



Giustizia amministrativa
A cura del Segretariato Generale della Giustizia amministrativa

Consiglio di Stato
Tribunali Amministrativi Regionali

News n.99 del 24 luglio 2023
a cura dell'Ufficio del massimario

La quinta sezione del Consiglio di Stato interroga la Corte di giustizia sulla compatibilità con l'ordinamento UE della disciplina interna (e, segnatamente, delle corrispondenti disposizioni del d. lgs. n. 163 del 2006) sulle modificazioni soggettive dei raggruppamenti temporanei di imprese, nella parte in cui detta disciplina è nel senso della esclusione, in caso di scadenza del termine di validità dell'offerta originariamente presentata da un raggruppamento temporaneo di imprese costituendo, della possibilità di ridurre, all'atto dell'estensione della validità temporale della medesima offerta, la originaria compagine del raggruppamento.

Ad un tempo, la sezione ha riproposto la questione della compatibilità, col diritto europeo, della previsione di incameramento automatico della cauzione provvisoria (già oggetto di diversi rinvii).

Consiglio di Stato, sezione V, ordinanza 16 giugno 2023, n. 5950 – Pres. Caringella, Est. Caminiti

Contratti pubblici e obbligazioni della pubblica amministrazione – Raggruppamenti temporanei di imprese – Scadenza del termine di validità dell'offerta originariamente presentata – Mancata conferma dell'offerta da parte di alcuni componenti del r.t.i. – Esclusione dell'intero r.t.i. – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE
Contratti pubblici e obbligazioni della pubblica amministrazione – Garanzia – Esclusione di operatore economico non aggiudicatario – Escussione automatica – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE

Vanno rimesse alla Corte di giustizia UE le seguenti questioni pregiudiziali:

1) *“se la direttiva 2004/18/CE, gli artt. 16 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, i principi di proporzionalità, concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi di cui agli articoli gli artt. 49, 50, 54 e 56 del TFUE, ostino a norme interne (artt. 11 comma 6, 37 commi 8,9,10,18 e 19, 38, comma 1, lett. f) del d.lgs. 163 del 2006) che escludono, in caso di scadenza del termine di validità dell'offerta originariamente presentata da un raggruppamento*

temporaneo di imprese costituendo, la possibilità di ridurre, all'atto dell'estensione della validità temporale della medesima offerta, la originaria compagine del raggruppamento; in particolare, se tali disposizioni nazionali siano compatibili con i principi generali del diritto dell'Unione europea di libera iniziativa economica ed effetto utile, nonché con l'articolo 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea" (1);

2) "se la direttiva 2004/18/CE, gli artt. 16, 49, 50 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, l'art. 4, Protocollo 7, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – CEDU, l'art. 6 del TUE, i principi di proporzionalità, concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi di cui agli articoli gli artt. 49, 50, 54 e 56 del TFUE, ostino a norme interne (artt. 38, comma 1, lett. f), 48 e 75 del d.lgs. n. 163 del 2006) che prevedano l'applicazione della sanzione d'incameramento della cauzione provvisoria, quale conseguenza automatica dell'esclusione di un operatore economico da una procedura di affidamento di un contratto pubblico di servizi, altresì a prescindere dalla circostanza che lo stesso sia o meno risultato aggiudicatario dell'affidamento medesimo" (2).

(1-2) I. – Con la ordinanza in rassegna la quinta sezione del Consiglio di Stato ha disposto rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE in relazione alla compatibilità eurounitaria della disciplina nazionale (la vicenda ricade nel campo di applicazione della previgente disciplina degli appalti dettata dal d. lgs. n. 163 del 2006) in base alla quale:

- a) era stata disposta l'esclusione del raggruppamento temporaneo di imprese dei cui componenti originari solo alcuni avevano confermato l'offerta alla scadenza dei 180 giorni di validità (quantunque, come nel caso di specie, il termine fosse stato più volte differito);
- b) era stata, conseguentemente, incamerata la garanzia provvisoria.

Il caso in relazione al quale si è innestato il rinvio riguarda, infatti, l'esclusione – e correlata escussione della cauzione – di un operatore economico partecipante alla gara in ragione della mancata conferma dell'offerta, da parte di alcune imprese mandanti, dopo la scadenza del termine di validità della stessa.

Con sentenza T.a.r. per il Lazio, sez. II, 16 aprile 2021, n. 4505, per quanto qui di interesse, è stato rigettato il ricorso introduttivo proposto avverso il provvedimento di esclusione dell'intero r.t.i. e avverso il successivo provvedimento di incameramento della cauzione.

Il r.t.i. originario ricorrente ha interposto appello avverso la predetta sentenza e, nell'ambito del relativo giudizio, si è innestata la questione pregiudiziale di cui trattasi.

II. – Dopo aver proceduto alla ricostruzione del quadro normativo rilevante (la procedura di gara ricade, come si è detto, *ratione temporis* sotto la vigenza del primo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163 del 2006), il collegio ha osservato che:

- a) quanto ai presupposti per l'esclusione:
 - a1) occorre valutare la compatibilità con la normativa UE della disciplina del codice – quale suffragata dall'interpretazione della giurisprudenza del giudice amministrativo – che ha condotto all'equiparazione della mancata conferma dell'offerta all'atto della scadenza della sua vincolatività e recesso dal r.t.i. (ciò che nel caso di specie ha dato luogo all'esclusione);
 - a2) alla luce della normativa del codice (artt. 11 comma 6, 37 commi 8, 9, 10, 18, 19 e 38 comma 1 lett. f) d.lgs. n. 163 del 2006), un recesso quale quello oggetto della vicenda in esame è da intendersi illegittimo per un duplice

ordine di ragioni: I) perché violativo del principio di immodificabilità in corso di gara del r.t.i., avuto riguardo alla parificazione della mancata conferma dell'offerta – all'atto della scadenza – da parte del singolo operatore economico aderente al r.t.i. al recesso dal medesimo; II) perché, una volta operata questa equiparazione, esso mostra un carattere elusivo dei controlli sull'affidabilità professionale, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f), dell'operatore economico recedente;

- a3) al principio di immodificabilità del RTI fanno eccezione le sole ipotesi contemplate dai successivi dall'art. 37, commi 18 e 19;
- a4) la violazione di tale divieto è sanzionata con l'esclusione degli operatori riuniti in raggruppamento, ai sensi del comma 10 del medesimo disposto normativo;
- a5) il r.t.i. partecipa infatti alla gara in qualità di parte plurisoggettiva composta da *"tutti gli operatori economici"* che lo costituiranno;
- a6) la sottoscrizione dell'offerta da parte dei singoli operatori del raggruppamento consente, da un lato, di imputare la proposta contrattuale che è stata formulata a tutti i partecipanti del futuro raggruppamento e, dall'altro lato, in caso di aggiudicazione, di vincolare i singoli operatori, ognuno secondo il diverso regime di responsabilità solidale previsto per la tipologia di raggruppamento prescelto (verticale o orizzontale), nei confronti della stazione appaltante;
- a7) non sarebbe pertanto possibile la conferma dell'offerta, all'atto della scadenza della sua vincolatività, da parte di soli due componenti (rispetto ai quattro originari) del RTI, avendo da un lato riguardo alla ratio dell'art. 11 comma 6 del Codice e, dall'altro, al principio di immodificabilità soggettiva del r.t.i. in corso di gara, evincibile dal disposto dell'art. 37 comma 9 del Codice;
- a8) la *ratio* posta a presidio del disposto dell'art. 11 comma 6 *"è evidentemente quella di mantenere ferma l'offerta per tutto il periodo di presumibile durata della gara e non quella di limitare nel tempo la validità (o meglio l'efficacia) dell'offerta, non corrispondendo certamente tale limitazione ad un interesse dell'amministrazione"* (Cons. Stato, sez. III, 25 febbraio 2013, n. 1169, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2013, 400); VIII) tale ricostruzione è del tutto coerente con la giurisprudenza amministrativa (*ex multis* Cons. Stato, sez. V, 13 settembre 2016, n. 3866; Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 27 novembre 2012, n. 1045; Cons. Stato, sez. VI, 24 giugno 2010 n. 4019, in *Giurisdiz. amm.*, 2010, I, 767; sez. VI, 24 novembre 2010 n. 8224, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2010, 1169, secondo cui *"[...] è posto a protezione e tutela dell'offerente, il quale, decorso il termine, può ritenersi sciolto dall'offerta presentata; pertanto, la sussistenza del "vincolo" non significa che l'offerta decade ex lege decorso il termine, ma solo che l'offerente può svincolarsi da essa e se non dichiara di ritenersi sciolto, l'offerta non decade, con la conseguenza che la circostanza che allo scadere dei predetti 180 giorni il concorrente non abbia dichiarato di voler mantenere l'offerta non comporta la decadenza dell'offerta medesima"*);
- a9) avendo riguardo a tale *ratio*, una volta che sia venuto a scadenza il termine di vincolatività dell'offerta, non si tratta di confermare un'offerta non più efficace, ma di liberarsi da un vincolo che, pertanto, in mancanza di

contraria volontà espressa da tutti i soggetti componenti la parte plurisoggettiva, deve intendersi ancora sussistente (e il principio di immutabilità soggettiva del r.t.i., è applicabile anche alle ipotesi in cui quest'ultimo non sia ancora formalmente costituito, cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 novembre 2010, n. 7996, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2010, 2362);

- a10) l'esclusione, avuto riguardo alla mancata conferma dell'offerta da parte di alcuni dei componenti del r.t.i. e alla equiparazione dello svincolo del singolo operatore ad un recesso dal r.t.i, si profila come atto dovuto anche per altro motivo, risolvendosi la mancata conferma dell'offerta da parte della mandante – *id est*: il suo recesso – in un atto elusivo del preannunciato controllo sull'affidabilità morale (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8, in *Guida al dir.*, 2012, 23, 82, con nota di PONTE; *Corriere merito*, 2012, 745 (m), con nota di RAIOLA; *Urbanistica e appalti*, 2012, 905, con nota di D'HERIN; *Dir. e pratica amm.*, 2012, 9, 72 (m), con nota di TOSCHEI; *Riv. neldiritto*, 2012, 1601, con nota di BERTOLINI; *Foro amm.-Cons. Stato*, 2012, 2234 (m), con nota di GOTTI; quanto al temperamento dei principi espressi dalla Plenaria, Cons. Stato, sez. III, 4 dicembre 2015, n. 5519, in *Gazzetta forense*, 2015, 6, 141; sui tre presupposti per la modifica soggettiva del r.t.i., Cons. Stato, sez. V, 24 febbraio 2020, n. 1379; sez. VI, 17 luglio 2017, n. 3507;
- a11) il combinato disposto di tali norme appare di dubbia compatibilità con il principio di libertà di impresa di cui all'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali UE secondo cui “È riconosciuta la libertà d'impresa, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali” nonché con i principi di proporzionalità di cui all'art. 52 della medesima Carta nonché di proporzionalità, concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi di cui agli articoli gli artt. 49, 50, 54 e 56 TFUE: I) l'art. 16 cit. codifica in termini positivi gli approdi della giurisprudenza della Corte di giustizia UE che hanno riconosciuto la libertà di esercitare un'attività economica o commerciale (cfr. sentenze 14 maggio 1974, C-4/73, *Nold*, e 27 settembre 1979, C-230/78, *SpA Eridania*) e la libertà contrattuale (cfr., tra l'altro, sentenze *Sukkerfabriken Nykøbing*, C-151/78; 5 ottobre 1999, C-240/97, *Spagna/Commissione*) e sull'art. 119, paragrafi 1 e 3 TFUE che riconosce la libera concorrenza; II) è pur vero che questo diritto si esercita nel rispetto del diritto dell'Unione e delle legislazioni nazionali e che esso può essere sottoposto alle limitazioni previste all'articolo 52, par. 1 della Carta; III) peraltro, il divieto di svincolo dall'offerta, giunta alla sua ulteriore scadenza, da parte del singolo componente del r.t.i., soprattutto in relazione a gare che si protraggano per un significativo periodo di tempo, pena l'esclusione del r.t.i. nel suo complesso, quale evincibile dalla equiparazione fra mancata conferma dell'offerta da parte del singolo operatore aderente al r.t.i. e recesso dal r.t.i., derivante dall'applicazione delle norme innanzi indicate, non sembra misura proporzionale rispetto all'esigenza di garanzia della serietà dell'offerta presentata e della sua imputabilità al r.t.i. quale parte plurisoggettiva, laddove gli operatori economici che hanno confermato l'offerta siano di per sé in possesso – anche in assenza dell'operatore che si sia svincolato dall'offerta – della totalità dei

requisiti di partecipazione, senza la possibilità di ammettere a tal fine integrazioni di sorta; IV) in particolare, la normativa nazionale *in parte qua* copre gli spazi lasciati liberi dal legislatore unionale (art. 4, par. 2, considerando 2, art. 2, direttiva n. 2004/18/CE; art. 11 par. 2 direttiva n. 2004/17/CE); V) conformemente al principio di proporzionalità, che costituisce un principio generale del diritto UE e cui l'aggiudicazione di appalti conclusi negli Stati membri deve conformarsi, come risulta dal considerando 2 della direttiva n. 2004/18/CE, le misure adottate dagli Stati membri non devono infatti andare al di là di quanto è necessario per raggiungere tale obiettivo (v., in tal senso, sentenze della Corte di giustizia UE, 28 febbraio 2018, cause riunite C- 523/16 e C- 536/16, MA.T.I. SUD SpA; 16 dicembre 2008, *Michaniki*, C-213/07, punti 48 e 61; 19 maggio 2009, *Assitur*, C-538/07, punti 21 e 23; del 23 dicembre 2009, *Serrantoni e Consorzio stabile edili*, C-376/08, punto 33, nonché del 22 ottobre 2015, *Impresa Edilux e SICEF*, C-425/14, punto 29); VI) peraltro, una volta operata l'equiparazione fra mancata conferma dell'offerta da parte del singolo operatore economico aderente al r.t.i. e recesso dal raggruppamento, l'esclusione diventa in ogni caso vincolata, laddove ritenuta elusiva del controllo sull'affidabilità morale, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f) del codice, dell'operatore che viene meno per effetto del recesso; per contro, nell'ipotesi in cui fosse ammessa la non conferma dell'offerta da parte di tale operatore, non potendo più considerarsi lo stesso come componente del r.t.i. partecipante alla gara, alcun controllo successivo dovrebbe essere operato su detta affidabilità professionale;

b) quanto al provvedimento di incameramento della cauzione:

b1) la Corte EDU, nella sentenza del 4 marzo 2014, causa *Grande Stevens ed altri c. Italia*, si è espressa in ordine alla natura, entità e all'equità delle sanzioni pecuniarie ai fini della loro ascrivibilità alla c.d. materia penale; in particolare la Corte EDU ha evidenziato come, "*tenuto conto dell'importo elevato delle sanzioni pecuniarie inflitte e di quelle di cui erano passibili i ricorrenti, [...] le sanzioni in causa rientrano, per la loro severità, nell'ambito della materia penale (si vedano, mutatis mutandis, Öztürk, sopra citata, § 54, e, a contrario, Inocêncio c. Portogallo (dec.), n. 43862/98, CEDU 2001 I)*" (cfr. par. 99 della sentenza *Grande Stevens*; cfr. anche sentenza *Engel e altri c. Paesi Bassi* dell'8 giugno 1976; nonché sentenza *Zolotoukhine*, 10 febbraio 2009 e Corte di giustizia UE, grande sezione, 5 giugno 2012, C-489/10);

b2) tali rilievi sono già stati condivisi dal giudice amministrativo, che ha avuto modo di rilevare che "*la Corte di Strasburgo ha elaborato propri e autonomi criteri al fine di stabilire la natura penale o meno di un illecito e della relativa sanzione. In particolare, sono stati individuati tre criteri, costituiti: I) dalla qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, con la puntualizzazione che la stessa non è vincolante quando si accerta la valenza «intrinsecamente penale» della misura; II) dalla natura dell'illecito, desunta dall'ambito di applicazione della norma che lo prevede e dallo scopo perseguito; III) dal grado di severità della sanzione. [...] L'assegnazione alla «materia penale» di un significato ampio conduce a ritenere che anche il potere amministrativo sanzionatorio deve essere*

esercitato nel rispetto, non solo delle garanzie dell'equo processo, ma anche dai principi sanciti dal citato art. 7 CEDU" (Cons. Stato, sez. VI, ordinanze 20 ottobre 2014, n. 5167, 9 ottobre 2014, n. 5030, 9 luglio 2014, nn. 3496, 3497, 3498 e 3499)";

b3) in ragione dell'entità e assoluta rilevanza del sacrificio patrimoniale imposto alla parte privata, per la stessa l'escussione delle cauzioni provvisorie verrebbe ad acquisire i connotati di una sanzione cui non può che necessariamente riconoscersi carattere penale, secondo l'accezione cristallizzata nell'interpretazione della Corte EDU: I) l'automatico incameramento delle garanzie provvisorie integrerebbe – qui – gli estremi di una evidente violazione del principio di proporzionalità delle sanzioni; II) assumerebbe anzitutto rilievo l'art. 49, comma 3, della Carta dei diritti fondamentali UE, a mente del quale *"le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato"*, III) nel caso di specie, emergerebbe una palese assenza di giusto bilanciamento tra interesse pubblico e diritti fondamentali garantiti a livello europeo, qualora l'operatore economico risulti destinatario di una sanzione pecuniaria dall'importo relevantissimo, in virtù di un mero automatismo (che, in quanto tale, è per definizione non proporzionale) e senza alcuna adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto; IV) anche l'art. 1, Protocollo 1, Cedu (così come l'art. 17 della Carta di Nizza e, in ultima analisi, gli artt. 23 e 42 Cost.), peraltro, è stato interpretato come teso a garantire il rispetto della proporzionalità tra contegno serbato e sanzione inflitta, evitando un'ingiustificata compressione del diritto di tutela dei propri beni ed il sacrificio eccessivo e sproporzionato rispetto allo scopo da perseguire (essendo necessario un rapporto ragionevole di proporzionalità tra mezzi impiegati e fini perseguiti); V) peraltro, il principio di proporzionalità è in generale espresso anche nell'indicato considerando 2 della direttiva n. 2004/18/CE; VI) sarebbe allora evidente il contrasto degli artt. 38, comma 1, lett. f), e 48 del d.lgs. n. 163 del 2006 con le norme ed i principi, costituzionali ed europei, in tema di proporzionalità delle sanzioni, ove essi siano interpretati nel senso di consentire, in ogni caso, l'automatico incameramento della cauzione provvisoria a seguito dell'esclusione; VII) il denunciato contrasto sarebbe tanto più evidente ove si ritenesse che una misura come quella in questione, cui non può non riconoscersi natura sanzionatoria in ragione della sua attitudine ad incidere in termini così afflittivi sulla vita di un'impresa, possa essere adottata prescindendo dalla doverosa considerazione dell'elemento soggettivo ed in particolare della prevedibilità dell'esclusione.

III. – Per completezza si segnala quanto segue:

c) sulla escussione automatica della garanzia provvisoria: il rinvio pregiudiziale – quanto ai presupposti di escussione della garanzia provvisoria – segue quelli, paralleli ma discendenti da presupposti di fatto diversi, disposti con pronunce della stessa sezione V (alle quali si rinvia per ogni ulteriore approfondimento e anche per i testi delle disposizioni di riferimento) 28 febbraio 2023, n. 2033 (oggetto della News UM in data 31 marzo 2023), 29 marzo 2023, n. 3264 (oggetto della News UM in data 5 maggio 2023), 6 aprile 2023, n.

3571 (oggetto della News UM in data 12 maggio 2023), ordinanza 7 giugno 2023, n. 5618 (oggetto della News UM in data 13 luglio 2023) inerenti alla compatibilità della disciplina interna con l'ordinamento UE della automatica escussione della garanzia provvisoria a seguito di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti (diversi, nei singoli casi) di partecipazione alla gara;

d) sulle modifiche soggettive dei r.t.i.:

d1) sulla modifica soggettiva in caso di perdita dei requisiti di partecipazione da parte della mandataria o di una delle mandanti e sulla fase della procedura in cui è consentita: Cons. Stato, Ad. Plen., 25 gennaio 2022, n. 2 (in Foro it., 2022, III, 603, oggetto della News US in data 25 febbraio 2022);

d2) sulla (non) sostituibilità, in corso di gara, dell'impresa mandataria fallita con soggetto esterno al r.t.i.: Cons. Stato, Ad. plen., 27 maggio 2021, n. 10 (in Guida al dir., 2021, 29, 86, con nota di PONTE; Riv. trim. appalti, 2021, 1085, con nota di FISCHIONE; Foro it., 2021, II, 617 con nota di ZAMPETTI, nonché oggetto della News US in data 24 giugno 2021);

d3) sugli effetti della domanda di concordato in bianco: Cons. Stato, Ad. plen., 27 maggio 2021, n. 11 (in Foro it., 2021, III, 592, nonché oggetto della News US n. 56 del 21 giugno 2021, pronunciata a seguito di deferimento disposto da Cons. Stato, sez. sez. V, 8 gennaio 2021, n. 313, oggetto della News US in data 25 gennaio 2021), coeva alla sentenza Cons. Stato, Ad. plen., 27 maggio 2021, n. 9 (pronunciata all'esito di analoga rimessione disposta con ordinanza Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2021, n. 309);

d4) sulla perdita dei requisiti, nel consorzio stabile, da parte della consorziata non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori e dalla quale il consorzio ripeta la qualificazione: Cons. Stato, Ad. plen., 18 marzo 2021, n. 5 (in Foro it., 2021, III, 660; Gazzetta forense, 2021, 347, nonché oggetto della News US n. 35 del 12 aprile 2021);

d5) sulla compatibilità costituzionale dell'art. 186-bis, comma 6, della legge fallimentare (r.d. n. 267 del 1942) nella parte in cui esclude la sola impresa mandataria (riunita, con altre imprese, in un raggruppamento temporaneo) dalla possibilità di concorrere all'aggiudicazione di appalti pubblici, qualora risulti sottoposta alla procedura di concordato con continuità aziendale: Corte cost., 7 maggio 2020, n. 85 (in Foro it., 2020, I, 3003, con nota di D'AURIA, nonché oggetto della News US in data 20 maggio 2020);

d6) sulle vicende soggettive che investono i componenti del raggruppamento temporaneo d'impresa anteriormente e durante le fasi di gara: I) Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 22 maggio 2020, n. 298; II) T.a.r. per la Puglia, sez. st. Lecce, sez. II, 12 agosto 2019, n. 1424;

d7) sul principio di continuità del possesso dei requisiti, la sua inderogabilità e gli effetti nel tempo (variamente declinati in un lasso di tempo compreso fra

il bando e la completa esecuzione dell'appalto): I) Cons. Stato, Ad. plen., 3 luglio 2017, n. 3 (in *Foro it.*, 2018, III, 31 e oggetto della News US in data 13 luglio 2017); II) con particolare riferimento al possesso ininterrotto dei requisiti fin dal momento della partecipazione alla gara nell'ipotesi di subentro dell'impresa che segue in graduatoria: Cons. Stato, sez. III, 6 marzo 2017, n. 1050 (in *Foro amm.*, 2017, 534); III) Cons. Stato, Ad. plen., 25 maggio 2016, n. 10 (in *Foro it.*, 2017, III, 262, con nota di CORDOVA e oggetto della News US in data 31 maggio 2016); IV) Cons. Stato, Ad. plen., 29 febbraio 2016, n. 6, in *Foro it.* 2017, III, 263); Cons. Stato, Ad. plen., 29 febbraio 2016, n. 5 (in *Foro it.*, 2017, III, 262; *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2016, 2, 85, con nota di TONON; *Nuovo notiziario giur.*, 2016, 255, con nota di BARBIERI; *Urbanistica e appalti*, 2016, 787, con nota di CARANTA; *Guida al dir.*, 2016, 13, 82, con nota di CORRADO; *Riv. neldiritto*, 2016, 1586, con nota di CELLAI); VI) Cons. Stato, Ad. plen., 20 luglio 2015, n. 8 (in *Urbanistica e appalti*, 2016, 88, con nota di GIACALONE); VI) Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8, cit.; VII) Cons. Stato, Ad. plen., 7 aprile 2011, n. 4 (in *Foro it.*, 2011, III, 306, con nota di SIGISMONDI; *Urbanistica e appalti*, 2011, 674, con nota di LAMBERTI; *Corriere merito*, 2011, 763 (m), con nota di RAIOLA; *Giur. it.*, 2011, 1651 (m), con nota di TROPEA; *Guida al dir.*, 2011, 19, 70, con nota di PALLIGGIANO; *Giornale dir. amm.*, 2011, 1103 (m), con nota di GISONDI; *Riv. neldiritto*, 2011, 1530, con nota di IZZO; *Dir. proc. amm.*, 2011, 1035, con nota di SQUAZZONI, GIANNELLI, FOLLIERI, MARINELLI); VIII) Cons. Stato, Ad. plen., 15 aprile 2010, n. 2155 (in *Foro it.*, 2010, III, 374, con nota di TRAVI; *Corriere merito*, 2010, 688 (m), con nota di RAIOLA; *Dir. proc. amm.*, 2010, 617, con nota di SQUAZZONI; *Urbanistica e appalti*, 2010, 964, con nota di FOÀ; *Guida al dir.*, 2010, 19, 84, con nota di CORRADO; *Dir. e pratica amm.*, 2010, 6, 72 (m), con nota di BRAIDO, LILLI; *Corti irpinia*, 2010, 277, con nota di BARRA);

d8) sul versante della disciplina UE, Corte di giustizia UE, sez. V, 27 novembre 2019, C-402-18, Tedeschi Srl (in *Riv. giur. edilizia*, 2019, I, 1438, con nota di GIUFFRÉ; *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2020, 1, 125, con nota di DAMIN; *Riv. trim. appalti*, 2020, 191, con nota di MANCINI, MANGANI, nonché oggetto della News US n. 131 del 10 dicembre 2019 ed alla quale si rinvia per ogni approfondimento in dottrina e in giurisprudenza), ha affermato che “*le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a rispettare nel corso di tutta la procedura i principi di aggiudicazione degli appalti di cui all'articolo 2 della direttiva 2004/18, tra i quali figurano, in particolare, i principi di parità di trattamento, di trasparenza e di proporzionalità*”;

e) sull'importanza del possesso, nel tempo, dei requisiti di ordine generale:

e1) Corte cost., 7 maggio 2020, n. 85, cit.;

e2) Corte di giustizia UE, sez. X, sentenza 28 marzo 2019, C- 101/18 – Idi Srl (in *Riv. trim. appalti*, 2020, 299, con nota di SEGALERBA e oggetto della News US in data 15 aprile 2019);

- f) sugli effetti della perdita dei requisiti da parte di una impresa, socia di un consorzio stabile, non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori, alla luce del principio di continuità del possesso dei requisiti e delle sue possibili deroghe: Cons. Stato, Ad. plen., 18 marzo 2021, n. 5, cit.; Cons. giust. amm., ordinanza 29 dicembre 2020, n. 1211 (oggetto della News US in data 12 gennaio 2021 alla quale si rinvia per ogni ulteriore approfondimento);
- g) con riferimento alla disciplina delle modifiche soggettive delle imprese che partecipano a gare di appalto durante la vigenza del codice del 2006, si veda Cons. Stato, sez. V, 20 gennaio 2015, n. 169 (in *Foro amm.*, 2015, 74);
- h) sui limiti all'ammissibilità delle modifiche soggettive del r.t.i in corso di gara: Cons. Stato, sez. V, 27 agosto 2020, n. 5255;
- i) sull'obbligo dell'amministrazione di escludere il raggruppamento temporaneo di imprese quando una delle imprese che lo compongono abbia dichiarato l'insussistenza di cause ostative pur in presenza di una interdittiva antimafia emessa in data anteriore alla presentazione della dichiarazione medesima ed alla scadenza del termine per partecipare alla gara, con irrilevanza della successiva modificazione in diminuzione dell'assetto soggettivo del raggruppamento con estromissione della mandante interessata dalla compagine imprenditoriale: T.a.r. per la Sicilia, sez. st. Catania, sez. I, 30 luglio 2019, n. 1942;
- j) sulla sostituzione dell'impresa ausiliaria durante la gara:
- j1) con specifico riferimento agli effetti di una dichiarazione non veritiera dell'ausiliaria, Corte di giustizia UE, sez. IX, 3 giugno 2021, C-210/20, Ambiente Srl (oggetto della News US in data 30 giugno 2021);
-
- j2) Cons. Stato, sez. V, 21 febbraio 2018, n. 1101;
- j3) Cons. Stato, Sez. V, sentenza 29 novembre 2017 n. 5611;
- j4) Corte di giustizia UE, 7 aprile 2016, C-324/14 (in *lamministrativista.it*, 20 aprile 2016, con nota di NUNZIATA, ed oggetto della News US in data 13 aprile 2016, alla quale si rinvia per ogni ulteriore approfondimento);
- j5) Corte di giustizia UE, sez. VI, 2 giugno 2016, C-27/15, Pippo Pizzo (in *Foro it.* 2017, IV, 206, con nota di CONDORELLI, nonché oggetto della News US in data 5 luglio 2016);
- k) sul fallimento della mandataria e la legittimazione della mandante: Cass. civ., sez. I, 17 gennaio 2017 n. 973;

- l) sulla nozione di “*procedura concorsuale per insolvenza*” e disciplina UE sugli aiuti di Stato: Corte di giustizia UE, sez. III, 6 luglio 2017, C-245/16, Nerea SpA (in Foro amm., 2017, 1507);
- m) sul fallimento della mandante e sulle conseguenze che ne derivano in ordine alla legittimazione processuale della mandataria: Cass. civ., sez. I, ordinanza 26 febbraio 2020, n. 5145;
- n) sulle modifiche soggettive ai r.t.i. (e, in particolare, sulle modifiche soggettive dell’a.t.i. già aggiudicataria o in corso di gara in generale, sul recesso di un membro dell’a.t.i. per motivi organizzativi, sulle vicende patologiche riguardanti la mandante o le mandatarie, sulle vicende soggettive dei consorzi), R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni*, Bologna, 2020, 651 ss.;
- o) sulle modifiche soggettive del r.t.i. nella disciplina del d. lgs. n. 50 del 2016, nella giurisprudenza che, in relazione allo stesso, si è formata e, ancora, in relazione al(lo schema del) nuovo (terzo) codice di contratti pubblici approvato poi con d. lgs.n. 36 del 2023: F. MAGGIO, *I principi di concorrenza e di immodificabilità del RTI nel codice dei contratti pubblici. Lettura alla luce del PNRR e delle sentenze dell’Adunanza Plenaria del 2021 e del 2022*, in *Il Diritto Amministrativo*, 2023, 2. L’Autrice ha evidenziato che: “*Il comma 9 dell’art. 48 da un lato introduce il principio generale di immodificabilità della composizione del raggruppamento, mentre dall’altro i commi 17,18 e 19 introducono una pluralità di esclusioni a tale principio, tali da renderne sempre meno concreta l’applicazione. L’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha affrontato, tra fine 2021 e inizio 2022, due diverse questioni, entrambe incidenti sulla portata del principio di immodificabilità: dapprima, con la sentenza n. 10 del 2021 si è pronunciata sulla sostituibilità in corso di gara dell’impresa mandataria fallita o comunque assoggettata ad altra procedura concorsuale con un’altra impresa, esterna all’originario raggruppamento d’imprese (c.d. sostituzione per addizione); successivamente, con la sentenza n. 2 del 2022, cit., è intervenuta a comporre il severo contrasto formatosi in seno al Consiglio di Stato sull’interpretazione del comma 19-ter dell’art. 48 del codice dei contratti pubblici e ha risposto, in senso affermativo, al quesito se sia consentito escludere dal r.t.i. l’impresa che, in fase di gara, abbia perso uno dei requisiti di ordini generale di cui all’art. 80, e consentire ai restanti associati di ‘riorganizzarsi’, senza essere pretermessi dalla selezione [...]. In un momento socio - economico in cui il settore dei contratti pubblici rappresenta ben l’11 % del PIL e del 20% della spesa pubblica, ed in cui gli appalti pubblici hanno un ruolo importantissimo nel rilancio dell’economia e nella ripresa degli investimenti, il principio di concorrenza ha assunto sempre maggiore centralità nella materia del public procurement. Ed il principio di immodificabilità, come abbiamo visto, ne costituisce al contempo baluardo e limite. È sottile, infatti, la linea che separa la flessibilità del principio così che garantisca il funzionamento del sistema e favorisca l’accesso delle PMI al public procurement, dalla sua eccessiva attenuazione che rischia di rompere gli argini e scadere in una violazione del principio di par condicio prima e di concorrenza, poi. Ed infatti, proprio per la miglior garanzia del principio di concorrenza le deroghe al principio di immodificabilità soggettiva possono essere solo quelle tassativamente previste a livello europeo e nazionale e devono rispondere ad un precipuo interesse pubblico che giustifichi la deroga alla regola della*

riapertura dell'appalto alla concorrenza per il venir meno dell'identità giuridica tra il soggetto che ha formulato la proposta, il soggetto che si aggiudica la gara e quello che esegue il contratto. Alla luce della formulazione dell'articolo dedicato al raggruppamento temporaneo di impresa nello schema di nuovo codice dei contratti, possono ritenersi del tutto valide le considerazioni svolte. Il nuovo art. 68 ripropone la struttura dell'istituto di cui si è detto, al netto delle differenze sopra illustrate, senza interventi netti in materia di modificabilità del r.t.i. Viene riproposta, infatti, la disposizione sul recesso del partecipante al consorzio o al raggruppamento già contenuta nel comma 19 dell'art. 48 del d.lgs. n. 50 del 2016, consentendo il recesso ad nutum anche nel caso di riduzione del raggruppamento ad unico soggetto, purché le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione richiesti. Sarebbe stato forse auspicabile un intervento più netto in tema di immodificabilità? Probabile. Di fatto però le risultanze giurisprudenziali fin qui raggiunte non andranno perdute”;

p) la relazione di accompagnamento al d. lgs. n. 36 del 2023 evidenzia – peraltro, sul tema (quanto all’art. 8, del medesimo codice) – che:

p1) *“Il comma 13 prevede che i partecipanti al raggruppamento e al consorzio ordinario debbano possedere i requisiti generali, in continuità con il regime vigente (desumibile dall’art. 48, comma 17 e ss. del decreto legislativo n. 50 del 2016)”;*

p2) *“Con il comma 14 è stata inserita, sulla falsariga di quanto disposto nel comma 4 del precedente articolo, la disposizione in base alla quale la partecipazione alla gara in qualsiasi altra forma da parte del partecipante al raggruppamento determina l’esclusione del medesimo se sono integrati i presupposti della causa escludente dell’unico centro decisionale, sempre che l’operatore economico non dimostri che la circostanza non ha influito sulla gara né è idonea a incidere sulla capacità di rispettare gli obblighi contrattuali. E ciò in ragione di quanto sopra illustrato in seguito alla procedura di infrazione 2018/2273”;*

p3) *“Con il comma 17 è riprodotta la disposizione sul recesso del partecipante al raggruppamento e al consorzio contenuta nel comma 19 dell’art. 48 del decreto legislativo n. 50 del 2016, consentendo il recesso ad nutum (anche se il raggruppamento si riduce a un unico soggetto) di una o più imprese raggruppate, sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione”;*

p4) *“Con il comma 18, (corrispondente al comma 19-bis dell’art. 48 del decreto legislativo n. 50 del 2016), si prevede l’applicabilità del recesso di cui al comma 16 ai soggetti di cui all’art. 45, comma 2, lett. b) c), d) e) del decreto legislativo n. 50 del 2016”.*