comparativamente più rappresentative per l'ambito del settore edile ed il Ministero del lavoro e delle politiche sociali; per i lavori non edili è verificata in comparazione con lo specifico contratto collettivo applicato.

15. I piani di sicurezza di cui al decreto legislativo del 9 aprile 2008, n. 81 sono messi a disposizione delle autorità competenti preposte alle verifiche ispettive di controllo dei cantieri. L'affidatario è tenuto a curare il coordinamento di tutti i subappaltatori operanti nel cantiere per rendere gli specifici piani redatti dai singoli subappaltatori compatibili tra loro e coerenti con il piano presentato dall'affidatario. Nell'ipotesi di raggruppamento temporaneo o di consorzio, l'obbligo incombe al mandatario. Il direttore tecnico di cantiere è responsabile del rispetto del piano da parte di tutte le imprese impegnate nell'esecuzione dei lavori.

16. L'affidatario che si avvale del subappalto o del cottimo deve allegare alla copia autentica del contratto la dichiarazione circa la sussistenza o meno di eventuali forme di controllo o di collegamento a norma dell'articolo 2359 del codice civile con il titolare del subappalto o del cottimo. Analoga dichiarazione deve essere effettuata da ciascuno dei soggetti partecipanti nel

sono le importanti modifiche introdotte nel 2021, quali ad esempio la soppressione di qualsivoglia limite quantitativo al subappalto e come ad esempio l'eliminazione dell'obbligo di indicare una terna di nominativi di sub-appaltatori in fase di aggiudicazione e di offerta.

Si ricorda che il subappalto, ovvero quel contratto attraverso cui un appaltatore affida a soggetti terzi quella che è l'esecuzione di sia una parte delle prestazioni indicate nel contratto d'appalto e sia delle lavorazioni anch'esse oggetto di contratto, è possibile solo quando vi sono delle prestazioni o lavorazioni che sono indicate dalla stazione appaltante all'interno della documentazione di gara in ragione alle specifiche caratteristiche dell'appalto.¹²¹

caso di raggruppamento temporaneo, società o consorzio. La stazione appaltante rilascia l'autorizzazione di cui al comma 4 entro trenta giorni dalla relativa richiesta; tale termine può essere prorogato una sola volta, quando ricorrano giustificati motivi. Trascorso tale termine senza che si sia provveduto, l'autorizzazione si intende concessa. Per i subappalti o cottimi di importo inferiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo inferiore a 100.000 euro, i termini per il rilascio dell'autorizzazione da parte della stazione appaltante sono ridotti della metà.

17. Le stazioni appaltanti indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto che, pur subappaltabili, non possono formare oggetto di ulteriore subappalto, in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto e dell'esigenza, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori oppure di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali. Si prescinde da tale ultima valutazione quando i subappaltatori ulteriori siano iscritti nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190, ovvero nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229.

18. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche ai raggruppamenti temporanei e alle società anche consortili, quando le imprese riunite o consorziate non intendono eseguire direttamente le prestazioni scorporabili; si applicano altresì agli affidamenti con procedura negoziata. Ai fini dell'applicazione delle disposizioni del presente articolo è consentita, in deroga all'articolo 68, comma 15, la costituzione dell'associazione in partecipazione quando l'associante non intende eseguire direttamente le prestazioni assunte in appalto.

19. È fatta salva la facoltà per le regioni a statuto speciale e per le province autonome di Trento e di Bolzano, sulla base dei rispettivi statuti e delle relative norme di attuazione e nel rispetto della normativa europea vigente e dei principi dell'ordinamento europeo, di disciplinare ulteriori casi di pagamento diretto dei subappaltatori.

20. Le stazioni appaltanti rilasciano i certificati necessari per la partecipazione e la qualificazione all'appaltatore, scomputando dall'intero valore dell'appalto il valore e la categoria di quanto eseguito attraverso il subappalto. I subappaltatori possono richiedere alle stazioni appaltanti i certificati relativi alle prestazioni oggetto di appalto eseguite.

¹²¹ Riv. Giuridica, Il diritto amministrativo, *La disciplina del subappalto dopo le modifiche introdotte dal decreto Semplificazioni "bis"*.

Inoltre, è espressamente indicato ed evidenziato che il soggetto ricoprente il ruolo di sub-appaltatore deve adempiere alle lavorazioni e prestazioni con una propria organizzazione di mezzi e i rischi che possono derivare sono a suo carico.

Restano, poi, inalterate tutte le garanzie sia in ambito economico che in ambito normativo previste per i lavoratori dipendenti dal subappaltatore e, inoltre, rimane invariata la responsabilità solidale dell'affidatario con il subappaltatore riguardante gli obblighi di sicurezza previsti da quella che è la normativa previgente.

Al comma 4 vengono disposte le condizioni alle quali è possibile ricorrere al subappalto, ovvero ad esempio:

- a) il subappaltatore deve essere qualificato per le lavorazioni o le prestazioni da eseguire;
- b) non devono sussistere a carico del subappaltatore le cause di esclusione di cui al Capo II del Titolo IV della Parte V del Libro II del Codice medesimo (i.e. i requisiti di ordine generale);
- c) all'atto dell'offerta il concorrente deve aver indicato i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intende subappaltare.

Inoltre, rispetto al vecchio Codice, non viene previsto il divieto di nominare quale subappaltatore l'operatore economico il quale ha partecipato individualmente alla procedura di gara per quello che è l'affidamento del medesimo appalto.

Infine, ultima novità introdotta dal nuovo Codice riguarda il c.d. subappalto a cascata, ovvero il subappalto del subappalto.

Al nuovo comma 17, secondo anche quanto previsto dalle direttive UE sulla illegittimità del divieto di tale pratica, viene disposta la possibilità che parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di subappalto debbano essere anche oggetto di un ulteriore subappalto.

9. I beni culturali

All'interno degli artt. 132-134 e nell'Allegato II.18 del nuovo Codice viene inserita la disciplina previgente riguardante la materia dei beni culturali.

A differenza di quanto previsto dal vecchio Codice, ovvero una disciplina più ampia inserita negli artt. che andavano dal 146 al 151, il nuovo Codice adotta un sistema di riduzione delle disposizioni normative cercando di integrarle con quanto disciplinato dall'Allegato II.18, il quale ha un'efficacia fino ad una ipotetica entrata in vigore di un regolamento corrispondente, che assumendo le vesti di nuovo Allegato lo andrà a sostituire in modo uniforme e integrale.

Ritornando alla disciplina dei beni culturali, viene adoperata la conferma del divieto dell'istituto dell'avvalimento, previsto dall'art. 104, in riferimento ai contratti riguardanti la materia in esame.

Internamente all'Allegato II.18 viene predisposta la disciplina riguardante i requisiti di qualificazione di quelli che sono i soggetti esecutori e di coloro che ricoprono il ruolo di direttori tecnici, nonché le modalità di collaudo e i livelli e contenuti della progettazione.

Ai sensi dell'art. 8, comma 1, inoltre, viene data la possibilità da parte della stazione appaltante di poter procedere con la stipulazione di contratti gratuiti per tutte le attività che hanno il fine di tutelare e valorizzare i beni culturali dello Stato.

Facendo sempre riferimento alla disciplina del precedente Codice, è stata consentita dal Legislatore, nel nuovo Codice, la facoltà di attivare forme speciali di partenariato anche con riferimento a quelli che sono i beni culturali mobili e immobili.

Ai fini dell'assegnazione dei contratti di sponsorizzazione riguardanti lavori, servizi e forniture che hanno un valore complessivo superiore di 40.000 euro, si esige esclusivamente la previa pubblicazione sul sito internet dell'ente appaltante di un apposito avviso per lasso di tempo di almeno 30 giorni.

Tale avviso, quindi, ha l'obiettivo di informare dell'intenzione di cercare sponsor per interventi specifici o di comunicare la ricezione di una proposta di sponsorizzazione.

Trascorso il periodo di pubblicazione dell'avviso, il contratto può essere negoziato liberamente, sempre nel rispetto dei principi di imparzialità e parità di trattamento.

10. Il partenariato pubblico privato

Ai sensi degli artt. 174 e seguenti del nuovo Codice sono state introdotte delle semplificazioni anche in ambito di partenariato pubblico privato, anche riconosciuto attraverso l'acronimo PPP, per cercare di agevolare le partecipazioni da parte degli investitori istituzionali.

Ulteriori garanzie, che sono state indirizzate ai soggetti finanziatori, sono state inserite anche con l'obiettivo di cercare di rendere il PPP più coinvolgente per amministrazioni, operatori economici ed investitori istituzionali, confermando allo stesso tempo anche il diritto di prelazione per il promotore.

Facendo un *excursus* generale, il PPP viene definito come un'operazione economica all'interno del quale un ente concedente e uno o molteplici operatori economici cercano di lavorare insieme per giungere ad un risultato di interesse pubblico.¹²²

Questa operazione, inoltre, prevede che parte significativa delle risorse finanziarie debba arrivare da soggetti privati, dato il rischio operativo che viene correlato alla realizzazione del progetto e a quella che è la gestione dei servizi che devono essere svolti dai soggetti privati, e che stesso questi si impegnano di assumere.

¹²² Più in particolare, *Una figura di partenariato pubblico privato è il contratto di disponibilità, il quale prevede che il soggetto privato assumendo i rischi provveda alla costruzione e alla successiva messa a disposizione della pubblica amministrazione di un'opera che rimane di proprietà privata anche se destinata all'esercizio di un pubblico servizio. Con il contratto di disponibilità la pubblica amministrazione si sgrava dei rischi legati alla realizzazione ed alla disponibilità dell'opera. All'operatore economico vengono affidate a suo rischio e spese, la progettazione, la costruzione e la messa a disposizione a favore dell'amministrazione di un'opera di proprietà privata destinata all'esercizio di un pubblico servizio a fronte di un corrispettivo, V. Il contratto di partenariato pubblico privato, in www.diritto.it.*

Alla parte che occupa l'ambito privato competerà il dovere di realizzare e gestire il progetto, sotto la sorveglianza e la verifica di colui che svolgerà il ruolo di parte pubblica.

È lo stesso Codice nuovo a trattare al suo interno sia la figura di partenariato pubblico privato contrattuale e sia il partenariato pubblico privato istituzionale, ovvero quello che deve essere realizzato mediante la formazione di un ente partecipato congiuntamente alla parte sia privata che pubblica; a differenza di quello di tipo contrattuale il quale forma l'istituto di carattere generale, dove al suo interno viene disposto ampio spazio per la moltitudine di tipologie contrattuali come ad esempio le concessioni, la locazione finanziaria e il contratto di disponibilità.

Una delle novità fondamentali, introdotte dal nuovo codice, riguarda quella che è la modifica della disciplina del contributo pubblico per raggiungere e mantenere l'equilibrio economico finanziario nelle concessioni.

Rispetto a quanto stabilito dall'art. 165, comma 2 del D.lgs. 50/2016, è stato eliminato quel limite quantitativo del 49% di contributo pubblico disponendo unicamente il necessario rispetto di quelli che sono i contenuti delle sentenze Eurostat per la contabilità pubblica.

Andando nello specifico per quanto attiene la finanza di progetto è disposta l'occasione per gli operatori economici di poter far noto alle amministrazioni proposte relative alla realizzazione di una concessione di lavori o di servizi, sia in riferimento ai progetti che sono presenti all'interno dei mezzi di programmazione che sono stati approvati dalla stessa amministrazione, sia per le iniziative che non sono presenti nei predetti mezzi di programmazione, ma cercando di avanzare delle proposte che abbiano come oggetto delle modalità differenti di realizzazione.

Ulteriore novità è la possibilità per colui che ricopre il ruolo di ente concedente di poter sollecitare i privati a rendersi promotori di iniziative che servono a realizzare dei progetti compresi negli strumenti di realizzazione.

Di grande importanza è la previsione che permette agli investitori istituzionali, per rendere soddisfatta la richiesta dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnici e professionali, di adoperare, integralmente, alle capacità di altri soggetti in sede di gara, attraverso l'associazione o il consorzio con operatori economici possessori di requisiti richiesti dal bando di gara, nel momento in cui gli stessi investitori istituzionali non ne dispongano.

In poche parole, gli investitori istituzionali possono delegare in modo integrale le prestazioni che sono oggetto del contratto di concessione a quelle imprese scelte che dispongono di requisiti richiesti dal bando.

Diversamente dal testo che è stato sottoposto inizialmente all'esame delle camere, il termine assegnato all'ente concedente per una valutazione della proposta è stato mantenuto.

Quindi, entro il termine di 90 giorni, che scattano dalla avvenuta presentazione della proposta, l'ente concedente deve obbligatoriamente valutare l'indice di fattibilità dell'iniziativa, e qualora fosse necessario, ha la facoltà di invitare il promotore all'effettuazione di modifiche necessarie per il raggiungimento dell'approvazione della proposta.

11. Il rito appalti

Il nuovo Codice all'interno dell'art. 209, dispone la modifica del c.d. "rito appalti" il quale viene attuata attraverso la sostituzione completa degli artt. 120,121 e 124 del Codice del processo amministrativo, c.p.a., D.lgs. 104/2010.

Per quanto riguarda le modifiche attuate sull'art 120, le più importanti novità che sono state introdotte dal nuovo Codice sono l'instaurazione dell'obbligo di indicare, in tutti quelli che sono gli atti di parte e i provvedimenti del giudice, quale è il codice identificativo di gara, riconosciuto anche con acronimo CIG, con ulteriore possibilità da parte del giudice di procedere anche d'ufficio alla sua integrazione attraverso l'utilizzo del procedimento di correzione di errore materiale.

Inoltre, confermato il termine di giorni trenta per sottoporre l'impugnazione decorrente per quello che è il ricorso principale e per quelli che sono i motivi aggiunti, che decorre dalla ricezione della comunicazione ai sensi dell'art. 90 del nuovo Codice, ovvero dalla comunicazione attraverso il quale le stazioni appaltanti comunicano, entro 5 giorni, o l'aggiudicazione, o la data di avvenuta stipulazione del contratto.

Nuova è la disposizione del comma 6 del nuovo articolo 120, attraverso cui *“in caso di istanza cautelare, all'esito dell'udienza in camera di consiglio e anche in caso di rigetto dell'istanza, il giudice provvede ai necessari approfondimenti istruttori.”*

Anche il comma 7, dello stesso articolo, subisce delle modifiche il quale stabiliscono che le successive impugnazioni fatte tramite il ricorso per motivi aggiunti di quegli atti che sono successivi e relativi alla stessa procedura di gara non potranno essere soggetti al pagamento del contributo unificato.

Per quanto concerne l'art. 121, riguardante le varie ipotesi di inefficacia del contratto per motivi che includono delle gravi violazioni, vengono apposte solo delle correzioni che sono sostanzialmente formali.

L'articolo 124 del c.p.a. viene solo integrato e rinominato come *“tutela in forma specifica e per equivalente”*.

Le modifiche che sono state apportate tendono, in prima luogo, a cercare di allargare la cognizione del giudice amministrativo anche al campo delle azioni risarcitorie e alle azioni di rivalsa proposte, sia dalla stazione appaltante che dal soggetto terzo pretermesso, all'operatore economico il quale si è reso attore di un comportamento illecito, ovvero un comportamento che sia contrario alla buona fede e correttezza, che ha portato alla determinazione di un esito della gara illegittimo.

Tali modifiche fanno sì che la disposizione si allinei con quanto previsto dall'art.5 del nuovo Codice, il quale predispose il principio di buona fede e alla tutela dell'affidamento in quelle che sono le procedure ad evidenza pubblica.

Novità introdotta dal nuovo Codice è quella inserita nel comma 3 dell'art. 124 del c.p.a., il quale introduce nell'ambito della materia di appalti un nuovo meccanismo speciale di liquidazione del danno.

L'intento è quello di cercare di incentivare la parte danneggiata a formulare in termini ristretti una proposta congrua alla reale entità del danno provocato, cercando di evitare quella che è la proposizione di domande risarcitorie con separato e autonomi giudizi.

Ulteriori modifiche vengono fatte per quanto attiene il rito accesso, il quale, nell'ambito degli appalti, deve essere accelerato prevedendo un termine di 10 giorni per la sua asserzione, ulteriori 10 giorni per la formazione delle parti che sono intimiate e la sua definizione in camera di Consiglio, dopo il quale viene fatta una sentenza in forma semplificata che verrà pubblicata entro 5 giorni dalla discussione.

12. Disposizioni transitorie, di coordinamento e abrogazioni

Attraverso la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del D.lgs. n. 36/2023, il quale è stato emanato in attuazione dell'art. 1 della legge delega n. 78 del 21 giugno 2022, vi è una riforma sistematica della disciplina dei contratti pubblici, con la ricezione delle indicazioni sul PNRR.

Il nuovo Codice dei contratti è formato da 229 articoli e le ultime disposizioni, ovvero quelle numero 224-229, vanno a disciplinare il regime transitorio e l'uniformità tra il vecchio e nuovo Codice.

Il regime transitorio risulta particolarmente complesso e articolato posto che:

le uniche norme a trovare applicazione, dopo il 1° aprile 2023, saranno quelle riguardanti il collegio consultivo tecnico e disposizioni in tema di digitalizzazione, trasparenza, accesso agli atti, verifica del possesso dei requisiti, avranno efficacia a partire dal 1° gennaio 2024; infine continueranno ad essere applicate, fino al 31 dicembre 2023, talune disposizioni del Codice dei contratti pubblici e dei Decreti semplificazioni, inoltre anche quelle riguardanti la pubblicazione dei bandi.

Però le disposizioni appartenenti al vecchio Codice rimarranno applicabili alle gare in corso in particolare facendo riferimento a:

1. le procedure e i contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano stati pubblicati prima del 1 luglio 2023;
2. in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, le procedure e i contratti in relazione ai quali, alla data in cui il codice acquista efficacia, siano stati già inviati gli avvisi a presentare le offerte;
3. per le opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di costruzione, oggetto di convenzioni urbanistiche o atti assimilati comunque denominati, i procedimenti in cui le predette convenzioni o atti siano stati stipulati prima del 1° luglio 2023;
4. per le procedure di accordo bonario di cui agli articoli 210 e 211, di transazione e di arbitrato, le procedure relative a controversie aventi a oggetto contratti pubblici, per i quali i bandi o gli avvisi siano stati pubblicati prima del 1 luglio 2023, ovvero, in caso di mancanza di pubblicazione di bandi o avvisi, gli avvisi a presentare le offerte siano stati inviati prima della suddetta data.

Le stesse linee guida dell'ANAC, le quali sono un punto di riferimento per il D.lgs. 50/2016, in data 1 luglio danno voce alle disposizioni del Nuovo Codice e dei suoi 38 allegati, in quanto tale nuovo codice ha le caratteristiche del "Self-executing" dal momento che non viene richiesta alcuna norma o regolamento da seguire, a differenza di quanto era previsto dal vecchio Codice.

13. Il ruolo delle A.T.I nella riforma del Codice dei Contratti Pubblici

All'articolo 68 del nuovo Codice dei contratti pubblici, vengono illustrati i cardini normativi dei Raggruppamenti temporanei di imprese e dei Consorzi ordinari di concorrenti a essi assimilati, nel contesto della disciplina dei contratti pubblici.¹²³

¹²³ L'art. 68 del D.Lgs. n. 36/2023, rubricato "Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici", prevede testualmente che:

"1. È consentita la presentazione di offerte da parte dei soggetti di cui all'articolo 65, comma 2, lettera e) e lettera f), anche se non ancora costituiti. In tal caso l'offerta deve essere sottoscritta da tutti gli operatori economici che costituiranno i raggruppamenti temporanei o i consorzi ordinari di concorrenti e deve contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, gli stessi operatori conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, da indicare in sede di offerta e qualificato come mandatario, il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti.

2. Fatto salvo quanto previsto dal comma 4, in sede di offerta sono specificate le categorie di lavori o le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati, con l'impegno di questi a realizzarle.

3. I raggruppamenti temporanei non possono essere obbligati ad avere una forma giuridica specifica ai fini della presentazione di un'offerta o di una domanda di partecipazione.

4. Le stazioni appaltanti possono:

a) imporre ai raggruppamenti di operatori economici di assumere una forma giuridica specifica dopo l'aggiudicazione del contratto, nel caso in cui tale trasformazione sia necessaria per la buona esecuzione del contratto;

b) specificare nei documenti di gara le modalità con cui i raggruppamenti di operatori economici ottemperano ai requisiti in materia di capacità economica e finanziaria o di capacità tecniche e professionali, purché ciò sia proporzionato e giustificato da motivazioni obiettive.

5. Per la costituzione del raggruppamento temporaneo gli operatori economici devono conferire, con un unico atto, mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, detto mandatario.

6. Il mandato deve risultare da scrittura privata autenticata. La relativa procura è conferita al legale rappresentante dell'operatore economico mandatario. Il mandato è gratuito e irrevocabile e la sua revoca, anche per giusta causa, non ha effetto nei confronti della stazione appaltante. In caso di inadempimento dell'impresa mandataria è ammessa la revoca del mandato collettivo speciale di cui al comma 5 al fine di consentire alla stazione appaltante il pagamento diretto nei confronti delle altre imprese del raggruppamento.

7. Al mandatario spetta la rappresentanza esclusiva, anche processuale, dei mandanti nei confronti della stazione appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto, anche dopo il collaudo, o atto equivalente, fino all'estinzione di ogni rapporto. La stazione appaltante, tuttavia, può far valere direttamente le responsabilità facenti capo ai mandanti.

8. Il rapporto di mandato non determina di per sé organizzazione o associazione degli operatori economici riuniti, ognuno dei quali conserva la propria autonomia ai fini della gestione, degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali.

9. L'offerta degli operatori economici raggruppati o dei consorziati determina la loro responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante, nonché nei confronti del subappaltatore e dei fornitori. Nell'ipotesi di cui al comma 4, lettera a), la responsabilità solidale di cui al primo periodo concorre con quella del soggetto giuridico nel quale il raggruppamento temporaneo o il consorzio ordinario si sono trasformati. Nel caso di cui al comma 4, lettera a) e nell'ipotesi in cui i concorrenti riuniti o consorziati indicati dal consorzio come esecutori, anche in parte, dei lavori dopo l'aggiudicazione costituiscono tra loro una società anche consortile, ai sensi del Libro V del Titolo V, Capi III e seguenti del codice civile, per l'esecuzione unitaria, totale o parziale, dei lavori, la responsabilità solidale di cui al primo periodo concorre con quella del soggetto giuridico nel quale il raggruppamento temporaneo o il consorzio ordinario si sono trasformati a far data dalla notificazione dell'atto costitutivo alla stazione appaltante e, subordinatamente, alla iscrizione della società nel registro delle imprese. In tale ipotesi la società subentra, senza che ciò costituisca ad alcun effetto subappalto o cessione di contratto e senza necessità di autorizzazione o di approvazione, nell'esecuzione totale o parziale del contratto.

10. Le stazioni appaltanti possono richiedere ai raggruppamenti di operatori economici condizioni per l'esecuzione di un appalto diverse da quelle imposte ai singoli partecipanti, purché siano proporzionate e giustificate da ragioni oggettive.

11. I raggruppamenti e i consorzi ordinari di operatori economici sono ammessi alla gara se gli imprenditori o altro raggruppamento che vi partecipano, oppure gli imprenditori consorziati, abbiano complessivamente i requisiti relativi alla capacità economica e finanziaria e alle capacità tecniche e professionali, ferma restando la necessità che l'esecutore sia in possesso dei requisiti prescritti per la prestazione che lo stesso si è impegnato a realizzare ai sensi del comma 2. Si applicano in quanto compatibili le disposizioni contenute nell'allegato

12. Se il singolo concorrente o i concorrenti che intendano riunirsi in raggruppamento temporaneo hanno i requisiti di cui al presente articolo, possono raggruppare altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando, a condizione che i lavori eseguiti da queste ultime non superino il 20 per cento dell'importo complessivo dei lavori e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna sia almeno pari all'importo dei lavori che saranno ad essa affidati.

13. Tutti i partecipanti al raggruppamento e al consorzio ordinario possiedono i requisiti generali di cui agli articoli 94 e 95.

14. La partecipazione alla gara dei concorrenti in più di un raggruppamento o consorzio ordinario, ovvero in forma individuale qualora abbiano partecipato alla gara medesima in raggruppamento o consorzio ordinario, determina l'esclusione dei medesimi se sono integrati i presupposti di cui all'articolo 95, comma 1, lettera d), sempre che l'operatore economico non dimostri che la circostanza non ha influito sulla gara, né è idonea a incidere sulla capacità di rispettare gli obblighi contrattuali.

15. È vietata l'associazione in partecipazione sia durante la procedura di gara sia successivamente all'aggiudicazione. La modifica dei consorzi e dei raggruppamenti è ammissibile nei termini indicati dall'articolo 97 e dal comma 17 del presente articolo.

16. L'inosservanza di quanto prescritto al comma 15 comporta l'esclusione dei concorrenti riuniti in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti, nonché l'annullamento dell'aggiudicazione o la risoluzione del contratto.

17. È ammesso il recesso di una o più imprese raggruppate, sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire. Il recesso è ammesso anche se il raggruppamento si riduce a un unico soggetto.

18. Le previsioni di cui al comma 17 trovano applicazione anche con riferimento ai soggetti di cui all'articolo 65, comma 2, lettere b), c), d) e f).

19. In caso di procedure ristrette o negoziate oppure di dialogo competitivo l'operatore economico invitato individualmente o il candidato ammesso individualmente nella procedura di dialogo competitivo può presentare offerta o trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti.

20. Il presente articolo trova applicazione, in quanto compatibile, nella partecipazione alle procedure di affidamento delle aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete, di cui all'articolo 65, comma 2, lettera g); queste ultime, nel caso in cui abbiano tutti i requisiti del consorzio stabile di cui all'articolo 65, comma 2, lettera d), sono ad esso equiparate ai fini della qualificazione SOA".

Come già illustrato prima, tali fattispecie costituiscono uno schema organizzativo attraverso il quale molteplici imprese decidono di associarsi per concorrere in modo congiunto ad una gara d'appalto.¹²⁴

Quindi, le principali novità che sono state introdotte dal nuovo Codice, D.lgs. 36/2023, riguardante la materia dei raggruppamenti e dei consorzi, afferiscono la partecipazione alle procedure e la regolamentazione di quelle che sono le quote che vengono conferite ai soggetti che fanno parte del raggruppamento ai fini della qualificazione e della esecuzione del contratto, nonché il derivato regime di responsabilità che viene posto in capo agli stessi soggetti economici raggruppati, così come previsto dai commi 2,9,11 e 14 dell'articolo sopra citato del Codice dei contratti pubblici.

Tali nuove discipline derivano dal pronunciamento della Corte di Giustizia UE il quale, con riguardo a tale profilo, ha cercato di qualificare l'incompatibilità delle disposizioni appartenenti al nostro ordinamento rispetto a quei principi e precetti disciplinati dal diritto UE e dalle direttive UE le quali si occupano della materia.

Infatti, il quadro normativo in materia è influenzato dal diritto UE e, più precisamente, dalle direttive europee le quali regolamentano l'argomento.

Tuttavia, le disposizioni inserite all'interno dell'art.68 vanno a riprendere i contenuti della normativa precedente stabilita dal D.lgs. n. 50/2016 e dai relativi provvedimenti attuativi.

Inoltre, si sottolinea che la nuova disciplina, riguardante i contratti pubblici, ha cancellato l'ipotesi prevista nell'art. 83, comma 8, del D.lgs. n.50/2016, il quale obbliga[va] alla capogruppo del raggruppamento in ogni caso di "possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria".

Infatti, rispetto a quanto previsto dalla Corte di Giustizia UE nel 2022, "I commi 1, 2, 6 e 7-bis dell'art. 48 del decreto legislativo n. 50 del 2016, sono superati da Corte di giustizia, sez. IV, 28 aprile 2022 in causa C-642/20 (punti 38, 39 e 40: nonostante gli artt. 19 e 63 direttiva, non è ammissibile che uno Stato membro predetermini le modalità esecutive all'interno del raggruppamento). In base a detta pronuncia, l'art. 83, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016, imponendo all'impresa mandataria del raggruppamento di operatori economici di eseguire le

¹²⁴ In materia di raggruppamenti e consorzi, v. R. De Nictolis, Appalti pubblici e concessioni dopo la legge "sblocca cantieri", cit., pp. 641 ss.; A. Cianflone, G. Giovannini, L'appalto di opere pubbliche, cit., pp. 528 ss.

prestazioni “in misura maggioritaria” rispetto a tutti i membri del raggruppamento, fissa una condizione più rigorosa di quella prevista dalla direttiva 2014/24”.¹²⁵

Successive pronunce da parte del giudice amministrativo hanno confermato e richiamato tale principio, dandogli un’attuazione immediata con la disapplicazione della norma dell’ordinamento interno.¹²⁶

Quindi, come noto, quelle che sono le sentenze della Corte di Giustizia dell’Unione Europea che sono state emanate nel contesto di un rinvio pregiudiziale non possono essere vincolanti unicamente per il giudice che ha posto la questione, ma devono avere effetto anche su qualsiasi altro caso dove debba essere decisa l’applicazione della stessa disposizione di diritto comunitario interpretata dalla Corte.

Dopodiché, la Corte di Cassazione ha specificato che le sentenze emanate dalla Corte di Giustizia hanno efficacia “ultra partes”, andando a formare una fonte

¹²⁵ Cfr. Corte di Giustizia UE, sez. IV, 28 aprile 2022, C-642/20 (c.d. sentenza “Caruter”), alla cui stregua “L’articolo 63 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale secondo la quale l’impresa mandataria di un raggruppamento di operatori economici partecipante a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico deve possedere i requisiti previsti nel bando di gara ed eseguire le prestazioni di tale appalto in misura maggioritaria”. In tema, cfr. A. Massari, Per la Corte di Giustizia UE l’obbligo della mandataria di possedere i requisiti ed eseguire in misura maggioritaria l’appalto non è conforme alle direttive, 9 maggio 2022, in www.appaltiecontratti.it, Maggioli Editore; G. F. Maiellaro, A. A. Talivo, Le quote ATI tra diritto interno e diritto europeo: l’incompatibilità UE dei limiti di legge generali e astratti, 14 giugno 2022, in www.appaltiecontratti.it, Maggioli Editore.

¹²⁶ V. Consiglio di Stato, sez. V, 3 gennaio 2023, n. 69; id., sez. VII, 31 maggio 2022, n. 4425. Con la predetta sentenza n. 69/2023, segnatamente, il Supremo Consesso ha acclarato che “Secondo la pronunzia della Corte di Giustizia, per un verso l’art. 83, comma 8, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, imponendo all’impresa mandataria del raggruppamento di operatori economici di eseguire le prestazioni “in misura maggioritaria” rispetto a tutti i membri del raggruppamento, vale a dire di eseguire la maggior parte delle prestazioni dell’appalto, fissa una condizione più rigorosa di quella prevista dalla direttiva n. 2014/24/UE (e dunque con essa non compatibile); per altro verso, quand’anche la capacità di svolgere compiti essenziali rientrasse nella nozione di “capacità tecnica” delineata dalla direttiva, una norma come quella contenuta nell’art. 83, comma 8, terzo periodo del Codice dei contratti pubblici, che obbliga il mandatario del raggruppamento di operatori economici ad eseguire direttamente la maggior parte dei compiti, va al di là di quanto consentito dalla direttiva. (...). L’interpretazione della norma in esame non può infatti che essere condotta allume dei principi espressi dalla Corte di Giustizia, e dunque nell’ottica di salvaguardare la finalità, perseguita dalla normativa dell’Unione in materia, di “incoraggiare la partecipazione di raggruppamenti come le associazioni temporanee di piccole e medie imprese alle gare di appalto pubbliche” e, quindi, “di aprire gli appalti pubblici alla concorrenza più ampia possibile e di facilitare l’accesso delle piccole e medie imprese”. (...) non possa più operare, in conseguenza della pronunzia della Corte di Giustizia, l’eterointegrazione del bando di gara nel senso prospettato dalla sentenza di primo grado, non essendo conforme al diritto comunitario la disciplina interna che obbliga la mandataria del raggruppamento di imprese a possedere i requisiti previsti nel bando di gara ed eseguire le prestazioni dell’appalto in misura maggioritaria: pertanto, a fortiori, l’esclusione dell’ATI appellante non poteva conseguire alla mancata indicazione in misura maggioritaria delle quote di esecuzione in capo alla mandataria capogruppo”.

aggiuntiva di diritto comunitario.¹²⁷ Però tali sentenze non vanno a formare delle nuove norme comunitarie, ma denotano il loro significato e limiti d'applicazione, che producono un'efficacia erga omnes nella Comunità.

Secondo quanto stabilito, quindi, la specificazione di singoli vincoli su quelle che sono le modalità di ripartizione delle quote e modalità esecutive del raggruppamento temporaneo d'impresa viene commissionata alle stazioni appaltanti, intanto che agli stati membri viene affidata la facoltà di intervenire sui requisiti di qualificazione.

Di conseguenza viene ostacolata, tramite la riforma della disciplina, la riproposizione della distinzione tra quelle che sono le A.T.I orizzontali e A.T.I verticali, il quale si fondava sulla direttiva di una quota maggioritaria vertente in capo alla capogruppo del raggruppamento.

Le norme attuali, inoltre, stabiliscono che l'offerta venga presentata dal raggruppamento sulla base di un mandato collettivo, senza la previsione di ulteriori prescrizioni nei termini già specificati, comportando quella che è la responsabilità solidale dei partecipanti all'entità complessiva.

Bisogna porre una sostanziale differenza tra le disposizioni previste dall'art. 68 rispetto a quelle citate in precedenza.

Al comma 1 di tale articolo, ripropone l'oggetto del comma 8, art. 48 del D.lgs. 50/2016, stabilendo la facoltà di presentare l'offerta, per ottenere l'affidamento dei contratti pubblici, in capo all'A.T. I e consorzi ordinari fondata sulla base di un mandato collettivo speciale con rappresentanza che viene attribuito a un soggetto che fa parte del raggruppamento.

Al comma 2, come anche notificato dalla Relazione illustrativa, viene ripresa la necessità di indicare, all'interno della sede di offerta, quelle che sono le quote di esecuzione delle prestazioni fra gli operatori economici che partecipano al raggruppamento, essendo un elemento distintivo rispetto all'avvalimento. Viene, successivamente, definito che, in aggiunta *“la necessità di presentare un impegno all'esecuzione da parte dei partecipanti al raggruppamento, con l'indicazione della parte del contratto cui si riferisce; inoltre, la stazione appaltante può imporre vincoli esecutivi”*.

Il comma 3 stabilisce, come regola generale, l'applicazione del principio di neutralità di quelle che sono le forme giuridiche, facendo riferimento ai

¹²⁷ Cassazione, sez. I, 26 aprile 2022, n. 13066.

raggruppamenti, i quali non possono essere costretti ad assumere una forma diversa e specifica per poter partecipare alla procedura di affidamento di contratti pubblici.

Al comma 4 viene ripetuto quanto già previsto dall'art 45, comma 3, del D.lgs. 50/2016, il quale permette alle stazioni appaltanti di prescrivere, all'interno dei documenti di gara, una specifica forma giuridica che bisogna assumere in riferimento a quelle che sono le particolari esigenze e caratteristiche dell'appalto.

Inoltre, all'interno del comma 4, vengono date delle definizioni riguardanti le modalità con il quale i R.T.I. devono soddisfare i requisiti richiesti per l'assegnazione a condizione che sia proporzionato e giustificato da delle motivazioni reali.

Ai commi 5, 6, 7 e 8 l'art. 68 de quo disciplina le regole di costituzione e funzionamento dei raggruppamenti, sulla base del conferimento del mandato, specificandone le regole senza recare novità al riguardo, in continuità con quanto previsto dalle precedenti previsioni di cui ai commi 12, 13, 15 e 16 dell'art. 48 del D.Lgs. n. 50/2016.

Facendo riferimento alle novità riguardanti il superamento dell'istituto dei raggruppamenti verticali e orizzontali, il comma 9 dell'articolo in questione disciplina la responsabilità solidale dei soggetti che fanno parte del raggruppamento, adattando e effettuando quanto già disposto dall'art.48, comma 5, del D.lgs. 50/2016, collegandosi a quanto previsto dal comma 4, precedentemente esaminato, con unica precisazione sul punto che *“ Nel caso di cui al comma 4, lettera a) e nell'ipotesi in cui i concorrenti riuniti o consorziati indicati dal consorzio come esecutori, anche in parte, dei lavori dopo l'aggiudicazione costituiscono tra loro una società anche consortile, ai sensi del Libro V del Titolo V, Capi III e seguenti del codice civile, per l'esecuzione unitaria, totale o parziale, dei lavori, la responsabilità solidale di cui al primo periodo concorre con quella del soggetto giuridico nel quale il raggruppamento temporaneo o il consorzio ordinario si sono trasformati a far data dalla notificazione dell'atto costitutivo alla stazione appaltante e, subordinatamente, alla iscrizione della società nel registro delle imprese”*.

Il decimo comma dell'art. 64, riferendosi a quanto prestabilito dall'articolo 45, predispone l'occasione di chiedere nuovamente ai raggruppamenti delle condizioni per riuscire ad eseguire un appalto o concessione differenti da quelle richieste ai singoli operatori, in tal modo si riesce a confermare le caratteristiche della

continuità alla normativa in punto di attuazione dell'art.19, par.2, della direttiva 2014/24/UE.

Il comma 11, dell'esaminato articolo, *“stabilisce che i raggruppamenti temporanei e i consorzi ordinari sono ammessi se gli imprenditori partecipanti al raggruppamento, ovvero gli imprenditori consorziati, sono in possesso dei requisiti relativi alla capacità economica e finanziaria e alle capacità tecniche e professionali (Cons. St., sez. V, 31 marzo 2022, n. 2367), ferma restando la necessità che l'esecutore sia in possesso dei requisiti prescritti per l'esecuzione. Ivi è stata aggiunta (secondo periodo) la previsione di rinvio alle disposizioni contenute negli artt. Da 60 a 96 del d.P.R. n. 207 del 2010”*.

Tale disposizione, cerca di allargare il campo della regola generale anche ai contratti pubblici di servizi e forniture, il quale viene stabilita inizialmente solo per gli appalti di lavori pubblici, che stabilisce il necessario possesso di quelli che sono i requisiti prescritti per l'esecuzione in capo a ogni operato del raggruppamento, in relazione alla parte di prestazioni che devono essere svolte dallo stesso soggetto operatore.¹²⁸

Allo stesso modo, l'istituto delle imprese cooptate, precedentemente disciplinate dall'art.92, comma5, del D.P.R n. 207/2010, viene disciplinato dal comma 12 dell'articolo in esame che prevede *“che, laddove il singolo concorrente o i concorrenti che intendano riunirsi in raggruppamento temporaneo possiedano i requisiti previsti dall'art. 68 medesimo, essi possano raggruppare altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando, a*

¹²⁸ Sul punto si è pronunciato il Consiglio di Stato, sez. V, 24 maggio 2022, n. 4123; id., sez. IV, 4 gennaio 2021, n. 39.

In particolare, per mezzo della citata pronuncia n. 4123/2022, i giudici di Palazzo Spada hanno accertato che, nel quadro della disciplina normativa antecedente al D.Lgs. n. 36/2023, *“(…) dopo la sentenza dell'Adunanza plenaria 28 aprile 2014, n. 27 non può dubitarsi che, negli appalti di servizi e forniture, non vige più ex lege il principio di necessaria corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa e la quota della prestazione di rispettiva pertinenza, essendo la relativa disciplina rimessa alle disposizioni della lex specialis della gara; rientra pertanto nella discrezionalità della stazione appaltante sia stabilire il fatturato necessario per la qualificazione delle imprese, sia la fissazione delle quote che devono essere possedute dalle imprese partecipanti ai raggruppamenti (ex multis, Cons. Stato, sez. V, 2 dicembre 2019, n. 8249; III, 17 giugno 2019, n. 4025; III, 22 maggio 2019 n. 3331; III, 26 febbraio 2019 n. 1327; III, 21 gennaio 2019, n. 487 e n. 488)” (Cons. Stato, V, 12 febbraio 2020, n. 1101). Né la conclusione raggiunta trova smentita nel principio di diritto recentemente espresso con decisione dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio, 27 marzo 2019, n. 6, riferendosi quest'ultimo ai soli appalti di lavori (per i quali trova applicazione la disciplina speciale di cui all'art. 92, comma 2, del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207), laddove l'odierna vertenza concerne un appalto di servizi, per il quale trovano dunque applicazione i consolidati principi sovra richiamati” (Cons. Stato, V, 13 novembre 2019, n. 7805)”*.

condizione che i lavori eseguiti da queste ultime non superino il venti per cento dell'importo complessivo dei lavori e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna sia almeno pari all'importo dei lavori che saranno ad essa affidati”.

In continuità con quello che è il regime vigente, secondo quanto previsto dal comma 13, devono possedere tutti quelli che sono i requisiti genarli coloro che fanno parte del raggruppamento e del consorzio ordinario.

Invece, dal comma 14 dell'art.68 de quo, secondo anche quanto previsto e disciplinato dall'art 67, comma 4 riferito alla materia di consorzi non necessari, è stata aggiunta la previsione secondo cui la collaborazione del partecipante di un R.T.I. ad una gara in qualunque altra forma comporta all'esclusione dello stesso qualora sussistono i requisiti che permettono l'applicazione dell'eccezione del “unico centro decisionale”, tranne nell'ipotesi in cui il soggetto dimostri che tale circostanza non sia idonea ad influenzare la gara e a compromettere la capacità di adempiere agli obblighi contrattuali.

Ciò è conforme a quanto previsto ed illustrato dalla procedura di infrazione 2018/2273.

Rispetto a quanto previsto dal vecchio Codice, il nuovo regime normativo cambia l'assetto, conformandosi a quelli che sono i principi europei, che si caratterizzano per un approccio sostanzialista e inclusivo nella regolamentazione dell'accesso degli operatori economici alle procedure di affidamento.

In tal modo, si abroga la precedente proibizione assoluta di contemporanea partecipazione autonoma del soggetto ricoprente le vesti di operatore economico, il quale partecipa alla stessa gara come appartenente al raggruppamento, permettendo una flessibilità maggiore per quanto riguarda la sostituzione del soggetto raggruppato durante la fa di gara o in aggiudicazione.

Il comma 15 riprende la disposizione prevista nel comma 9 dell'art.48 del D.lgs. n.50/2016, il quale non permette l'associazione in partecipazione.

Per quanto riguarda la materia di esclusione dei concorrenti riuniti in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti e quella riguardante l'annullamento dell'aggiudicazione o di risoluzione del contratto, vengono previste dal comma 16 dell'art.68 che riprende quanto già previsto dall'art.48, comma 10, del D.lgs. n. 50/2016.

Invece, con il comma 17 del nuovo Codice, si ripropone la disposizione precedentemente presente all'art.48, comma 19, il quale permette la modifica del raggruppamento solo mediante recesso di uno o più operatori, anche con il pericolo che il raggruppamento si riduce ad un unico soggetto, solo con la condizione che le rimanenti imprese dispongano dei requisiti di qualificazione richiesti dalla stazione appaltante per poter operare e partecipare alla gara di appalto pubblico.¹²⁹

¹²⁹ In tal senso Consiglio di Stato, Ad. Pl., 25 gennaio 2022, n. 2; Consiglio di Stato, sez. V, 10 novembre 2022, n. 9864; id., sez. V, 8 febbraio 2022, n. 899.

Nella specie, con la pronuncia n. 9864/2022, il Consiglio di Stato ha chiarito che, in ordine alla modifica soggettiva di un raggruppamento, l'ipotesi del recesso di una o più imprese dallo stesso ai sensi dell'art. 48, comma 19, del D.Lgs. n. 50/2016 *"(...) attiene ad una modificazione della composizione del raggruppamento derivante da una autonoma manifestazione di volontà di recedere dal raggruppamento stesso, da parte di una o più delle imprese raggruppate, senza che sia verificato nessuno dei casi contemplati dai commi 17 e 18, ma solo come espressione di un diverso e contrario volere rispetto a quello di partecipare, in precedenza manifestato. Ed il recesso in tanto è ammesso, non tanto in base ad una più generale valutazione dei motivi che lo determinano, ma in quanto le imprese rimanenti "abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire" e sempre che la modifica soggettiva derivante dal recesso non sia "finalizzata ad eludere un requisito di partecipazione alla gara". In tal senso, siffatte previsioni, ivi compreso il comma 19 dell'art. 48 succitato, costituiscono "norme di eccezione alla norma generale (...)" e prevedono "(...) una pluralità di esclusioni a tale principio". Siffatta sentenza, peraltro, nel richiamare quanto statuito dall'Adunanza Plenaria in materia, con riferimento alle disposizioni contenute nel precedente Codice di cui al D.Lgs. n. 50/2016, ha precisato che "(...) i commi 17-19-ter dell'art. 48 del D.Lgs. n.50/2016), così come interpretati dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato di recente in quattro pronunce (del 27.3.2019, n. 6, del 27.5.2021, nn.9 e 10 e, da ultimo, del 25.1.2022, n. 2), non ammettano la possibilità di apportare modifiche soggettive alla compagine di un RTI in caso di sopravvenuta perdita dei requisiti speciali di partecipazione (nella specie dell'attestazione SOA), essendo la sostituzione interna limitata all'ipotesi in cui una delle componenti del raggruppamento perda i requisiti generali di partecipazione di cui all'art. 80 del Codice, anche in corso di gara, e dovendo ritenersi che le esigenze organizzative per l'operatività di un RTI in riduzione non possano venire in rilievo laddove si debba per contro fronteggiare alla perdita in capo ad una delle imprese del costituendo RTI dei requisiti speciali di partecipazione".*

Lo stesso Supremo Consesso, per mezzo della citata sentenza n. 899/2022, sempre con riguardo all'assetto delle precedenti previsioni di cui al D.Lgs. n. 50/2016, ha ripercorso i recenti arresti giurisprudenziali che hanno caratterizzato il dibattito sul tema, rimarcandone gli approdi conclusivi come in appresso:

"3.1. Ai sensi dell'art. 48, comma 9, del Codice dei contratti: "è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei ... rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta". Tale regola (immutabilità soggettiva dei concorrenti) soffre di due eccezioni: la prima è prevista dal successivo comma 17 e riguarda la "mandataria", la quale può essere sostituita al ricorrere di alcune tassative ipotesi e, tra queste, anche in caso di concordato preventivo (come nella specie). Condizione di fattibilità di tale sostituzione è che l'impresa subentrante abbia gli stessi requisiti di qualificazione necessari per eseguire l'appalto; la seconda eccezione è prevista dal comma 18 e riguarda la "mandante", la quale può essere sostituita al ricorrere delle stesse ipotesi (sottoposizione a fallimento o comunque ad altre procedure concorsuali) ed alle stesse condizioni di cui al comma 17.

La questione della modificazione soggettiva è stata nel tempo risolta, dalla giurisprudenza, nel senso che essa debba avvenire soltanto "per sottrazione" (ossia mediante subentro di soggetti già appartenenti al raggruppamento) e mai "per addizione" (ossia mediante soggetti esterni al raggruppamento medesimo). La sostituzione unicamente interna riguarda la figura sia del mandatario (comma 17) sia del mandante (comma 18).

Tale disposizione, che presenta continuità con quelle precedenti riguardanti la stessa materia, è voce di una deroga al principio di invariabilità soggettiva del raggruppamento e, in tal senso, adotta solo in via eccezionale e in casi specifici la possibilità di modificare le compagnie, limitandosi alla riduzione del raggruppamento stesso e non all'aggiunta di soggetti ex novo, rispettando il principio di concorrenza, correttezza e trasparenza che regolano le procedure di appalto pubblico in questione.

Quindi, lecito ritenere, ancora oggi, che l'unica modificazione ammessa sia quella per sottrazione attraverso soggetti esterni al raggruppamento medesimo.

Il nuovo Codice, al comma 18, riproduce le disposizioni dell'art.48, comma 19-bis, del D.lgs. n.50/2016, prevedendo l'applicabilità della facoltà di recesso, ai sensi del precedente comma 17 dell'art.68 del Codice ai soggetti di cui all'art.65, comma 2, del medesimo provvedimento, ovvero ai consorzi di cooperative, tra imprese artigiane, stabili, e ai consorzi ordinari di concorrenti.

Il comma 19, anch'esso riprende le disposizioni previste dall'art.48, comma 11, del D.lgs. n. 50/2016, adottando la possibilità in capo al soggetto economico di presentare un'offerta o di negoziare per conto proprio o come mandatario di operatori riuniti, nel caso di quelle che sono procedure ristrette o negoziate.¹³⁰

In questi esatti termini si è definitivamente indirizzata la Adunanza plenaria, con sentenza n. 10 del 27 maggio 2021, la quale ha ribadito l'impossibilità di ricorrere ad un soggetto esterno all'ATI per la sostituzione non solo della mandataria ma anche della mandante."

¹³⁰ In merito alla possibilità o meno, da parte di un concorrente singolo nell'ambito di procedure di gara in cui è prevista una prima fase di "prequalifica", di presentare offerta quale componente di un raggruppamento composto anche da operatori economici "esterni", ovvero sia non già ammessi e prequalificati" nella stessa gara, si sono invero registrati orientamenti giurisprudenziali contrastanti, attesa la sussistenza di pronunce che: da un lato, hanno offerto una indicazione favorevole alla formazione di un raggruppamento con la partecipazione anche di un soggetto non già prequalificato a una procedura ristretta, affermando che "(...) la possibilità per l'impresa prequalificata ed invitata individualmente alla procedura ristretta di presentare l'offerta quale mandataria di operatori riuniti, ancorché non invitati alla procedura, è espressamente contemplata dall'art 48, comma 11, del d.lgs. 50/2016, che nel riproporre identica disposizione di cui al previgente art. 37, comma 12, del d.lgs. 163/2006, ha previsto che "In caso di procedure ristrette o negoziate (...) l'operatore economico invitato individualmente (...) ha facoltà di presentare offerta o di trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti" (v. TAR Umbria, sez. I, 6 settembre 2018, n. 494, confermata da Consiglio di Stato, sez. III, 30 gennaio 2019, n. 751); dall'altro, hanno invece circoscritto l'ipotesi di formazione di un raggruppamento tra soli concorrenti già prequalificati, ritenendo consentito all'operatore economico di modificare, in sede di offerta, la propria composizione soggettiva nei termini di cui sopra, aggregando all'uopo, però, soltanto imprese già prequalificate nell'ambito della stessa procedura. Alla stregua di questo indirizzo, sarebbe legittima l'aggregazione esclusivamente fra soggetti già prequalificati e invitati alla gara, poiché solo in tal modo le modifiche eventualmente operate si pongono in continuità con gli adempimenti preselettivi già svolti dalla stazione appaltante, nel rispetto dei principi di buon andamento della pubblica amministrazione, par condicio e di identità giuridica e sostanziale tra gli operatori prequalificati (così TAR Lazio, sez. I bis, 18 novembre 2020, n. 12084; TAR Lazio, sez. II bis, 23

Infine, l'ultimo comma dell'art.68, ovvero il comma 20, contempla l'applicabilità delle disposizioni contenute nello stesso articolo alla partecipazione alle procedure di affidamento delle aggregazioni tra quelle che sono le società che aderiscono al contratto in rete, in continuità rispetto a quanto previsto ante dall'art.48, comma14, del D.lgs. n. 50/2016.

maggio 2019, n. 6352; Corte di giustizia UE, sezione V, 11 luglio 2019, C-697/17, Telecom Italia S.p.A; TAR Puglia, Lecce, sez. III, 28 gennaio 2019, n. 156; limitatamente alla fase cautelare, cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 16 novembre 2018, ord. n. 5515; TAR Lazio, sez. II bis, 10 febbraio 2018, n. 1880; Consiglio di Stato, sez. VI, 20 febbraio 2008, n. 588). In quest'ottica, il Giudice Amministrativo ha reputato dunque legittimo l'approccio restrittivo assunto dalla stazione appaltante nei casi sottoposti alla sua valutazione, riconoscendo e apprezzando la finalità cui è mirata questa scelta, ovverosia quella di preservare, in coerenza con la tipologia di gara individuata, l'attività di controllo già svolta dalla pubblica amministrazione. Più di recente, sono intervenute in proposito due sentenze (Consiglio di Stato, sez. V, 16 gennaio 2023, n. 532 e TAR Sardegna, sez. II, 23 giugno 2020, n. 355, non appellata), alla cui stregua si reputano ammissibili modificazioni soggettive dell'operatore economico nel segmento procedimentale collocato tra l'indagine di mercato e la presentazione dell'offerta, anche nella direzione della costituzione di raggruppamento con soggetti che non abbiano presentato una manifestazione di interesse per la partecipazione alla medesima procedura. Invero, le sentenze appena richiamate sono chiare nell'affermare tale principio con riferimento al caso di procedure negoziate, poiché l'indagine di mercato "(...) non fa parte della procedura di gara", mentre non offrono indicazioni parimenti chiare e specifiche rispetto alle procedure ristrette. Nella specie, siffatte pronunce affermano, preliminarmente, che "(...) la fase di prequalifica fa parte della procedura di gara", salvo poi precisare in conclusione che "Nelle procedure articolate su più segmenti procedimentali (procedure ristrette, negoziate, dialogo competitivo) la dottrina è praticamente unanime nel ritenere la praticabilità delle modificazioni soggettive dell'operatore partecipante prima della presentazione dell'offerta. In verità, anche la giurisprudenza aveva da tempo risolto la questione affermando che è possibile operare, nel periodo antecedente alla presentazione delle offerte, modificazioni alla compagine del soggetto invitato alla gara, sia esso impresa individuale che associazione temporanea, sempreché le stesse non siano tali da incidere in modo negativo sulla qualificazione del soggetto medesimo e quindi sul possesso da parte dello stesso dei necessari requisiti (Consiglio di Stato, sez. V, 2 dicembre 2002, n. 6619). Ma, come già si è osservato, lo stesso art. 48 del Codice vieta le modificazioni soggettive del RTI rispetto all'impegno "presentato in sede di offerta" (cfr. in particolare TAR Sardegna n. 355/2020, citato). Da queste ultime pronunce della giurisprudenza, dunque, non è dato ricavare indicazioni chiare e specifiche sul tema qui in rilievo, poiché in esse si sostiene che è possibile modificare il raggruppamento prima dell'offerta, senza tuttavia precisare la possibilità che il raggruppamento modificato annoveri anche soggetti che non abbiamo "partecipato" alla prima fase di gara – la "prequalifica", per l'appunto – che è pacificamente ritenuta un segmento della gara vera e propria (a differenza delle indagini di mercato).

CONCLUSIONI

Il presente lavoro ha cercato di illustrare nei suoi vari aspetti la disciplina del RTI, mettendo in risalto il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla modifica soggettiva dei raggruppamenti temporanei di imprese susseguitosi nel corso degli anni e ha illustrato nel dettaglio la disciplina introdotta dal nuovo Codice dei Contratti pubblici.

Più in particolare, l'*empasse* sulla possibilità di modificare la compagine soggettiva del RTI anche in corso di gara, è stata risolta dall'emblematica sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 2 del 2022, stabilendo che è ammessa la modifica del raggruppamento temporaneo di imprese in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui al predetto art. 80 (che disciplina i c.d. requisiti di ordine generale o di moralità), non solo in fase di esecuzione, ma anche in fase di gara, alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata dei commi 17, 18 e 19 ter dell'art. 48 del Codice dei contratti pubblici.

Pertanto, laddove si verifichi questa ipotesi di perdita dei requisiti, la stazione appaltante in forza del principio di partecipazione procedimentale deve interpellare il raggruppamento nell'ipotesi in cui lo stesso voglia procedere ad una riorganizzazione del proprio assetto interno, ed è tenuta ad assegnare, analogamente al soccorso istruttorio, un congruo termine per tale riorganizzazione.

Conseguentemente, la giurisprudenza ha risolto un interrogativo che da tempo era oggetto di dibattito tra le corti italiane ed europee.

Di fondamentale importanza, inoltre, è stata l'introduzione del nuovo Codice dei Contratti pubblici, D.Lgs. n. 36 del 2023, che ha segnato una svolta nella disciplina dei Contratti pubblici.

Più in particolare, appare palese che il Legislatore abbia scelto di redigere un codice che sia immediatamente "autoesecutivo" consentendo da subito una piena conoscenza dell'intera disciplina da attuare.

Ed invero, si è inteso dare un senso effettivo ad alcune parole chiave, spesso utilizzate in tema di contratti pubblici anche al fine di ridurre il rischio di fenomeni corruttivi: digitalizzazione, trasparenza, qualificazione, accelerazione, intesa come massima velocizzazione delle procedure nella sua concreta fattibilità, rapidità insieme alla certezza nei tempi di affidamento, esecuzione e pagamenti alle imprese, digitalizzazione, completa, delle procedure e la interoperabilità delle

piattaforme, tutela, dando piena attuazione alla delega a protezione dei lavoratori e delle imprese.

In conclusione, oltre alla palese necessità di accompagnare la conoscenza del codice con i contenuti della buona amministrazione che rappresentano la chiusura del cerchio di una PA che si muova in un contesto fattuale dato e che non si limiti ad applicare norme avulse dalla realtà, il nuovo codice sembra porsi in sostanziale continuità con il regime previgente, rispetto al quale le novità non appaiono significativamente impattanti; si registra, però, il proposito di conferire chiarezza alla disciplina e fornire uno strumento maggiormente intellegibile per gli operatori del settore.

BIBLIOGRAFIA

A. Cianflone, G. Giovannini, *“L’appalto di opere pubbliche”*, Giuffrè Editore, 2018.

A. Massari, *“Per la Corte di Giustizia UE l’obbligo della mandataria di possedere i requisiti ed eseguire in misura maggioritaria l’appalto non è conforme alle direttive”*, Maggioli Editore, 9 maggio 2022, in www.appaltiecontratti.it.

A. Ross, *“Diritto e giustizia”*, trad. a cura di G. Gavazzi, Einaudi editore, Torino, 1965.

Bruno, Mariani, *“I Contratti pubblici dopo il decreto PNRR”*, Ed. Key, 2021.

Bando - tipo ANAC n. 1 del 2021 par. 11, in www.anticorruzione.it.

C. Zucchelli, *“L’avalimento”*, in R. De Nictolis - R. Garofoli - M.A. Sandulli (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019.

Delibera A.N.AC. n. 1343 del 20 dicembre 2017, www.anticorruzione.it.

Dossier di One Legale, *“Il nuovo Codice dei contratti pubblici”*, 20 aprile 2023.

F. Caringella, *“Manuale di diritto amministrativo”*, VII edizione, Dike Giuridica, 2014.

F. Durante, *“Associazioni temporanee di imprese e negozi collegati nel codice dei contratti pubblici”*, Giappichelli Editore, 2017.

F. Gazzoni, *“Manuale di diritto privato”*, Ed. Scientifiche Italiane, 2021.

F. Modugno, *“Ordinamento giuridico (dottrine)”*, in Enc. dir., Milano, 1980.

G. F. Maiellaro, A. A. Talivo, *“Le quote ATI tra diritto interno e diritto europeo: l’incompatibilità UE dei limiti di legge generali e astratti”*, Maggioli Editore, 14 giugno 2022, in www.appaltiecontratti.it.

G. Fumel e F. Casciaro, *“I raggruppamenti temporanei di imprese nell’evoluzione normativa e giurisprudenziale”*, Maggioli Editore, 2021.

G. Guzzardo, *“Imprese alleate e avalimento “infragruppo” dei requisiti di partecipazione alle pubbliche gare”*, in Foro amm., 2007.

M.A. Sandulli, *“Ancora sui rischi dell’incertezza delle regole (sostanziali e processuali) e dei ruoli dei poteri pubblici”*, in Federalismi (editoriale), 2018.

M.A. Sandulli, *“La risorsa giudice amministrativo”*, in *Questione Giustizia*, 1/2021.

M.A. Sandulli, *“Principi e regole dell’azione amministrativa. Riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale”*, in Federalismi (editoriale), 2017.

N. Sersale, A. Tiraboschi, *“La partecipazione aggregata alle gare e l’avalimento”*, Giuffrè Editore, 2015.

S. Fantini, H. Simonetti, *“Le basi del diritto dei contratti pubblici”*, Giuffrè Editore, 2022.

Parere ANAC n. 68 del 10 aprile 2014, in www.anticorruzione.it.

R. Garofoli - G. Ferrari, *“Manuale dei Contratti Pubblici”*, Nel Diritto Editore, 2023.

R. De Nictolis, *“Appalti pubblici e concessioni dopo la legge “sblocca cantieri”*, Zanichelli Editore, 2020.

T. Mazzaresse, *“Antinomia”*, in Dig. disc. priv., Torino, 1989.

RIVISTE GIURIDICHE

Rivista Azienditalia, *“Pillole del nuovo codice appalti”*, n. 5, 1 maggio 2023.

Rivista Il Quotidiano Giuridico, 12 aprile 2023.

Rivista Giurisprudenza italiana, n. 8-9, 1 agosto 2022.

Rivista Urbanistica e appalti, n. 5, 1 settembre 2022.

SITI WEB

<https://www.anticorruzione.it/>

<https://www.appaltiecontratti.it/>

<https://www.brocardi.it/>

<https://www.codiceappalti.it/>

<https://www.giustizia-amministrativa.it/>

<https://www.ildirittoamministrativo.it/>

<https://onelegale.wolterskluwer.it/>

<http://www.salvisjuribus.it/>