ATI e Consorzi stabili: il punto sulla sostituzione dell'impresa

19 Febbraio 2021

Una delle norme di più incerta applicazione del Codice dei contratti è quella che reca le **eccezioni al generale divieto di qualsiasi modifica alla composizione dei raggruppamenti temporanei** e dei consorziati esecutori indicati in sede di offerta (art. 48, commi 7-bis, 9, 17, 18, 19, 19-ter del d.lgs. 50/2016).

Tanto che, nel breve volgere di pochi giorni, si sono evidenziati **due diversi orientamenti del Consiglio di Stato e del Tar Toscana sulla disciplina che consente** all'ATI o al Consorzio stabile **la sostituzione**, in corso di gara, **dell'impresa** nei cui confronti sia sopraggiunta una causa di esclusione (*cfr.* Consiglio di Stato, sez. V, 28 gennaio 2021, n. 833 e TAR Toscana, sez. II, del 10 febbraio 2021, n. 217).

Nel primo caso, riscontrata una violazione in materia contributiva e previdenziale (art. 80, comma 4, del Codice), era discussa la possibilità **dell'ATI di indicare** un nuovo mandante; similmente, **nel secondo caso era stata negata** la possibilità rimodulare la composizione del raggruppamento ricorrente a fronte di alcuni illeciti sopraggiunti in gara nei confronti del Consorzio mandante (80, comma 5, lett. c) e c-ter).

1. Inquadramento giuridico

L'**art. 48 del Codice** dei contratti permette, anche in fase di gara (co. 19-ter), il subentro della nuova mandante o della 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, o ancora nei casi previsti dalla normativa antimafia (co. 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 (co. 18);
3. previsti dalla **normativa antimafia** (co. 18);
4. di **fatti o atti sopravvenuti**, con riferimento ai soli Consorzi stabili (co. 7–bis);
5. di **recesso** di una o più imprese raggruppate/consorziate (co. 19).

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

1. La giurisprudenza

In merito all'interpretazione dell'art. 48, sussistono due orientamenti che arrivano a conclusioni diverse sulla **sostituzione dell'impresa mandante**/consorziata.

In particolare, ad essere dibattuta è la possibilità di estendere la modifica della **composizione** del raggruppamento (o dei consorziati esecutori) **per sopravvenuta perdita dei requisiti di cui**

all'art. 80 (vedi lett. *b.* sopra riportata), **anche alla fase antecedente all'esecuzione dei lavori.** Infatti, se da una parte nel comma 18 (e 17 per la mandataria) viene limitata la possibilità di tale modifica soggettiva alla fase di esecuzione, dall'altra l'ultimo comma dell'art. 48 (il 19-ter) estende la sua applicazione alla fase di gara.

Peraltro, tale articolo e in particolare i commi 17, 18 e 19 saranno oggetto di pronuncia delle Sezioni Unite del Consiglio di Stato con riferimento alla possibilità di sostituire:

- la **mandante assoggettata a procedura concorsuale** con altro operatore economico subentrante anche in fase di gara (Consiglio di Stato, sez. V, 8 gennaio 2021, n. 309);
- una **impresa capogruppo mandataria** (fallita) con altra impresa **esterna** al raggruppamento (Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana, sentenza non definitiva del 20 gennaio 2021, n. 37, vedi anche news ANCE ID n. 43293 del 27 gennaio 2021).

1. Il primo orientamento (restrittivo)

Il **primo orientamento**, prevalente e condiviso dalla sez. V del Consiglio di Stato (sent. n. 883/21 *cit.*), mira a limitare i casi in cui è ammissibile una modifica soggettiva che, almeno in parte, a sua volta modifica lo stesso soggetto che partecipa alla gara d'appalto (*cfr.* Cons. St., sez. V., 18 febbraio 2019, n. 1116 e id, 20 gennaio 2015, n. 169, TAR Campania, 8 aprile 2019, n. 1929 e ANAC delibera n. 555 del 12 giugno 2019).

Tale orientamento si ispira ai **principi di *par condicio* fra tutti i concorrenti** e di **immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche** (art. 48, co. 9).

Pertanto, le modifiche soggettive che interessano il concorrente sono ammissibili soltanto quando: (i) riguardino **motivi indipendenti dalla volontà del soggetto** partecipante alla gara, (ii) trovino giustificazione **nell'interesse della stazione appaltante** alla continuazione della stessa. Tali modifiche non possono comunque attuarsi al di fuori delle ipotesi normativamente previste.

Infatti, in questi casi, prevale l'esigenza di garantire **la piena conoscenza dei possibili aggiudicatari alla stazione appaltante** (e con essa la possibilità di una verifica – preliminare e compiuta – dei requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria dei concorrenti) nonché **la complessiva serietà delle imprese che partecipano alla gara**, al fine di garantire la migliore affidabilità del futuro contraente dell'amministrazione.

Inoltre, secondo tale orientamento, **il primo decreto correttivo** (d.lgs. n. 56/2017) ha **sia modificato il citato comma 18** (introducendo la possibile modificazione del raggruppamento, ma limitando espressamente l'ipotesi alla fase esecutiva) **sia introdotto** il **comma 19-ter**. Sarebbe, allora, 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.

1. Il secondo orientamento (estensivo)

Il secondo orientamento, condiviso dal Tar Toscana n. 217/21 *cit.*, cerca di **conciliare il testo dell'art. 48 con il *favor partecipationis*** negli appalti pubblici (*cfr.* Consiglio di Stato, sez, III, 2 aprile 2020, n. 2245).

Partendo da tale presupposto, è stato osservato che **l'intero comma 18** (come il 17) **si riferisce espressamente** e per ciascun profilo **alla fase esecutiva.** Ne consegue che **l'inciso "*in corso di esecuzione*"**, **si inserisce** in modo del tutto coerente ed omogeneo **in tale contesto regolatorio**.

Di contro, **il comma 19-ter estende** la richiamata disciplina delle modifiche soggettive (inclusa

quella prevista al comma 19) **alla fase di gara**, senza però operare alcuna differenziazione all'interno delle diverse ipotesi.

Ciò, è peraltro, coerente – secondo lo stesso orientamento – con **la *ratio* della suddetta novella legislativa** (introdotta dal primo correttivo al Codice, d.lgs. n. 56 del 2017), tesa ad apportare una deroga al principio dell'immodificabilità alla composizione dei raggruppamenti, al fine di evitare che un intero raggruppamento sia escluso dalla gara a causa di eventi sopraggiunti comportanti la perdita dei requisiti di ordine generale da parte di un'impresa componente.

Infine, secondo lo stesso orientamento, non sarebbe comunque giustificabile alcuna **differenziazione sulla modificabilità soggettiva tra l'avvio di una procedura concorsuale o di sopraggiunta interdittiva antimafia** (in cui sarebbe comunque possibile sostituire la mandate o il consorziato) **e le altre cause ostative ex art. 80**, come nel caso di illecito professionale o di DURC negativo, ove non sarebbe mai ammessa alcuna sostituzione.

1. Conclusioni

In ragione di quanto sopra esposto, se **il Consiglio di Stato** (sent. n. 883/21 *cit.*) **ha ritenuto complessivamente infondato l'appello dell'ATI**, volto a sostituire la mandante, di contro **il TAR** Toscana (sent. n. 217/21 *cit.*) ha – seppure in primo grado – **accolto il ricorso**, ritenendo possibile la rimodulazione della composizione del ricorrente, previa apertura di un dialogo procedimentale.

Ne consegue che, nonostante **rimanga prevalente l'orientamento restrittivo**, in un quadro normativo di difficile coordinamento, residuano sul punto margini di incertezza.

Link esterni

- Consiglio di Stato, sez. V, 28 gennaio 2021, n. 833

TAR Toscana, sez. II, del 10 febbraio 2021, n. 217