

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, dopo un'ampia ricostruzione dell'assetto normativo riguardante le modifiche soggettive dei raggruppamenti temporanei e dei diversi orientamenti giurisprudenziali formatisi in relazione agli eventi di cui artt. 48, commi 17, 18 e 19-ter d. lgs. n. 50 del 2016, ha escluso la sostituibilità, in corso di gara, della mandante e della mandataria con altro operatore economico esterno al raggruppamento. La decisione, oltre che muovere dal dato letterale e sistematico della disciplina di riferimento, mostra l'assoluta evidenza dei possibili effetti distorsivi della concorrenza cui condurrebbe una sua diversa lettura, oltre che le esigenze di tutela della trasparenza e di garanzia della parità di trattamento degli operatori economici, immanenti nel diritto degli appalti.

Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza 27 maggio 2021, n. 10 – Pres. Patroni Griffi, Est. Nocelli

Contratti pubblici – Raggruppamento temporaneo d'impresa – Fallimento dell'impresa mandataria nel corso della procedura di gara – Sostituibilità dell'impresa fallita con soggetto esterno al r.t.i. – Esclusione

L'Adunanza plenaria enuncia i seguenti principi di diritto:

a) l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter, del d. lgs. n. 50 del 2016, nella formulazione attuale, consente la sostituzione meramente interna del mandatario o del mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese con un altro soggetto del raggruppamento stesso in possesso dei requisiti, nella fase di gara, e solo nelle ipotesi di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, concordato preventivo o di liquidazione o, qualora si tratti di imprenditore individuale, di morte, interdizione, inabilitazione o anche liquidazione giudiziale o, più in generale, per esigenze riorganizzative dello stesso raggruppamento temporaneo di imprese, a meno che – per questa ultima ipotesi e in coerenza con quanto prevede, parallelamente, il comma 19 per il recesso di una o più imprese raggruppate – queste esigenze non siano finalizzate ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara;

b) l'evento che conduce alla sostituzione meramente interna, ammessa nei limiti anzidetti, deve essere portato dal raggruppamento a conoscenza della stazione appaltante, laddove questa non ne abbia già avuto o acquisito notizia, per consentirle, secondo un principio di c.d. sostituibilità procedimentalizzata a tutela della trasparenza e della concorrenza, di assegnare al raggruppamento un congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno tale da poter riprendere correttamente, e rapidamente, la propria partecipazione alla gara o la prosecuzione del rapporto contrattuale (1)

(1) I. – Con la sentenza in rassegna, l'Adunanza plenaria analizzando i corrispondenti quesiti sollevati con sentenza non definitiva Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 20 gennaio 2021, n. 37 (oggetto della News US in data 10 febbraio 2021), ha formulato i principi di diritto di cui in massima in relazione ai limiti della sostituibilità nella procedura di gara, in caso di riunione temporanea di imprese, dell'impresa fallita o comunque assoggettata ad altra procedura concorsuale, con un'altra impresa estranea all'originario raggruppamento di imprese.

II. – La vicenda contenziosa che ha condotto al giudizio dinanzi al C.g.a. muove da una controversia instaurata, in primo grado, da due operatori economici che hanno dedotto l'illegittimità del provvedimento di esclusione con cui la stazione appaltante ha negato, a seguito del fallimento dell'originaria mandataria, la possibilità alle stesse imprese di proseguire nella gara con altra impresa, esterna all'originario raggruppamento, da costituirsi mandataria, in luogo della precedente ed in possesso dei necessari requisiti ai sensi del combinato disposto dei commi 17 e 19-ter dell'art. 48 d.lgs. n. 50 del 2016.

Con sentenza T.a.r. per la Sicilia, sez. I, 21 settembre 2020, n. 1870 è stato rigettato il ricorso di primo grado e avverso la predetta sentenza è stato interposto appello da parte delle originarie ricorrenti.

Nell'ambito del relativo giudizio – parzialmente definito – si è innestato il pronunciamento della Plenaria in rassegna.

III. – L'iter argomentativo seguito dall'Adunanza plenaria con la decisione in rassegna, si è così articolato:

- a) sul quadro normativo e giurisprudenziale relativo alla 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*):
 - a1) la questione della possibilità, o meno, di integrare l'originario r.t.i. con altro operatore con riferimento alla figura della mandataria, è stata risolta in senso positivo da parte della giurisprudenza (Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 26 luglio 2019, n. 706, in *Foro amm.*, 2019, 1262) ma registra orientamenti dissonanti (per la tesi contraria e con riferimento alla posizione della mandante, cfr. da ultimo, Cons. Stato, sez. V, ordinanza 8 gennaio 2021, n. 309);
 - a2) il principio di tendenziale immodificabilità soggettiva dell'operatore economico partecipante alla gara in forma di r.t.i., è sancito dall'art. 48, comma 9, del d. lgs. n. 50 del 2016, il quale prescrive che, salve le eccezioni previste al comma 17, per la mandataria, e al comma 18, per una delle

mandanti, è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta, pena l'annullamento dell'aggiudicazione e la nullità del conseguente contratto stipulato con il soggetto illegittimamente modificato;

- a3) il c.d. correttivo al codice dei contratti pubblici, di cui al d. lgs. n. 56 del 2017, ha in parte ritoccato la disciplina originaria dell'art. 48 del codice dei contratti pubblici, nel senso di: I) estendere le originarie eccezioni consentite dai commi 17 e 18, con riferimento al fallimento e alle altre ipotesi di procedure concorsuali (in quanto la sottoposizione ad esse costituisce causa di esclusione ai sensi dall'art. 80, comma 5, lett. b) del codice), anche alla fase di gara; II) permettere, altresì, la modifica soggettiva del raggruppamento, nella sola fase dell'esecuzione, anche per la perdita di uno degli altri requisiti dell'art. 80 in capo ad uno dei componenti; III) vietare, infine e comunque, il recesso di uno dei componenti per ragioni di mera riorganizzazione interna al raggruppamento, laddove queste ragioni siano in realtà finalizzate a colmare l'assenza dei requisiti partecipativi;
- a4) il citato comma 17, più in particolare, dispone nell'attuale formulazione che, salvo quanto previsto dall'art. 110, comma 5, del d. lgs. n. 50 del 2016, in caso, tra l'altro, di fallimento, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con un altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal codice dei contratti pubblici, purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire e, non sussistendo tali condizioni, la stazione appaltante deve recedere dal contratto;
- a5) il successivo comma 18, ancora, prevede che, salvo quanto previsto dall'art. 110, comma 5, in caso, tra l'altro, di fallimento, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire;
- a6) è ammesso dal successivo comma 19 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, ma in ogni caso la modifica soggettiva non è ammessa se finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara;

- a7) secondo il comma 19-*bis*, le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche con riferimento ai soggetti di cui all'art 45, comma 2, lettere b), c) ed e), e cioè ai consorzi tra società cooperative di produzione e lavoro, ai consorzi stabili e ai consorzi ordinari di concorrenti di cui all'art. 2602 c.c.;
- a8) secondo il comma 19-*ter*, infine, 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;
- a9) la questione posta attiene, specificamente, proprio all'estensione, ora introdotta dal comma 19-*ter*, di tali modifiche soggettive, in origine consentite dai commi 17 e 18 solo alla fase dell'esecuzione, anche alla fase di gara, con l'invocata possibilità di effettuare la sostituzione della mandataria – o della mandante – anche con un soggetto esterno al raggruppamento;
- a10) le disposizioni appena menzionate rispondono ad una duplice esigenza: I) quella di evitare, da un lato, 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 conseguenza di modifiche della composizione del raggruppamento avvenute nel corso della procedura ad evidenza pubblica o nella fase esecutiva del contratto; II) quella di tutelare la *par condicio* dei partecipanti alla gara con modifiche della composizione soggettiva del raggruppamento “*calibrate*” sull'evoluzione della gara o sull'andamento del rapporto contrattuale;
- a11) in questa prospettiva l'aggiunta di soggetti esterni all'originaria composizione del raggruppamento costituisce un *vulnus*: I) al fondamentale interesse pubblico alla trasparenza; II) al principio di parità di trattamento tra le imprese interessate all'aggiudicazione e, dunque, al valore primario della concorrenza nel suo corretto esplicarsi;
- a12) le uniche modifiche consentite dal legislatore sono quelle interne allo stesso raggruppamento, con una diversa distribuzione di ruoli e compiti tra mandanti e mandataria, secondo la disciplina dei richiamati commi 17 e 18;
- a13) nella sola fase dell'esecuzione, peraltro, il legislatore, dopo la riforma apportata dall'art. 32, comma 1, lett. h), 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 – possa giustificare la modifica soggettiva, ma sempre e solo interna al raggruppamento;

- a14) la deroga all'immodificabilità soggettiva dell'appaltatore costituito in raggruppamento, è solo quella dovuta, nella fase esecutiva, a modifiche strutturali interne allo stesso raggruppamento, senza l'aggiunta di nuovi soggetti che non abbiano partecipato alla gara (o, addirittura, che vi abbiano partecipato e ne siano stati esclusi);
- a15) la modifica sostitutiva c.d. per addizione costituisce *ex se* una deroga non consentita al principio della concorrenza perché ammette ad eseguire la prestazione un soggetto che non ha preso parte alla gara;
- a16) la deroga al principio di immutabilità soggettiva dell'offerente, dunque, deve trovare un espresso e chiaro fondamento nel diritto UE, non potendo essa neppure giustificarsi a livello sistematico nel richiamo al diverso istituto dell'avvalimento e all'eventuale sostituzione dell'impresa ausiliaria, ciò poiché: I) si tratta di istituti intesi a favorire il principio della massima partecipazione alla gara a condizioni paritarie e trasparenti tra tutti i concorrenti; II) la disciplina non è volta a derogare alla parità di trattamento tra questi, ben dovendo, anzi, la stazione appaltante imporre all'operatore economico di sostituire i soggetti ausiliari che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione (Cons. Stato Ad. plen., 18 marzo 2021, n. 5, in *Gazzetta forense*, 2021, 347 e oggetto della News US in data 12 aprile 2021);
- a17) l'Adunanza plenaria, con sentenza 4 maggio 2012 n. 8 (in *Guida al dir.*, 2012, 23, 82, con nota di PONTE; *Corriere merito*, 2012, 745, con nota di RAIOLA; *Urbanistica e appalti*, 2012, 905, con nota di D'HERIN; *Dir. e pratica amm.*, 2012, 9, 72, con nota di TOSCHEI; *Riv. nel diritto*, 2012, 1601, con nota di BERTOLINI; *Foro amm.-Cons. Stato*, 2012, 2234, con nota di GOTTI), sotto l'egida del precedente codice dei contratti, ha dato una lettura funzionale del principio di immodificabilità nel senso di non precludere la modifica soggettiva in assoluto, ammettendola laddove questa operi in riduzione, anziché in aggiunta o in sostituzione, e quindi solo internamente e senza innesti dall'esterno del raggruppamento, e comunque sempre che non sia finalizzata ad eludere i controlli in ordine al possesso dei requisiti;
- a18) se questa è l'impostazione di partenza si tratta di interrogarsi se per effetto del combinato disposto dei commi 17, 18, 19 e 19-ter dell'art. 48 debba ritenersi ammessa, dal legislatore nazionale, nelle ipotesi ivi contemplate, una modifica soggettiva di tipo anche additivo e, quindi, in aumento, nella fase dell'esecuzione come in quella della gara;
- a19) da una lettura testuale del combinato disposto – specialmente laddove al comma 18 utilizza la formula «*altro operatore economico subentrante*» – si

potrebbe ritenere ad una prima lettura che, in effetti, il legislatore si sia mosso in tale direzione;

- a20) eppure, in un intervento più recente, extracodicistico (art. 5, comma 4, d.l. n. 76 del 2020, conv. con mod. in l. n. 220 del 2020), peraltro di natura dichiaratamente emergenziale e, quindi, volto ad assicurare la ulteriore sollecita esecuzione dei contratti pubblici, il legislatore ha limitato l'avvicendamento solo (se realizzato) «*con altra impresa del raggruppamento designato*», con esclusione di modifiche additive nella fase della gara, dove il profilo del rispetto della concorrenza è più acuto;
 - a21) la giurisprudenza del Consiglio di Stato, è ferma nell'escludere la modifica del raggruppamento con l'aggiunta di un soggetto esterno, essendo consentita in sede di gara, per quanto visto, solo quella c.d. per sottrazione per ragioni riorganizzative tutte interne allo stesso raggruppamento e ora eccezionalmente, per la sola fase esecutiva, anche per il venir meno, eventualmente, di uno dei requisiti di cui all'art. 80 del d. lgs. n. 50 del 2016 in capo ad una delle imprese partecipanti;
- b) è alla luce di queste considerazioni, dunque, che deve fornirsi risposta ai quesiti posti dalla sentenza non definitiva Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 20 gennaio 2021, n. 37, cit., nel senso che:
- b1) la sostituzione esterna non è consentita né per la figura della mandataria né per quella della mandante;
 - b2) in senso contrario, non assume alcun rilievo sul piano letterale la diversa formulazione del comma 17 al rispetto al comma 18 dell'art. 48 del codice dei contratti pubblici e ciò poiché il riferimento del comma 18 all'operatore economico "*subentrante*": I) non allude all'ingresso nel raggruppamento di soggetto esterno; II) è riferibile alla struttura stessa del raggruppamento, che presuppone una pluralità di mandanti, e al subentro, appunto, di un mandante in possesso dei prescritti requisiti di idoneità ad altro mandante, salvo l'obbligo, per il mandatario, di eseguire direttamente le prestazioni, direttamente o a mezzo degli "*altri mandanti*", purché abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori e ai servizi o fornitura "*ancora da eseguire*";
 - b3) la disposizione del comma 18 correttamente interpretata intende disciplinare la prosecuzione del rapporto contrattuale tra la stazione appaltante e i rimanenti soggetti del raggruppamento, mandatario e mandanti, non certo – e quasi surrettiziamente – introdurre *ab externo* un terzo soggetto mandante nell'esecuzione di un rapporto contrattuale tra l'originario raggruppamento aggiudicatario e la stazione appaltante;

- b4) la stessa conclusione vale *a fortiori* per il comma 17, in rapporto alla figura della mandataria, centrale nell'esecuzione dell'appalto (v., su questo punto, Corte cost., 7 maggio 2020, n. 85, in *Foro it.*, 2020, I, 3003, con nota di D'AURIA, oggetto della News US in data 20 maggio 2020), e ciò poiché è necessario costituire un nuovo rapporto di mandato, ai sensi dei commi 12 e 13 del medesimo art. 48, nella "*prosecuzione del rapporto*" tra i medesimi soggetti, esclusa, appunto, la mandataria colpita dall'evento ostativo, da sostituirsi con uno dei mandanti, purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire;
- b5) disposizione ancor più rigorosa, qui ricordata a fini sistematici, è quella dell'art. 95, comma 1, del d. lgs. n. 159 del 2011, prevista dalla normativa antimafia, che consente la sostituzione interna della sola impresa mandante, eventualmente colpita da provvedimento interdittivo antimafia ed estromessa anteriormente alla stipulazione del contratto, e non della mandataria, proprio a cagione del suo essenziale ruolo nell'esecuzione della commessa, con la conseguente esclusione, in questa ultima ipotesi, dell'intero raggruppamento della gara senza possibilità di estromissione/sostituzione interna;
- b6) le disposizioni dell'art. 48 del d. lgs. n. 50 del 2016: I) non intendono "*sanzionare*" gli altri incolpevoli partecipanti al raggruppamento, che non abbiano alcuna responsabilità nell'evento che ha colpito la mandataria o la mandante; II) non intendono avvilire il principio dell'iniziativa economica, sancito dall'art. 41 Cost., con l'esclusione del raggruppamento al quale viene impedito di ricorrere ad una sostituzione aggiuntiva, mediante l'inserzione di un soggetto nuovo; III) hanno lo scopo di regolare la prosecuzione del rapporto contrattuale o – in forza di quanto prevede ora il comma 19-ter – anche della gara con il raggruppamento in cui un'impresa partecipante, mandataria o mandante, sia stata raggiunta da un evento eccezionale, che impedisce la sua partecipazione alla fase della gara o all'esecuzione del contratto;
- b7) è semmai l'aggiunta di un soggetto esterno all'originario raggruppamento a ledere l'interesse pubblico al corretto svolgimento della gara e alla trasparenza nell'esecuzione del contratto;
- b8) rispetto a questi interessi, quello del raggruppamento è recessivo e non può prevalere per un malinteso senso della concorrenza che, paradossalmente, produrrebbe effetti anticoncorrenziali a livello più generale;
- b9) né può accogliersi una interpretazione riduttiva delle disposizioni qui in esame: il senso del principio è quello di garantire che tendenzialmente sia

lo stesso soggetto che ha presentato l'offerta ad aggiudicarsi la gara e ad eseguire il contratto, ciò prescindendo, peraltro, dal rilievo che più in generale la sostituzione – interna – consentita per la perdita dei requisiti di cui all'art. 80 del d. lgs. n. 50 del 2016, nel necessario coordinamento tra il comma 19-ter, introdotto dall'art. 32, comma 1, lett. h), del d. lgs. n. 56 del 2017, e i commi 17 e 18 come novellati essi pure dall'art. 19, comma 1, lett. e) d. lgs. n. 56 del 2017, vale solo in corso di esecuzione, alla quale la novella ha inteso solo riferirsi e limitarsi, e non in fase di gara;

c) conclusivamente, devono essere affermati i seguenti principi di diritto:

- c1) l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter, del d. lgs. n. 50 del 2016, nella formulazione attuale, consente la sostituzione meramente interna del mandatario o del mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese con un altro soggetto del raggruppamento stesso in possesso dei requisiti, nella fase di gara, e solo nelle ipotesi di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, concordato preventivo o di liquidazione o, qualora si tratti di imprenditore individuale, di morte, interdizione, inabilitazione o anche liquidazione giudiziale o, più in generale, per esigenze riorganizzative dello stesso raggruppamento temporaneo di imprese, a meno che – per questa ultima ipotesi e in coerenza con quanto prevede, parallelamente, il comma 19 per il recesso di una o più imprese raggruppate – queste esigenze non siano finalizzate ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara;
- c2) l'evento che conduce alla sostituzione meramente interna, ammessa nei limiti anzidetti, deve essere portato dal raggruppamento a conoscenza della stazione appaltante, laddove questa non ne abbia già avuto o acquisito notizia, per consentirle, secondo un principio di c.d. sostituibilità procedimentalizzata a tutela della trasparenza e della concorrenza, di assegnare al raggruppamento un congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno tale da poter riprendere correttamente, e rapidamente, la propria partecipazione alla gara o la prosecuzione del rapporto contrattuale.

IV. – Per completezza si segnala:

- d) sulle sorti del raggruppamento temporaneo di imprese nel caso di fallimento di una di esse: T.a.r. per la Puglia, sez. st. Lecce, sez. III, 24 dicembre 2019, n. 1721;
- e) sulle vicende soggettive che investono i componenti del raggruppamento temporaneo d'impresa anteriormente e durante le fasi di gara:
 - e1) Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 22 maggio 2020, n. 298;

- e2) T.a.r. per la Puglia, sez. st. Lecce, sez. II, 12 agosto 2019, n. 1424;
- f) 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):
- f1) 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);
- f2) 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);
- f3) 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);
- f4) Cons. Stato, Ad. plen., 29 febbraio 2016, n. 6, in *Foro it.* 2017, parte III, 263;
- f5) Cons. Stato, Ad. plen., 29 febbraio 2016, n. 5 (in *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);
- f6) Cons. Stato, Ad. plen., 20 luglio 2015, n. 8 (in *Urbanistica e appalti*, 2016, 88, con nota di GIACALONE); 4 maggio 2012, n. 8, cit.; 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);
- f7) 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);
- f8) in dottrina è stato evidenziato che *“le cause di esclusione rilevano non solo al fine della partecipazione alla gara, ma anche al fine della stipula del contratto e del subappalto, pertanto i requisiti generali non devono essere posseduti solo al momento della presentazione della domanda e al momento della scadenza del bando di gara, ma devono perdurare per tutto lo svolgimento della procedura e fino alla*

*stipula del contratto [...]; il perdurante possesso di alcuni di essi rileva anche in fase di esecuzione, e il loro venir meno può essere causa di risoluzione del contratto. Ne consegue che va pronunciata la decadenza dall'aggiudicazione ove l'aggiudicatario, inizialmente in possesso dei requisiti, li perda prima della stipulazione" (R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni*, Bologna, 2020, 677). La peculiarità della disciplina delle gare d'appalto – esaminata sul piano generale delle fonti euro unitarie e come espressione, tra gli altri, dei principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza - segna anche la differenza con le altre procedure concorsuali: mentre normalmente in queste ultime "si richiede che i requisiti siano posseduti alla data di scadenza prevista dal bando per la presentazione delle domande di partecipazione, nelle gare d'appalto la Plenaria esige, con maggior rigore, che «i requisiti generali e speciali devono essere posseduti non solo alla data di scadenza del bando, ma anche al momento della verifica dei requisiti da parte della stazione appaltante e al momento dell'aggiudicazione [...]" (R. DE NICTOLIS, cit., 677). 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";*

- g) sull'importanza del possesso, nel tempo, dei requisiti di ordine generale:
 - g1) Corte cost., 7 maggio 2020, n. 85, cit.;
 - g2) 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);
- h) 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);
- i) 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, cit.;

- j) 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);
- k) sui limiti all'ammissibilità delle modifiche soggettive del r.t.i in corso di gara: Cons. Stato, sez. V, 27 agosto 2020, n. 5255;
- l) sulla sostituzione dell'impresa ausiliaria durante la gara:
 - l1) con specifico riferimento agli effetti di una dichiarazione non veritiera dell'ausiliaria, Corte di giustizia UE, sez. IX, 3 giugno 2021, C-210/2020, *Ambiente Srl*;
 - l2) Cons. Stato, sez. V, 21 febbraio 2018, n. 1101;
 - l3) Cons. Stato, Sez. V, sentenza 29 novembre 2017 n. 5611;
 - l4) 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;
 - l5) 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;
- 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, secondo cui:
 - m1) *“la dichiarazione di fallimento della società mandante, anche se non determina lo scioglimento del contratto d'appalto, alla cui esecuzione, [...] resta obbligata l'impresa capogruppo, comporta L. Fall., ex art. 78 (nel testo anteriore al D.L.vo n. 5 del 2006, applicabile «ratione temporis»), lo scioglimento del rapporto di mandato conferito a quest'ultima, sicché la mandataria capogruppo non ha più la legittimazione ad agire in nome e per conto della mandante fallita, per far valere i crediti dalla stessa vantati nei confronti dell'ente committente e la mandante recupera una propria autonoma legittimazione”*;
 - m2) *“Né può diversamente ritenersi, essendo la capogruppo mandataria in rem propriam in favore di un soggetto terzo, nella specie la stazione appaltante”*;
 - m3) *“La tutela delle vantate posizioni in corso di esecuzione delle opere commesse, per espressa disposizione di legge, consente alla prima, invero, solo di proseguire il rapporto con una impresa diversa da quella fallita”*;

- m4) *“Nella fase dei pagamenti, l’interesse della stazione appaltante ad avere un unico centro di imputazione al fine di una più agevole e sollecita esecuzione delle opere viene meno e l’interesse, residuo, della prima a definire in un unico contesto processuale le ragioni di dare ed avere con le imprese riunite in una a.t.i. è recessivo rispetto alle ragioni del fallimento della mandante e, in genere, delle imprese già riunite”*;
- n) sul fallimento della mandataria e la legittimazione della mandante: Cass. civ., sez. I, 17 gennaio 2017 n. 973 secondo cui *“In tema di appalto di opere pubbliche stipulato da imprese riunite in associazione temporanea, il fallimento della società capogruppo, costituita mandataria dell’altra [...] determina lo scioglimento del rapporto di mandato, ai sensi dell’art. 78 l.fall., sicché l’impresa mandante è legittimata ad agire direttamente nei confronti del committente per la riscossione della quota dei crediti nascenti dall’appalto ad essa imputabile e la curatela è legittimata a riscuotere dall’amministrazione appaltatrice il corrispettivo per l’esecuzione dell’appalto solo per la quota corrispondente a quella parte dei lavori appaltati la cui realizzazione, in base all’accordo di associazione temporanea, era di sua spettanza”*;
- o) 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);
- p) sulla (non) prededucibilità del credito dell’appaltatore in caso di fallimento del subappaltatore: Cass. civ., sez. un., 2 marzo 2020, n. 5685 (in *Fallimento*, 2020, 4, 463, con nota di LEUZZI), anche in relazione all’evoluzione della disciplina fino al d. lgs. n. 50 del 2016;
- q) sul rapporto tra fase esecutiva del contratto e interesse pubblico: Cons. Stato, Ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10 (in *Guida al dir.*, 2020, 21, 108 (m), con nota di GIZZI; *Merito*, 2020, 5, 69, con nota di CHIARELLI; *Urbanistica e appalti*, 2020, 670, con nota di MIRRA; *Foro amm.*, 2020, 722, con nota di GRIGNANI; *Giornale dir. amm.*, 2020, 505 (m), con nota di MOLITERNI; *Nuovo notiziario giur.*, 2020, 463, con nota di PALMIERI; *Rass. avv. Stato*, 2020, 2, 91, con nota di BELLI; *Giur. it.*, 2021, 157 (m), con nota di INGEGNATTI; *Foro amm.*, 2020, 1374 (m), con nota di IANNOTTA; oggetto della News US in data 14 aprile 2020), citata nella sentenza in rassegna;
- r) in dottrina:
- r1) su fallimento e procedure di evidenza pubblica alla luce della legge delega n. 11 del 2016, V. NERI, *La crisi di impresa nei contratti con la p.a. alla luce della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11* in *Urbanistica e appalti*, 2016, 3, 253, secondo cui la legge delega del 2016, a differenza del quadro normativo previgente, non ha visto nel fallimento un ostacolo insormontabile all’instaurazione o

- alla prosecuzione del rapporto con la pubblica amministrazione a condizione però di una intervenuta autorizzazione all'esercizio provvisorio;
- r2) V. NERI, *Procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o di risoluzione del contratto e misure straordinarie di gestione*, in *Trattato sui contratti pubblici* (a cura di Sandulli e De Nictolis), Milano, 2019, IV, 93;
- r3) sul fallimento delle società *in house* ed effetti sulle partecipazioni pubbliche: L: DE RENTIIS, *La gestione del servizio da parte dell'amministrazione pubblica controllante dopo il fallimento della società in house*, in *Azienditalia*, 2020, 12, 1940, la quale ha evidenziato che l'art. 14, comma 6, del Testo unico delle società a partecipazione pubblica (d.lgs. n. 175 del 2016) "introduce una misura limitativa dell'autonomia negoziale delle Amministrazioni pubbliche controllanti di società in house dichiarate fallite. La norma in discorso, infatti, vieta alle Amministrazioni controllanti di assumere il ruolo di socie in organismi che gestiscono il medesimo servizio erogato dalla società dichiarata fallita, tuttavia, non chiarisce le modalità organizzative con le quali dette Amministrazioni possano continuare ad erogare il servizio", e che tale assenza di indicazioni ha condotto la giurisprudenza amministrativa e quella contabile "a differenti approdi ermeneutici";
- r4) sul rapporto tra disciplina concorsuale e disciplina dei contratti pubblici: G. FAUCEGLIA, *Disciplina concorsuale e art. 110 del nuovo codice degli appalti pubblici*, in *Dir. fall.*, 2017, 2, 463.