RTI: ammessa modifica soggettiva anche in fase di gara per illeciti professionali

8 Febbraio 2022

In caso di perdita dei requisiti di partecipazione da parte del mandatario o di una delle mandanti, **è consentita la modifica soggettiva in riduzione del raggruppamento temporaneo** di imprese, non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara.

La **stazione appaltante è** quindi **tenuta ad interpellare il raggruppamento e**, altresì, ad **assegnare un congruo termine** per la predetta riorganizzazione.

Lo ha stabilito, prendendo atto dei diversi orientamenti, il Consiglio di Stato, in Adunanza Plenaria, con la sentenza n. 2 del 25 gennaio 2022 in cui è stata quindi disposta, sui suddetti presupposti, la restituzione del giudizio alla Sezione V rimettente per la decisione sul merito.

a. Fattispecie all'attenzione della Sezione remittente

La Sezione V del Consiglio di Stato, prima di rivolgersi all'Adunanza Plenaria, era stata chiamata a pronunciarsi **sulla legittimità dell'immediata esclusione di un RTI** dalla gara per l'affidamento dei "*lavori di ampliamento della terza corsia tratto Firenze Sud – Incisa*", **previo rigetto** – da parte della stazione appaltante – **della richiesta di autorizzazione alla modifica soggettiva in riduzione** proposta dal raggruppamento.

Infatti, secondo la stazione appaltante, **la modifica in fase di gara del RTI non era prevista dal** d.lgs. n. 50 del 2016, **codice dei contratti pubblici, nel caso** di "*significative e persistenti carenze nell'esecuzione di precedenti contratti d'appalto*" (causa di risoluzione per inadempimento), come pure di condotte qualificabili come "*gravi illeciti professionali*" (riscontrabili – nella fattispecie in esame – a carico del consorzio stabile mandante) ossia **di cause di esclusione ex all'art. 80** dello stesso codice (nello specifico, rispettivamente comma 5, lett. "c" e "c – ter").

La Sezione V, preso atto che il TAR Toscana (sent. Sez. II, 10 febbraio 2021, n. 217) aveva accolto il ricorso del raggruppamento, **riscontrava però una insuperabile antinomia del testo normativo e**, quindi, adottava l'ordinanza 18 ottobre 2021 n. 6959, con cui **chiedeva** al Supremo Consesso **la soluzione dei seguenti quesiti**:

– "*se sia possibile [...] 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 [...] non solo in fase di esecuzione, ma anche in fase di gara*";

– in caso di risposta positiva al primo quesito, "*precisare la modalità procedimentale con la quale detta modifica possa avvenire [...]*".

b. Inquadramento normativo

Come è noto, l'art. 48, comma 9, del codice prevede, in via generale, il **divieto di modificazione**

della composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti "*rispetto a quella risultante dall'impegno in sede di offerta*", fatto salvo quanto disposto ai successivi commi 17 e 18, che costituiscono ipotesi di "eccezione" al predetto principio generale.

I suddetti comma 17 (con riferimento al mandatario) e comma 18 (con riferimento ad uno dei mandanti) attengono a **vicende soggettive** (ostative all'istaurazione o alla persecuzione del rapporto con la stazione appaltante), puntualmente indicate, **conseguenti ad eventi sopravvenuti** rispetto al momento di presentazione dell'offerta da parte del raggruppamento.

A questi ultimi due commi, si aggiunge il successivo comma 19, che ammette il **recesso volontario da parte di una o più delle imprese raggruppate**, laddove 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*".

Da un lato, dunque, il comma 9 dell'art. 48 del codice introduce un principio generale di "immodificabilità" della composizione del raggruppamento; dall'altro lato, i commi 17, 18 e 19, quali norme di eccezione alla norma generale, introducono una pluralità di esclusioni a tale principio.

Con la riformulazione del codice da parte del primo correttivo (d.lgs. 56/2017), è stato, tuttavia, contraddittoriamente stabilito che l'immodificabilità permane nel caso di perdita, in fase di gara, dei requisiti generali (ex art. 80 del codice) da parte del soggetto raggruppato e, al contempo, precisato che "*le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verifichino in fase di gara*" (comma 19-ter, art. 48).

c. Pregressa decisione dell'AP

Sul problema interpretativo delle eccezioni previste dai commi 17, 18 e 19-ter dell'art. 48 del codice si era già parzialmente espressa l'Adunanza Plenaria, con sentenza 27 maggio 2021 n. 10, **ammettendo esclusivamente le modifiche**:

a. **riduttive** o cd. "in diminuzione" **del raggruppamento,** ossia la sostituzione meramente interna del mandatario o del mandante di un RTI con un altro soggetto, già appartenente al raggruppamento stesso, in possesso dei requisiti necessari all'esecuzione;

b. **non finalizzate ad eludere la mancanza di un requisito** di partecipazione alla gara;

c. **prontamente comunicate alla stazione appaltante**, per consentirle – a sua volta – di assegnare al raggruppamento un congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno.

Di contro, secondo l'Adunanza Plenaria, **una modifica sostituiva c.d. per "addizione"** – che si verificherebbe con l'introduzione nella compagine di un soggetto ad essa esterno – **avrebbe costituito *ex se* una deroga non consentita al principio della concorrenza e alle regole di correttezza e trasparenza**, in violazione di quanto prevede attualmente l'art. 106, comma 1, lett. d), n. 2, del Codice, più in generale, per la sostituzione dell'iniziale aggiudicatario.

d. Antinomia normativa

Come evidenziato dalla Plenaria, il problema interpretativo dell'art. 48 del codice è stato ingenerato da una "*antinomia normativa [...], frutto di* ***una tecnica legislativa non particolarmente sorvegliata***".

Motivo per cui **restava aperto il contrasto giurisprudenziale** in merito alla possibile rimodulazione del raggruppamento anche in fase di gara (e non solo nella successiva fase di esecuzione), laddove fosse riscontrata una causa di esclusione, ex art. 80 del codice, a carico del concorrente raggruppato (*cfr.*, ad es., Cons. di Stato, Sez. V, 28 gennaio 2021, n. 833, in cui si esclude la sostituzione del mandante in fase di gara, e id., Sez. III, 2 aprile 2020, n. 2245, di parere opposto).

L'Adunanza Plenaria ha, quindi, ritenuto di dover **superare l'antinomia evidenziata**, in via interpretativa, **facendo riferimento al più generale contesto dei principi costituzionali ed eurounitari** di eguaglianza, di libertà economica e di *par condicio* delle imprese nei confronti delle pubbliche amministrazioni.

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

Per l'effetto, **la stessa Plenaria ha ritenuto ammissibile la modificazione del raggruppamento** anche in caso di sopravvenienza della perdita dei requisiti ex art. 80 in fase di gara, poiché in caso contrario:

a. **si introdurrebbe una disparità di trattamento** tra varie ipotesi di sopravvenienze non ragionevolmente supportata, consentendola comunque in casi che ben possono essere considerati più gravi (vedi quelli previsti dalla normativa antimafia);
b. **si finirebbe per costituire una fattispecie di "responsabilità oggettiva"**, ovvero una inedita e discutibile (e sicuramente non voluta) speciale fattispecie di culpa in *eligendo*, punendo imprese in sé "incolpevoli", riguardando il fatto impeditivo sopravvenuto una sola di esse.

e. Conclusione dell'Adunanza Plenaria

La modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti generali di partecipazione (ex art. 80 del codice) da parte del mandatario o di una delle mandanti, **è quindi consentita non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara**.

In modo non dissimile da quanto avviene ai fini del soccorso istruttorio, quando ciò si verifichi, la stazione appaltante, in ossequio al principio di partecipazione procedimentale, è tenuta a:

a. **interpellare il raggruppamento**, laddove questo non abbia già manifestato la propria volontà, al fine di verificare se questo intenda effettuare una riorganizzazione del proprio assetto;
b. **assegnare** – in caso di risconto positivo – **un congruo termine per la predetta riorganizzazione**, onde consentire allo stesso raggruppamento di poter riprendere la partecipazione alla gara.