

Publicato il 18/10/2021

N. 06959/2021 REG.PROV.COLL.
N. 02512/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA DI RIMESSIONE ALL'ADUNANZA PLENARIA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 2512 del 2021, proposto da

C.M.B. Società Cooperativa Muratori e Braccianti di Carpi in proprio e quale mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con Itinera s.p.a. quale mandante, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Annoni e Giuseppe Morbidelli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Marco Annoni in Roma, via Udine, 6;

contro

Consorzio Stabile Medil s.c.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Abbamonte, Arturo Cancrini, Gianluigi Pellegrino e Mariano Maggi, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

nei confronti

Autostrade per l'Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Arrigo Varlaro Sinisi, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Sebino, 29;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Valori s.c. a r.l. Consorzio Stabile, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avvocato Patrizia Stallone, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana (Sezione Seconda) n. 00217/2021, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autostrade per l'Italia S.p.A. e di Consorzio Stabile Medil s.c.p.a.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 settembre 2021 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Marco Annoni, Giuseppe Morbidelli, Gianluigi Pellegrino, Vagnucci per delega dell'avv. Arturo Cancrini e per Patrizia Stallone, Varlaro;

I. I fatti di causa.

1. Con bando pubblicato in Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana il 14 aprile 2018 A.s.p.i. – Autostrade per l'Italia indicava una procedura di gara ristretta per l'affidamento dei “*lavori di ampliamento della terza corsia tratto Firenze Sud – Incisa, Lotto 2B+1S, da progressiva km*

306+986 a km 318+511”, per importo a base d’asta di € 317.356.622,78.

1.1. Espletata la fase di prequalifica, erano invitati a presentare offerta, tra gli altri, il r.t.i. – raggruppamento temporaneo di imprese con C.M.B. Società cooperativa Muratori e Braccianti di Carpi come mandataria e Itinera s.p.a. quale mandante e il r.t.i. con Consorzio Stabile Medil s.c.p.a. quale mandataria e Consorzio Stabile S.A.C. s.c. a r.l. e Consorzio Stabile Valori s.c. a r.l. quali mandanti.

1.2. Nella graduatoria conclusiva delle operazioni di gara il r.t.i. Medil risultava primo graduato, ed era, pertanto, sottoposto a verifica di congruità ai sensi dell’art. 97, comma 3, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

In corso di espletamento della verifica di anomalia, il 27 aprile 2020 il r.t.i. Medil inviava ad A.s.p.i. una nota con la quale rappresentava la “*possibilità di una mera riduzione della compagine del RTP*” per aver la mandante Consorzio Valori espresso la volontà di recedere dal raggruppamento ai sensi dell’art. 48, comma 19, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50; allegava una tabella con la nuova articolazione delle quote di partecipazione delle imprese al raggruppamento in seguito al recesso della mandante.

1.3. Verificata la congruità dell’offerta, la commissione giudicatrice formulava proposta di aggiudicazione a favore del r.t.i. Medil, il quale, tuttavia, con provvedimento del 27 novembre 2020, veniva escluso dalla procedura di gara.

Nel provvedimento di esclusione, il r.u.p.

- rilevato, preliminarmente, che il recesso del Consorzio Valori e la conseguente richiesta di rimodulazione del raggruppamento formulata dalla capogruppo mandataria, “*non indica[va] in alcun modo*

quali siano le concrete e sopravvenute esigenze organizzative in ragione delle quali la mandante Valori intend[esse] recedere dal costituendo RTI Medi?;

- dato conto di aver, immediatamente prima della presentazione della predetta richiesta di rimodulazione del raggruppamento in seguito a recesso, adottato nei confronti del Consorzio Valori cinque risoluzioni contrattuali per grave inadempimento in fase di esecuzione di altrettanti contratti di appalto di lavori, nonché due provvedimenti di revoca dell'aggiudicazione per suo fatto colpevole, in ragione dei quali era già stata disposta l'esclusione da una procedura di gara in corso di svolgimento e la revoca di un'aggiudicazione per la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) e c-ter) d.lgs. n. 50 del 2016;

- ritenuto che il Consorzio Valori si fosse reso responsabile nei confronti di A.s.p.i. di *“significative e persistenti carenze nell'esecuzione di precedenti contratti d'appalto che hanno causato la risoluzione per inadempimento contrattuale”* rilevanti come causa di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c-ter del codice dei contratti pubblici, come pure di condotte qualificabili come *“gravi illeciti professionali”* di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del codice *“tali da rendere dubbia l'integrità e l'affidabilità”*, per essere gli inadempimenti *“numerosi, ravvicinati nel tempo e coevi allo svolgimento della procedura di gara in oggetto”*;

- rigettava la richiesta di autorizzazione alla modifica soggettiva del raggruppamento in riduzione ai sensi dell'art. 48, comma 19, del codice per mancata esplicitazione delle esigenze organizzative che legittimavano la richiesta di recesso del Consorzio Valori dal raggruppamento e, comunque, considerato il breve lasso di tempo trascorso tra i provvedimenti di risoluzione e di revoca e la comunicazione di recesso, per essere detta richiesta (da ritenersi)

“finalizzata ad eludere la perdita di un requisito di partecipazione alla gara da parte della mandante Valori” in quanto incorsa nelle cause di esclusione di cui all’art. 80, comma 5, lett. c) e c – *ter*) d.lgs. n. 50 del 2016;

- disponeva l’esclusione dalla procedura di gara del r.t.i. Medil per mancanza dei requisiti di cui all’art. 80, comma 5, lett. c) e c – *ter*) d.lgs. n. 50 del 2016 in capo alla mandante Valori.

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, integrato da motivi aggiunti, il Consorzio Stabile Medil s.c.p.a. impugnava il provvedimento di esclusione dalla procedura nonché il successivo provvedimento del 7 dicembre 2020 con il quale la procedura di gara era stata aggiudicata al secondo graduato, il r.t.i. C.M.B..

Il ricorso era articolato sostanzialmente in tre censure:

a) violazione di legge: la stazione appaltante aveva violato il combinato disposto dell’art. 48, commi 17, 18, 19, 19 – *bis* e 19 – *ter*, da leggersi nel senso che la modifica soggettiva del raggruppamento per perdita dei requisiti di partecipazione di cui all’art. 80 del codice dei contratti pubblici da parte del mandatario ovvero di uno dei mandanti non determina l’esclusione del raggruppamento dalla procedura anche se si verifica in fase di gara (oltre che nella fase di esecuzione del contratto);

b) vizi procedurali: la stazione appaltante aveva disposto la sua esclusione senza comunicargli l’avvio del procedimento e, dunque, senza consentirgli di poter partecipare e interloquire sulle supposte ragioni di inaffidabilità e, così, in violazione dell’art. 3 l. n. 241 del 1990;

c) eccesso di potere: le pregresse vicende professionali che avevano portato al giudizio di inaffidabilità nei suoi confronti erano state

ricostruite in maniera inesatta, per cui la decisione di escluderla si fondava su di una motivazione inveritiera, illogica, irragionevole ed era conseguenza di un grave difetto di apprezzamento e di macroscopico sviamento (in gran parte dei casi, si era pervenuti alla risoluzione del contratto non per suoi inadempimenti ma per la condotta della stazione appaltante e le due revoche erano dovute alla negazione del legittimo esercizio della sua facoltà di sciogliersi dal vincolo derivante dall'aggiudicazione).

Si costituivano in giudizio A.s.p.i. e C.M.B. soc. coop.; quest'ultima proponeva ricorso incidentale con il quale contestava la valutazione di congruità dell'offerta del r.t.i. Medil.

2.1. Il tribunale, con la sentenza della sezione seconda, 10 febbraio 2021, n. 217, accoglieva il ricorso e i motivi aggiunti dicendo preferibile la lettura proposta dalla ricorrente delle disposizioni citate nel primo motivo di ricorso nel senso che sia consentita la modifica soggettiva del raggruppamento anche in corso di gara qualora uno dei componenti incorra nella perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80, in quanto:

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

b) coerente con la *ratio* della novella legislativa che aveva introdotto il comma 19 – *ter*) all'interno dell'art. 48 del codice dei contratti

pubblici con l'intento di derogare al principio di immodificabilità alla composizione del raggruppamento per evitare che un intero raggruppamento fosse escluso dalla gara a causa di eventi sopraggiunti comportanti la perdita dei requisiti di ordine generale da parte di un'impresa componente e, così, garantire la partecipazione degli operatori "sani" costituiti in raggruppamento, salvaguardando al contempo l'interesse pubblico della stazione appaltante a non perdere offerte utili;

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

d) supportata dall'interpretazione logica e costituzionalmente orientata: tutte le vicende sopravvenute previste dai commi 17 e 18, per le quali è consentita la modifica soggettiva del raggruppamento in fase di gara, sono altrettanti casi di perdita di requisiti di ordine generale, tutti ugualmente richiesti dall'art. 80 per la partecipazione, onde sarebbe contrario ai principi di ragionevolezza, uguaglianza, proporzionalità e logicità prevedere conseguenze diverse (l'esclusione dalla gara a fronte della permanenza in gara) a seconda che l'impresa raggruppata sia interessata da una procedura fallimentare o raggiunta da una interdittiva antimafia ovvero sia interessata, ad esempio, dalla sopravvenienza di un DURC negativo o di un accertamento sull'avvenuta commissione di un grave illecito professionale, senza che sia possibile, per dar giustificazione, distinguere tra una maggiore imputabilità soggettiva di un evento rispetto ad un altro, visto che in

materia di appalti le cause di esclusione assumono rilievo a livello oggettivo a prescindere dall'atteggiamento psicologico del concorrente;

e) di più facile applicazione a livello pratico, per consentire la continuazione della procedura con il medesimo raggruppamento partecipazione sia pure in diversa composizione.

Per le esposte ragioni il Tar concludeva nel senso che A.s.p.i. avrebbe dovuto consentire la rimodulazione del raggruppamento previa apertura di un dialogo procedimentale.

Il ricorso incidentale di C.M.B. era dichiarato inammissibile e comunque infondato poichè articolato in censure generiche e parziali a fronte della relazione del r.u.p. che appariva puntuale e completa avendo questi scrupolosamente ed analiticamente analizzato la documentazione giustificativa voce per voce e, pur avendo effettivamente rilevato delle sottostime, aveva poi a conclusione della sua analisi ritenuto sostenibile l'offerta economica nel suo complesso, per la presenza di economie e di un margine di utile avente capienza sufficiente ad assorbire i maggiori costi rilevati.

3. Ha proposto appello C.M.B. Società Cooperativa Muratori e Braccianti di Carpi nella qualità indicata in epigrafe; si sono costituite A.s.p.i. e il Consorzio Stabile Medil s.c.p.a. nella qualità indicata in epigrafe.

E' intervenuto in giudizio Valori s.c.a r.l. Consorzio stabile che ha concluso per la reiezione dell'appello.

Con ordinanza del 14 maggio 2021, n. 2583 è stata accolta l'istanza di sospensione degli effetti della sentenza proposta dall'appellante.

In vista dell'udienza pubblica le parti hanno depositato memorie ex art. 73, comma 1, cod. proc. amm., cui sono seguite rituali repliche.

All'udienza del 23 settembre 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

II. *L'appello di C.M.B.*

4. Il primo motivo dell'appello proposto da C.M.B. (con il secondo contesta il rigetto del ricorso incidentale) è diretto a censurare la sentenza di primo grado per *“Error in iudicando. Violazione e falsa applicazione dell’art. 48 del D.Leg.vo n. 50 del 2016 come modificato dall’art. 32 del D.Leg.vo n. 56 del 2017. Violazione dei principi generali che regolano l’immodificabilità dei raggruppamenti temporanei di imprese in sede di gara a tutela della par condicio dei concorrenti?”*: secondo l'appellante va preferita una interpretazione dell'art. 48, commi da 17 a 19 – *ter*), d.lgs. n. 50 del 2016, diversa da quella accolta dal Tar e tale per cui la modifica soggettiva del raggruppamento per perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 del codice da parte della mandataria o di una delle mandanti è consentita a condizione che si verifichi nel corso dell'esecuzione del contratto, non anche in sede di gara.

4.1. Il primo argomento a sostegno di questa tesi è il seguente: i commi 17 e 18, sin dalla loro originaria formulazione, avevano riguardo a vicende sopravvenute nella fase di esecuzione del contratto, il d.lgs. n. 56 del 2017, contestualmente introducendo in essi la possibilità di modificare il raggruppamento temporaneo anche *“in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all’articolo 80”* ed estendendo, con il comma 19 – *ter*), la disciplina delle modifiche soggettive anche a vicende verificatesi in corso di gara, aveva inteso escludere dai casi in cui è consentita la modifica soggettiva in cui in corso di gara proprio la perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 del codice; a voler diversamente opinare, infatti, l'inciso *“in corso di esecuzione”* inserito nelle due disposizioni che non si

dubitava affatto avessero applicazione (a vicende avvenute) in corso di esecuzione, avrebbe una funzione “neutra o al più superflua” come pure aveva ritenuto il giudice di primo grado contravvenendo, però, alla regola interpretativa per la quale occorre sempre ricercare il senso utile di una disposizione normativa.

4.2. Il secondo argomento risiede nella necessità di rendere coerenti le disposizioni che prevedono la modifica soggettiva dei raggruppamenti temporanei di imprese con il principio di necessaria conservazione dei requisiti soggettivi per la partecipazione ad una procedura di gara in capo a ciascun componente del raggruppamento dall'avvio della procedura sino all'aggiudicazione ispirata, a sua volta, ai principi di *par condicio* tra i concorrenti, di celerità e di stabilità del novero dei partecipanti: se la deroga a tale principio è giustificata in fase di esecuzione per l'esigenza di assicurare il completamento dell'opera, non ricorre la medesima esigenza quando la procedura non si è ancora conclusa, né vale la distinzione proposta dal Tar tra originaria mancanza dei requisiti, mai superabile, e perdita sopravvenuta che, invece, potrebbe giustificare la modifica soggettiva.

4.3. Vi sarebbe, poi, valida ragione per distinguere tra sopravvenienze e precisamente tra sottoposizione a procedura concorsuale o applicazione di misura interdittiva antimafia – situazioni per le quali è consentita la modifica del raggruppamento anche in sede di gara – e perdita dei requisiti di cui all'art. 80, vicenda preclusiva della modificazione soggettiva: delle prime due, l'una, la situazione di insolvenza, si può determinare indipendentemente da qualsiasi comportamento dell'operatore economico potendo derivare da ritardi nei pagamenti dei committenti, l'altra, la misura interdittiva ha

natura preventiva e cautelare ed è assunta sulla base di circostanze che prescindono dall'operatività concreta della società, la perdita dei requisiti ex art. 80, invece, attiene direttamente al corretto esercizio dell'attività di impresa.

III. *Le disposizioni rilevanti e la questione problematica.*

5. Per ben esporre le questioni interpretative da rimettere all'Adunanza plenaria e le ragioni che a tanto inducono, è necessario meglio inquadrare la vicenda oggetto del giudizio.

5.1. Il r.t.i. Medil con la nota del 27 aprile 2020 ha espresso alla stazione appaltante la volontà di modificare la composizione del raggruppamento in seguito al recesso della mandante Consorzio Valori.

Tale situazione è prevista e disciplinata dall'art. 48, comma 19, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 per il quale: *“E' ammesso il recesso di una o più imprese raggruppate, anche qualora il raggruppamento si riduca ad un unico soggetto, esclusivamente per esigenze organizzative del raggruppamento e sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire. In ogni caso la modifica soggettiva di cui al primo periodo non è ammessa se finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara”*.

Nel provvedimento di esclusione del r.t.i. Medil dalla procedura, la stazione appaltante ha negato la sua autorizzazione alla modifica soggettiva del raggruppamento per recesso di una delle mandanti proprio perché ritenuta finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione, non essendo emerse (e neppure allegate) le ragioni organizzative che l'avrebbero resa necessaria ed essendo, invece, strettamente ravvicinata (e, dunque, presumibilmente consequenziale) ai provvedimenti di risoluzione di precedenti

contratti di appalto e di revoca di precedenti aggiudicazioni adottati nei confronti del Consorzio Valori.

5.2. Era dunque il recesso della mandante che il raggruppamento intendeva in prima battuta far valere quale causa di modificazione soggettiva in riduzione della compagine, e solo quando la stazione appaltante, negando la sua autorizzazione, ha impedito che l'effetto modificativo dovuto al recesso si producesse, ha assunto rilievo la (diversa) vicenda modificativa costituita dalla perdita di un requisito di partecipazione ex art. 80, comma 5, del codice dei contratti pubblici; negata l'autorizzazione al recesso, però, la stazione appaltante ha contestualmente disposto l'esclusione del r.t.i. Medil dalla procedura senza che questi potesse esprimere un suo diverso intendimento sulle modalità e la formazione con la quale intendeva permanere in gara.

5.3. Per dire corretto o meno l'operato della stazione appaltante è indispensabile, pertanto, risolvere la questione interpretativa che si è già in qualche modo in precedenza delineata e che ora va meglio articolata riportando il dato normativo rilevante.

L'art. 48 del codice dei contratti pubblici è dedicato ai "*Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici*"; i suoi ultimi commi, dal 17 al 19 – *ter*), disciplinano le vicende modificative in senso soggettivo dei raggruppamenti temporanei

Come noto, tali regole costituiscono deroga al divieto di modificazione alla composizione dei raggruppamenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta posto dal comma 9, secondo periodo, dello stesso articolo 48.

Nella loro originaria formulazione, il comma 17 e il comma 18 si occupavano di specifiche sopravvenienze – la sottoposizione a

procedura concorsuale (fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione) ovvero, per il caso di imprenditore individuale, la morte, l'interdizione, l'inabilitazione nonché i casi di perdita dei requisiti per via di provvedimenti previsti dalla normativa antimafia – consentendo rispettivamente la prosecuzione del rapporto di appalto con altro operatore in qualità di mandatario purchè in possesso dei requisiti di qualificazione adeguati ai lavori, servizi o forniture ancora da eseguire, e, per il caso di vicenda relativa ad una delle mandanti, l'indicazione da parte del mandatario di altro operatore economico subentrante ovvero l'esecuzione diretta o a mezzo degli altri mandanti ancora una volta purchè in possesso dei requisiti di qualificazione adeguati ai lavori, servizi o forniture ancora da eseguire.

Giusto il riferimento alla parte di contratto “*ancora da eseguire*” nell'uno come nell'altro comma, era chiaro che la fase cui le disposizioni avevano riguardo era quella di esecuzione del contratto di appalto.

Con l'art. 32, comma 1, lett. h) d.lgs. n. 56 del 2017, c.d. correttivo al codice, il legislatore è intervenuto aggiungendo ai commi 17 e 18 la frase “*ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80*”, e così ampliando le sopravvenienze in grado di determinare la modifica in senso soggettivo del raggruppamento anche ai casi di perdita dei requisiti generali di partecipazione di cui all'art. 80 del codice dei contratti pubblici, ma precisando, pur sempre, che l'ambito rilevante era quello della esecuzione del contratto di appalto.

Contestualmente, tuttavia, era aggiunto il comma 19 – *ter*) del seguente tenore: *“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”*; con ciò le sopravvenienze descritte dai commi 17 e 18 (oltre che dal comma 19, come visto, riferito alla vicenda del recesso di una delle componenti del raggruppamento) hanno assunto rilevanza non più solamente nella fase esecutiva del contratto, ma anche nella fase di gara.

5.4. Ne è sorto un dubbio interpretativo che è ben rappresentato dalle contrapposte letture delle citate disposizioni che è stata data dalle sentenze già ricordate dal giudice di primo grado.

Questa Sezione si è pronunciata con la sentenza 28 gennaio 2021, n. 833 nel senso che a seguito dell'introduzione del comma 19 – *ter*) all'interno dell'articolo 48 è consentita la sostituzione del mandante in fase di gara per le vicende sopravvenute previste dal comma 18 con esclusione, però, della perdita dei requisiti di cui all'art. 80 del codice dei contratti pubblici che, per il medesimo comma 18, è prevista quale causa di sostituzione della mandante nella sola fase di esecuzione; tale conclusione viene argomentata proprio in considerazione della scelta del legislatore che, in uno all'introduzione del comma 19 – *ter*), modificava i commi 17 e 18 specificando che la perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 consentiva, sì, la modificazione del raggruppamento ma sempre che fosse avvenuta *“in corso di esecuzione”* e, dunque, in quanto *“sarebbe, ..., del tutto illogico che l'estensione "alla fase di gara" di cui al comma 19 ter, introdotto dallo stesso 'decreto correttivo' vada a neutralizzare la specifica e coeva modifica del comma 18”*.

Di contro la terza Sezione, con la sentenza 2 aprile 2020, n. 2245, ha ritenuto che il comma 19 – *ter* dell’art. 48 estenda espressamente la modifica soggettiva a tutte le vicende richiamate dai commi 17 e 18 (oltre che dal comma 19), ivi compresa la perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 del codice, anche alla fase di gara, poiché limitarne la portata, in ragione della locuzione “in corso di esecuzione” inserita nei predetti commi, sarebbe in contraddizione palese con il contenuto dispositivo innovativo del nuovo comma, tale da privarlo di significato.

IV. Le ragioni della rimessione all’Adunanza plenaria.

5.5. L’appellante dice sopito il contrasto giurisprudenziale a seguito della pronuncia dell’Adunanza plenaria 27 maggio 2021, n. 10, come dimostrerebbe il fatto che anche della terza Sezione si è infine allineata alla lettura restrittiva della quinta Sezione.

5.6. In effetti, l’Adunanza plenaria, investita della questione (tra le altre proposte dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana) della sostituibilità in corso di gara dell’impresa mandataria fallita o comunque assoggettata ad altra procedura concorsuale con un’altra impresa, esterna all’originario raggruppamento di imprese (c.d. sostituzione per addizione), ha affermato (al par. 23.3.) che “*nella sola fase di esecuzione, peraltro, il legislatore, dopo la riforma apportata dall’art. 32, comma 1, lett. b, del d.lgs. n. 56 del 2017, ha previsto che anche il venir meno di uno dei requisiti di partecipazione, di cui all’art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, in capo ad uno dei componenti – non essendo tale ipotesi applicabile alla fase di gara (v., sul punto, 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 ai sensi dell’art. 211, comma 1, del d. lgs. n. 50 del 2016) – possa giustificare la*

modifica soggettiva, ma sempre e solo interna al raggruppamento perché, diversamente, la fase dell'esecuzione presterebbe il fianco ex post all'aggiramento delle regole della trasparenza e della concorrenza, che presiedono alla fase della scelta del contraente, con l'inserzione postuma di soggetti esterni che nemmeno hanno preso parte alla gara e si troverebbero ad essere contraenti della pubblica amministrazione?"; concetto ribadito al par. 36.

Allo stesso modo risponde al vero che recentemente la terza Sezione con la sentenza 11 agosto 2021, n. 5852 ha rimeditato il proprio orientamento alla luce delle indicazioni interpretative fornite dall'Adunanza plenaria, facendo propri gli argomenti già spesi da questa Sezione nelle pronunce citate dalla stessa Adunanza plenaria per escludere la modificazione in senso riduttivo del raggruppamento in corso di gara in conseguenza della perdita dei requisiti di cui all'art. 80 del codice dei contratti pubblici.

5.7. Nondimeno ritiene il Collegio che vi siano valide ragioni per sottoporre all'Adunanza plenaria la questione dell'esatta interpretazione dei commi 17, 18 e 19 – *ter*) dell'art. 48 del codice dei contratti pubblici, e precisamente:

a) nella sentenza n. 10 del 2021, la modificabilità del raggruppamento per la perdita di requisiti di cui all'art. 80 del codice in capo alla mandataria o ad una delle mandanti in fase di gara è detta non ammissibile *incidentalmente*, nel corso, cioè, della trattazione dedicata alla questione centrale della quale l'Adunanza plenaria era stata investita dal giudice rimettente, e dunque, senza che siano stati spesi argomenti a supporto di tale conclusione, (se non il mero richiamo alle sentenze della Quinta sezione alla delibera dell'Anac), né tantomeno messi a confronto gli opposti orientamenti; è per questo ipotizzabile che il contrasto si riproponga coinvolgendo anche le

altre Sezioni di questo Consiglio di Stato che trattano la materia degli appalti pubblici;

b) l'interpretazione delle disposizioni rilevanti è sicuramente connotata da alto livello di problematicità in quanto:

b.1) il dato letterale, a ben riflettere, non pare decisivo per ricavare la regola della fattispecie: l'inciso "*in corso di esecuzione*" riferito al caso di perdita dei requisiti di partecipazione, senza che lo si dica inutile o superfluo come fatto dal giudice di primo grado, od anche illogico, potrebbe essere stato avvertito dal legislatore come precisazione necessaria per evitare il possibile dubbio interpretativo che il richiamo ai "*requisiti di cui all'art. 80*" vale a dire a quei requisiti – e a quell'articolo del codice – la cui verifica si compie in fase procedurale avrebbe potuto far sorgere circa l'effettivo ambito applicativo della disposizione;

b.2) si aggiunga che risponde a logica l'argomento per il quale se il legislatore, introducendo il comma 19 – *ter* all'interno dell'art. 48, avesse voluto far eccezione alla deroga e ripristinare il principio di immodificabilità del raggruppamento in caso di perdita dei requisiti generali di cui all'art. 80 del codice in fase di gara, la via maestra sarebbe stata quella di operare la distinzione all'interno dello stesso comma 19 – *ter*, senza dar vita ad un arzigogolo interpretativo; rinviando alle "modifiche soggettive" contemplate dai commi 17, 18 e 19, invero, la norma pianamente dice suscettibili di portare alla modifica del raggruppamento in fase di gara tutte le sopravvenienze ivi previste, compresa la perdita dei requisiti generali;

b.3) ad ogni modo non si può negare che occorra superare in sede interpretativa una distonia e contraddizione tra le norme che sembra ricorrere su di un duplice piano:

b.3.1.) sul piano interno, poiché non può negarsi che, a voler seguire una certa interpretazione tra le due possibili, si finisce coll'ammettere la modifica soggettiva del raggruppamento in corso di gara in caso di impresa sottoposta a procedura concorsuale o raggiunta da interdittiva antimafia e non invece nel caso in cui la stessa abbia perduto qualcuno dei requisiti generali di partecipazione: vero che ciascuna vicenda ha la sua peculiarità, ma resta il fatto che la permanenza in gara o l'esclusione di un operatore economico dipende da situazioni che tutte possono essere ricondotte *quoad effectum* (e, dunque unitariamente assunte in sede di interpretazione del dato normativo) alla perdita dell'integrità dell'operatore economico per la sua condotta professionale (es. il mancato versamento di contributi previdenziali o il mancato pagamento dei tributi, ma anche il dubbio circa l'idoneità morale conseguente all'adozione di uno dei provvedimenti della normativa antimafia) o alla perdita dell'affidabilità circa la sua capacità di eseguire le prestazioni oggetto del contratto in affidamento (i pregressi inadempimenti, specialmente se intervenuti con la stessa stazione appaltante, ma anche lo stato di decozione comportante l'assoggettamento alla procedura concorsuale), e delle quali indubbiamente quelle che consentono la modifica soggettiva risultano per più versi maggiormente allarmanti per l'interesse pubblico delle altre per le quali si viole escluso;

b.3.2.) sempre sul piano interno, perché è consentita la modifica soggettiva del raggruppamento anche in caso di perdita dei requisiti di partecipazione *ex art. 80* in fase di esecuzione, quand'ormai la stazione appaltante ha ben poche possibilità di vagliare l'affidabilità del raggruppamento per come riorganizzatosi al venir meno di un

suo componente, con ogni possibile incertezza sulla residua capacità di esecuzione, e non in fase di gara quando è ancora in tempo ad effettuare ogni verifica sui rimanenti componenti;

b.3.3) sul piano esterno, perché se è vero che la deroga al principio di immodificabilità dei raggruppamenti per sopravvenuto assoggettamento a procedura concorsuale di un soggetto aggregato o per adozione nei suoi confronti di una misura prevista dalla normativa antimafia evita che le vicende dell'uno possano ripercuotersi su tutti gli altri, in situazioni in cui non sia incisa la capacità complessiva dello stesso raggruppamento che, riorganizzatosi al suo interno, si ancora in grado di garantire l'esecuzione dell'appalto (da ultimo, così è spiegata la deroga proprio dall'Adunanza plenaria n. 10 del 2021, al par. 25) – a sua volta eliminando quelle giustificate preoccupazioni (di non poter aggiudicarsi e concludere l'esecuzione dell'appalto per *colpa* di uno degli associati) dell'impresa con la finalità di favorire le aggregazioni di imprese, e, in ultima analisi, ampliare il campo degli operatori economici che possono aspirare all'aggiudicazione di pubbliche commesse – è fuor di dubbio, seguendo questa via di ragionamento, queste stesse ragioni possano condurre a dire giustificata la deroga all'immodificabilità del raggruppamento per la perdita dei requisiti generali di partecipazione e, specularmente, a dire non giustificato un diverso trattamento di detta vicenda;

b.3.4.) quanto sopra è tanto più vero ove si consideri che nessuna delle ragioni che sorreggono il principio di immodificabilità della composizione del raggruppamento varrebbero a spiegare in maniera convincente il divieto di modifica per la perdita dei requisiti di partecipazione *ex art. 80* in sede di gara: non la necessità di evitare

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, generali o speciali di partecipazione in quanto, una volta escluso 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 violato solo se all'uno è consentito quel che all'altro è negato, ma qui tutti sono trattati allo stesso modo perché possono alle stesse condizioni pervenire all'aggiudicazione della procedura di gara, ossia a condizione che sia garantito l'integrale e continuativo possesso dei requisiti di partecipazione a partire dalla presentazione della domanda e fino all'esecuzione del contratto, situazione che, a ben vedere, ricorre sempre, quale che sia la ragione per la quale uno dei componenti del raggruppamento viene meno se gli altri sono in grado di garantire con i loro requisiti la corretta esecuzione del contratto;

c) infine, valga la seguente riflessione: per quanto detto in precedenza, se vietare la modifica soggettiva al raggruppamento del quale uno dei componenti sia incorso in perdita dei requisiti di partecipazione in fase di gara, ma che sia comunque capace di eseguire il contratto in affidamento, non apporta alcun vantaggio alla stazione appaltante per la quale, rispettata quest'ultima condizione, quale che sia il numero dei componenti il raggruppamento, resta comprovata l'affidabilità dell'operatore, innegabile, invece, è il vantaggio per le imprese che, da un lato, hanno la necessità di raggrupparsi per poter competere in taluni segmenti di mercato, e

dall'altro, subirebbero ingiustamente effetti negativi di altrui condotte che non hanno in alcun modo potuto evitare.

V. La questione rimessa all'Adunanza plenaria.

5.8. In conclusione, è rimessa all'Adunanza plenaria la seguente questione: 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.

5.9. In caso di risposta positiva alla prima domanda, si richiede, poi, di precisare la modalità procedimentale con la quale detta modifica possa avvenire, se, cioè, la stazione appaltante sia tenuta, anche in questo caso, ed anche qualora abbia già negato la autorizzazione al recesso che sia stata richiesta dal raggruppamento per restare in gara avendo ritenuto intervenuta la perdita di un requisito professionale, ad interpellare il raggruppamento, assegnando congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno tale da poter riprendere la propria partecipazione alla gara.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), non definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, ne dispone il deferimento all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

Manda alla segreteria della sezione per gli adempimenti di competenza, e, in particolare, per la trasmissione del fascicolo di causa e della presente ordinanza al segretario incaricato di assistere all'adunanza plenaria.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 settembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Giovanni Grasso, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

L'ESTENSORE
Federico Di Matteo

IL PRESIDENTE
Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO