Appalti pubblici: limitata la possibilità di modificare il raggruppamento

11 Luglio 2021

Deve essere esclusa la sostituibilità, in corso di gara, della mandante e della mandataria con altro operatore economico esterno al raggruppamento (c.d. sostituzione per addizione).

Tale fattispecie non rientra infatti tra le **eccezioni al generale divieto di qualsiasi modifica alla composizione dei raggruppamenti temporanei** e dei consorziati esecutori indicati in sede di offerta.

E' quanto deciso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 27 maggio 2021, n. 10 intervenuta sulla possibilità di sostituire, in corso di gara, l'impresa mandataria fallita (o comunque assoggettata ad una procedura concorsuale) con un'altra impresa, esterna all'originario raggruppamento di imprese.

1. Inquadramento normativo

La **tendenziale immodificabilità soggettiva dell'operatore economico**, partecipante alla gara in forma di raggruppamento temporaneo di imprese, **è sancito in modo espresso** dall'art. 48, comma 9, del d. lgs. n. 50 del 2016, ossia **il vigente codice dei contratti pubblici**, che **vieta qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei** e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta, pena l'annullamento dell'aggiudicazione e la nullità del conseguente contratto d'appalto stipulato.

Le **eccezioni previste** nello stesso articolo sono ammissibili soltanto qualora riguardino **motivi indipendenti dalla volontà del soggetto partecipante** alla gara **e** trovino giustificazione **nell'interesse della stazione appaltante** alla continuazione della stessa.

Al di fuori delle ipotesi normativamente previste, riprende vigore il divieto, volto a presidiare anche la complessiva serietà delle imprese che partecipano alla gara, onde garantire la migliore affidabilità del futuro contraente dell'amministrazione (*cfr.* TAR Campania, 8 aprile 2019, n. 1929).

In particolare, l'**art. 48 del Codice** dei contratti permette (sulla estensione alla fase di gara vedi comma. 19-ter) il subentro alla mandante o alla consorziata inizialmente non indicata tra le esecutrici (comma 7-bis) nei casi:

1. **tassativamente indicati** ovvero di procedure concorsuali, morte, interdizione, inabilitazione o fallimento qualora si tratti di imprenditore individuale (comma 18, modificato dal d.lgs. n. 14 del 2019);
2. di "***perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80***", concernente le cause di esclusione di natura soggettiva (comma 18 e, sul punto, le richiamate pronunce di Cons. St., sez. V, 28 gennaio 2021, n. 833, Cons. St., sez. V, 27 agosto 2020, n. 5255 nonché l'ANAC nella delibera n. 555 del 12 giugno 2011 su istanza di parere precontenzioso).
3. previsti dalla **normativa antimafia** (comma 18);
4. di **fatti o atti sopravvenuti**, con riferimento ai soli Consorzi stabili (comma 7–bis);

5. di **recesso** di una o più imprese raggruppate/consorziate (comma 19).

I casi *sub a.*, *b.* e *c.* **sono applicabili anche alla mandataria** (art. 48, co. 17).

Con particolare riferimento al caso sub *c.,* relativo alla **disciplina antimafia**, la stessa Adunanza Plenaria, in commento, ricorda la rigorosa disposizione (art. 95, comma 1, del d. lgs. n. 159 del 2011) secondo cui è possibile la **sostituzione interna della sola impresa mandante**, eventualmente colpita da provvedimento interdittivo antimafia ed estromessa anteriormente alla stipulazione del contratto, e non della mandataria.

Tale disposizione è stata approfondita nella Delibera n. 988 del 18 novembre 2020**,** con cui l'ANAC ha chiarito che la mandataria colpita da interdittiva antimafia non può:

- **conservare la propria posizione** all'interno dell'ATI aggiudicataria, **nonostante la successiva sottoposizione alla misura del controllo** giudiziario in quanto tale misura non ha effetto retroattivo;
- **non può essere sostituita dalla mandante**, nel caso in cui la perdita dei requisiti venga riscontrata in corso di gara e non in fase di esecuzione e pertanto la sostituzione porti a eludere la carenza di un requisito di partecipazione.

Nei casi sub *d.* ed *e.* viene specificato che la modifica soggettiva **non deve essere comunque finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara**. In questi casi si deve quindi distinguere fra "mancanza" originaria, che comporta sempre l'esclusione, e "perdita" sopravvenuta di un requisito già sussistente alla data della domanda di partecipazione (art. 48, co. 19).

2. L'analisi dell'Adunanza plenaria

L'Adunanza Plenaria, anzitutto, ricorda che **la procedura di gara** assume il carattere di **strumento di scelta** non solo dell'offerta migliore, ma anche del **contraente più affidabile**, (a cui è, da ultimo, riconducibile il **principio di tendenziale immodificabilità soggettiva**) per cui deve quindi riconoscersi l'essenzialità dell'identità e delle qualità personali dell'appaltatore (vedi contratti *intuitus personae*), quale "*specchio fedele*" della gara stessa, e della sua tendenziale incedibilità, ammessa solo a determinate condizioni dalla legge.

Per tale motivo, le **deroghe al suddetto principio devono essere applicate in modo tassativo** (oltreché rispondere ad un preciso interesse pubblico) e, in passato, sono state consentite dal Consiglio di Stato solo per sottrazione, laddove motivate da ragioni riorganizzative e, per la sola fase esecutiva, anche per il venir meno, eventualmente, di uno dei requisiti generali dei partecipanti.

In merito all'art. 48 del Codice, l'Adunanza Plenaria ritiene dunque che:

1. **il comma 18**, correttamente interpretato, intende disciplinare **la prosecuzione del rapporto contrattuale tra la stazione appaltante e i rimanenti soggetti del raggruppamento, mandatario e mandanti**, non certo – e quasi surrettiziamente – introdurre *ab externo* un terzo soggetto mandante nell'esecuzione di un rapporto contrattuale tra l'originario raggruppamento aggiudicatario e la stazione appaltante,
2. **il comma 17 conferma** (*cfr.*., su questo punto, Corte cost., 7 maggio 2020, n. 85), **la «*prosecuzione del rapporto*» tra i medesimi soggetti**, esclusa, appunto, la mandataria colpita dall'evento ostativo, da sostituirsi con uno dei mandanti, purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori ancora da eseguire. Non sussistendo tali condizioni, la

«*stazione appaltante deve recedere dal contratto*».

Ciò posto, l'Adunanza Plenaria, ritiene che **le disposizioni dell'art. 48 del Codice non intendano certo "sanzionare" gli altri incolpevoli partecipanti** al raggruppamento, ma semplicemente che l'interesse del raggruppamento non possa prevalere su quell'o dell'amministrazione per un malinteso senso della concorrenza che, paradossalmente, produrrebbe effetti anticoncorrenziali a livello più generale (vedi Corte di Giustizia nella propria giurisprudenza e dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 85 del 2020).

3. Il principio espresso della Corte

In ragione di quanto sopra evidenziato, secondo l'Adunanza plenaria, in risposta ai quesiti posti dal Consiglio di Giustizia, devono essere affermati i seguenti principî di diritto:

1. l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter, del Codice, "*consente **la sostituzione meramente interna** del mandatario o del mandante … 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 … 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*";
2. l'evento che conduce alla sostituzione meramente interna, **deve essere portato dal raggruppamento a conoscenza della stazione appaltante**, laddove questa non ne abbia già avuto o acquisito notizia, per consentirle di assegnare al raggruppamento un congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno.

4. Considerazioni finali

La pronuncia ripropone *(vedi in proposito* Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 4 maggio 2012 n. 8*)* **la distinzione tra mutamenti additivi** (con l'aggiunta di nuove imprese) **e mutamenti restrittivi** (con la mera uscita di imprese già comprese nel R.T.I. e la permanenza in esso di sole imprese anch'esse già facenti parte della compagine associativa), **chiarendo che i primi determinano l'insorgenza di una frizione con il principio di immutabilità** dei partecipanti o, per meglio dire, con la ratio ad esso sottesa, volta ad escludere condotte elusive alla preventiva verifica dei requisiti in capo ai partecipanti.

Da ciò discende **che i mutamenti di tipo additivo**, quale si configura quello richiesto dalla ricorrente nella fattispecie oggetto di causa, **non devono essere ritenuti ammissibili**. **Gli altri casi**, peraltro, ponendosi come derogatori rispetto a un principio fondamentale e strumentale alla tutela della concorrenza, **vanno comunque considerati tassativi e di stretta interpretazione**.

Ad avviso dell'ANCE, **la posizione dell'Adunanza plenaria appare molto limitativa** per lo strumento dell'ATI, soprattutto in esecuzione quando una modificazione additiva non andrebbe ad incidere sulla concorrenza.

Tale possibilità sarebbe peraltro coerente con quanto già ammesso per i consorzi stabili, a cui il codice dedica il comma 7-bis dell'art. 48 citato, consentendo sempre e comunque di "*designare ai fini dell'esecuzione dei lavori o dei servizi, un'impresa consorziata diversa da quella indicata in sede di*

gara”.

Ciò nell’interesse della stazione appaltante al completamento dell’opera e in coerenza con le **ragioni pro-concorrenziali che hanno portato la Corte di Giustizia Ue** (vedi sentenza del 3 giugno 2021, causa C-210/20) a concedere all’impresa di **sostituire in gara l’ausiliaria** che abbia fornito false dichiarazioni.