

## **Modificabilità della composizione del RTI: per l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è possibile la modifica soggettiva in corso gara del RTI in caso di perdita dei requisiti ex art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016 da parte della mandataria o di una delle mandanti (Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 25 gennaio 2022, n. 2).**

### **PREMESSA**

Con sentenza n. 2 del 25 gennaio 2022 l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, risolvendo definitivamente il contrasto giurisprudenziale sul tema, ha affermato l'importante principio secondo cui ai sensi dell'art. 48, commi 17, 18, e 19 ter del D.Lgs. n. 50/2016 (anche solo "Codice") è possibile la modifica soggettiva del Raggruppamento Temporaneo di Imprese ("RTI") in corso di gara in caso di perdita dei requisiti ex art. 80 del Codice da parte dell'impresa mandataria o di una delle imprese mandanti.

### **IL CASO**

Il RTI aggiudicatario era stato escluso in ragione della perdita dei requisiti ex art. 80, comma 5, lett. c) e c-ter) del Codice nel corso della procedura da parte di una delle mandanti che era stata destinataria di plurime risoluzioni contrattuali e revoche di aggiudicazione, da parte della medesima stazione appaltante.

Il giudice di primo grado (TAR Toscana, sez. II, sentenza 10 febbraio 2021, n. 217) ha accolto il ricorso avverso il provvedimento di esclusione, ritenendo che ai sensi dell'art. 48, commi 17, 18, e 19 ter del Codice fosse consentita la modifica soggettiva del raggruppamento anche in corso di gara, qualora uno dei componenti fosse incorso nella perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80. In tale ipotesi, la stazione appaltante avrebbe dovuto dunque consentire la rimodulazione del raggruppamento previa apertura di un dialogo procedimentale, invece che disporre l'esclusione.

In sede di appello promosso dal controinteressato, con ordinanza 8 ottobre 2021 n. 6959, la V sezione del Consiglio di Stato, dato atto del contrasto di orientamenti giurisprudenziali registrati sull'interpretazione dell'art. 48 commi 17-19 ter, nonché dei principi enunciati sul tema dalla stessa Adunanza Plenaria nella precedente sentenza 27 maggio 2021, n. 10, ha richiesto all'Adunanza Plenaria di chiarire se le disposizioni in questione consentano o

meno la modifica soggettiva del RTI 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 e, in caso risposta positiva, quali debbano essere le modalità procedurali con le quali detta modifica debba avvenire.

## LA SENTENZA

L'Adunanza Plenaria ha operato in primis una ricognizione delle disposizioni normative in questione.

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 in sede di domanda di partecipazione.

Costituiscono delle eccezioni al predetto principio generale le fattispecie descritte ai successivi commi 17 e 18 secondo cui è consentita la modifica soggettiva del RTI in fase di esecuzione in caso di operazioni societarie (i.e. 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”*, che riguardino la mandataria o una delle mandanti.

Il comma 19 ter prevede poi che *“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”*.

Ad ogni modo, la modificazione del raggruppamento, secondo i principi enunciati dalla stessa Adunanza Plenaria nella precedente sentenza 27 maggio 2021, n. 10, è ammessa solo *“in diminuzione”* e non *“per addizione”*, in quanto altrimenti si consentirebbe ad un soggetto che non ha partecipato alla gara di eseguire l'appalto, in violazione dei principi di concorrenza trasparenza e par condicio.

Venendo alla vicenda in commento, ad avviso dell'Adunanza Plenaria sussiste un'antinomia tra il comma 19 ter da un lato, e i precedenti commi 17 e 18 dall'altro, in quanto il riferimento espresso al *“corso dell'esecuzione”*, contenuto nei commi 17 e 18, sembrerebbe limitare l'ipotesi di *“perdita dei requisiti di cui all'art. 80”*, alla sola fase dell'esecuzione. Allo stesso tempo però l'ampia dizione del comma 19 ter ammette in fase di gara tutte le modifiche soggettive contemplate dai commi 17 e 18 e quindi anche la *“perdita dei requisiti di cui all'art. 80”*.

Secondo un orientamento giurisprudenziale *“restrittivo”* (Cons. Stato, sez. V, 28 gennaio 2021 n. 833 e sez. III, 11 agosto 2021 n. 5852) l'antinomia sarebbe solo apparente in quanto il comma 19 ter costituirebbe una *“norma generale”* e nel riferirsi alle *“modifiche soggettive ivi contemplate”* (nei commi 17 e 18) vorrebbe intendere le *“modifiche”* per come disciplinate dai medesimi commi 17 e 18 e dunque, anche nei limiti per esse imposti. Da ciò conseguì-

rebbe che il comma 19 ter sarebbe applicabile a tutte le modifiche soggettive salvo quelle derivanti "dalla perdita dei requisiti di cui all'art. 80", poiché l'enunciato "in corso di esecuzione" a queste ultime riferito introdurrebbe una "norma speciale" che sottrarrebbe i casi considerati alla disciplina generale del comma 19 ter.

Ad avviso della Plenaria una siffatta ipotesi interpretativa "restrittiva" non può essere condivisa, innanzitutto perché priva di fondamento normativo e frutto di un'operazione interpretativa eccessivamente complessa, non attribuibile all'interprete stesso.

Inoltre tale interpretazione introdurrebbe una irragionevole di disparità di trattamento tra la sopravvenienza della perdita dei requisiti ex art. 80 in fase di gara che sarebbe vietata, rispetto alle altre ipotesi di sopravvenienze che sarebbero invece consentite.

In maniera del tutto irragionevole poi sarebbe ammessa la modificazione del raggruppamento in casi che ben possono essere considerati più gravi (ad esempio nei casi previsti dalla normativa antimafia) rispetto a quelli relative alla perdita di requisiti di cui all'art. 80.

A ciò si aggiunga che tutte le imprese del raggruppamento verrebbero ingiustamente colpite da una concreta incapacità a contrattare con la pubblica amministrazione a causa di un fatto impeditivo riguardante una sola di esse (cd. *culpa in eligendo*).

Dunque l'interpretazione restrittiva risulterebbe lesiva dei principi eurounitari e costituzionali di eguaglianza, di libertà economica e di par condicio delle imprese nei confronti delle pubbliche amministrazioni, nonché del principio di massima partecipazione alle gare pubbliche, cui invece l'istituto del RTI è ispirato.

Ad avviso della Plenaria quindi l'antinomia esistente tra il comma 19 ter, da un lato, i commi 17 e 18, dall'altro, deve essere risolta mediante la applicazione di una sola delle disposizioni (ossia di quella compatibile con la Costituzione e con il diritto dell'Unione Europea) e la non applicazione dell'altra, perché contraria ai più volte richiamati principi, e dunque riconoscendo la possibilità di modificare (in diminuzione) il raggruppamento temporaneo di imprese, anche nel caso di perdita sopravvenuta dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 del Codice dei contratti.

Quanto alle modalità procedurali da seguire, in applicazione dei principi generali di cui all'art. 1 della l. n. 241/1990 e all'art. 4 del Codice, al verificarsi un episodio rilevante ex art. 80, la stazione appaltante dovrebbe interpellare il RTI (se questo non abbia già manifestato la propria volontà) in ordine alla volontà di procedere alla riorganizzazione del proprio assetto interno, concedendo un termine ragionevole e proporzionale al caso concretamente verificatosi e riprendendo poi l'ordinario procedimento di gara.