



**News n. 98 del 23 ottobre 2024  
a cura dell'Ufficio del massimario**

I giudici di Lussemburgo chiariscono che la disciplina interna (e, segnatamente, le corrispondenti disposizioni del d.lgs. n. 163 del 2006) sulle modificazioni soggettive dei raggruppamenti temporanei di imprese, nella parte in cui non consente la possibilità di ridurre la relativa originaria compagine, nonché la previsione relativa all'incameramento automatico della cauzione provvisoria (già oggetto di diversi rinvii) non sono compatibili con il diritto eurounitario.

**Corte di giustizia dell'Unione europea, sezione VIII, sentenza 26 settembre 2024, C-403/23 e C-404/23, Luxone Srl, Sofein Spa, c. Consip SpA.**

**Contratti pubblici e obbligazioni della pubblica amministrazione – Raggruppamento temporaneo 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. – Incompatibilità.**

*L'articolo 47, paragrafo 3, e l'articolo 48, paragrafo 4, della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, in combinato disposto con il principio generale di proporzionalità, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a una normativa nazionale che esclude la possibilità, per i componenti originari di un raggruppamento temporaneo di imprese offerente, di recedere da tale raggruppamento, qualora il termine di validità dell'offerta presentata da detto raggruppamento giunga a scadenza e l'amministrazione aggiudicatrice chieda l'estensione della validità delle offerte che le sono state presentate, purché sia dimostrato, da un lato, che i restanti componenti dello stesso raggruppamento soddisfano i requisiti definiti dall'amministrazione aggiudicatrice e, dall'altro, che la continuazione della loro partecipazione alla procedura di aggiudicazione di cui trattasi non comporta un deterioramento della situazione degli altri offerenti sotto il profilo della concorrenza. (1)*

**Contratti pubblici e obbligazioni della pubblica amministrazione – Garanzia – Esclusione di operatore economico non aggiudicatario – Escussione automatica – Incompatibilità.**

*I principi di proporzionalità e di parità di trattamento, nonché l'obbligo di trasparenza, quali enunciati all'articolo 2 e al considerando 2 della direttiva 2004/18, devono essere interpretati nel*

*senso che essi ostano a una normativa nazionale che prevede l'incameramento automatico della cauzione provvisoria costituita da un offerente a seguito dell'esclusione di quest'ultimo da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi, anche qualora il servizio di cui trattasi non gli sia stato aggiudicato. (2)*

(1,2) I. – La Corte di giustizia UE - su rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato, sez. V, ordinanza 16 giugno 2023, n. 5950 (in *Foro amm.*, 2023, II, 897 e oggetto della News UM n. 99 del 24 luglio 2023, cui si rinvia per ogni approfondimento), disposto nell'ambito di una controversia sorta tra un operatore economico partecipante ad una gara e la Consip SpA, il quale era stato escluso in ragione della mancata conferma dell'offerta, da parte di alcune imprese mandanti, dopo la scadenza del termine di validità della stessa e, successivamente, era stato destinatario del provvedimento di incameramento della cauzione - ha pronunciato i principi di cui in massima.

Secondo la Corte la disciplina interna (e, segnatamente, le corrispondenti disposizioni del d.lgs. n. 163 del 2006) sulle modificazioni soggettive dei raggruppamenti temporanei di imprese, nella parte in cui non consente la possibilità di ridurre la relativa originaria compagine, è contraria alle normative europee, ed in particolare all'articolo 47, paragrafo 3, e l'articolo 48, paragrafo 4, della direttiva 2004/18/CE, in combinato disposto con il principio generale di proporzionalità. La disciplina interna che prevede l'incameramento automatico della cauzione provvisoria costituita da un offerente a seguito dell'esclusione di quest'ultimo, invece, secondo la Corte, è contraria ai principi di proporzionalità e di parità di trattamento, nonché all'obbligo di trasparenza, quali enunciati all'articolo 2 e al considerando 2 della direttiva 2004/18/CE.

II. – La Corte, dopo aver analizzato la vicenda processuale sottesa, sulla questione inerente alla riduzione della compagine di un raggruppamento temporaneo di imprese, ha osservato quanto segue:

- a) l'articolo 47, paragrafo 2, e l'articolo 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18/CE conferiscono a un operatore economico il diritto di far valere, da un lato, le capacità economiche e finanziarie e, dall'altro, le capacità tecniche e professionali dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti, a condizione di dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice che il raggruppamento disporrà dei mezzi necessari per l'esecuzione dell'appalto;
- b) tale direttiva consente quindi il cumulo delle capacità di più operatori economici per soddisfare i requisiti minimi di capacità imposti dall'amministrazione aggiudicatrice, purché il candidato o l'offerente, che si avvale delle capacità di uno o di svariati altri soggetti, dimostri all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà effettivamente dei mezzi di questi ultimi che sono necessari all'esecuzione dell'appalto;
- c) tale interpretazione è conforme all'obiettivo dell'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile. Essa è inoltre idonea a facilitare l'accesso delle PMI (piccole e medie imprese) agli appalti pubblici, cui tende altresì la direttiva 2004/18/CE, come affermato dal considerando 32 di quest'ultima (si richiamano le sentenze del 10 ottobre 2013, C-94/12, *Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino*, punti 29, 33 e 34, in *Dir. e giustizia*, (nota) 2013, 1559) e del 2 giugno 2016, C-27/15, *Pippo Pizzo*, punti da 25 a 27, in *Foro it.* 2017,

IV, 206, con nota di CONDORELLI, nonché oggetto della News US in data 5 luglio 2016);

- d) dall'articolo 47, paragrafo 3, e dall'articolo 48, paragrafo 4, di detta direttiva, risulta altresì che un raggruppamento di operatori economici di cui all'articolo 4 della medesima direttiva può, alle stesse condizioni, fare affidamento sulle capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti;
- e) né l'articolo 47, paragrafo 3, né l'articolo 48, paragrafo 4, della direttiva 2004/18 contengono norme riguardanti specificamente le modifiche sopraggiunte in ordine alla composizione di un raggruppamento di operatori economici offerente, sicché la disciplina di una tale situazione rientra nella competenza degli Stati membri (si richiama la sentenza del 24 maggio 2016, C-396/14, MT Højgaard e Züblin, punto 35, in *Foro amm.*, II, 2016, 5, 1136 (m.); *lamministrativista.it*, 2016; *Dir. e giustizia*, 27 maggio 2016);
- f) dall'articolo 37, commi 9, 10, 18 e 19, del primo codice dei contratti pubblici risulta che, salvo in caso di fallimento del capogruppo o di un componente di un raggruppamento temporaneo di imprese, qualsiasi modifica riguardante l'originaria composizione di tale raggruppamento era vietata, pena l'esclusione di tutti i componenti del raggruppamento dalla procedura di aggiudicazione di appalto pubblico;
- g) tale divieto di modificare la composizione di un raggruppamento temporaneo di imprese deve tuttavia essere valutato alla luce dei principi generali del diritto dell'Unione, segnatamente del principio di parità di trattamento, dell'obbligo di trasparenza che deriva da quest'ultimo e del principio di proporzionalità (si richiama la sentenza del 24 maggio 2016, C-396/14, *MT Højgaard e Züblin*, punto 36, *cit.*);
- h) quest'ultimo principio, ricordato al considerando 2 della direttiva 2004/18/CE, richiede che le norme stabilite dagli Stati membri o dalle amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito dell'attuazione delle disposizioni di detta direttiva non vadano oltre quanto è necessario per conseguire gli obiettivi previsti dalla medesima (si richiamano le sentenze del 16 dicembre 2008, C-213/07, Michaniki, punto 48 (in *Foro amm. Cons. Stato*, 2008, 12, 3213 (m); *Riv. giur. edilizia*, 2009, 1, I, 48) e del 7 settembre 2021, C-927/19, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, punto 155 (in *Foro it. rep.*, 2022, *Unione europea e Consiglio d'Europa; Foro amm.*, II, 2021, 9, 1247; *Riv. trim. appalti*, 2022, 141);
- i) il principio di parità di trattamento accorda agli offerenti le stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte, il che implica che tali offerte siano soggette alle medesime condizioni per tutti gli offerenti. L'obbligo di trasparenza, che ne costituisce il corollario, ha come scopo quello di eliminare i rischi di favoritismo e di arbitrio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice (si richiamano le sentenze del 6 novembre 2014, C-42/13, Cartiera dell'Adda, punto 44, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 3, 1006 (m) con nota di MAMELI; *Ragiusan*, 2014, 367-368, 67; *Guida al dir.*, 2014, 47, 26 (m); del 2 giugno 2016, C-27/15, Pippo Pizzo, punti 36 e 37, *cit.*; e del 9 febbraio 2006, C-226/04 e C-228/04, La Cascina e a., punto 32, (in *Foro amm. Cons. Stato*, 2006, 2, 310; *Guida al dir.*, 2006, 16, suppl. II, 42 con nota di CARUSO; *Servizi pubbl. e appalti*, 2006, 2, 317 (m); *Giust. civ.*, 2006, 7-8, I, 1391; *Riv. corte conti*, 2006, 1, 254);

- j) al riguardo, il punto 21 dell'allegato VII A della direttiva 2004/18/CE prevede che il "[p]eriodo di tempo durante il quale l'offerente è vincolato alla propria offerta (procedure aperte)" costituisca parte integrante delle informazioni che devono figurare nei bandi di gara;
- k) dalla sentenza del 24 maggio 2016, C-396/14, MT Højgaard e Züblin, punti 44 e 48, *cit.*, risulta che l'articolo 47, paragrafo 3, e l'articolo 48, paragrafo 4, della direttiva 2004/18/CE devono essere interpretati nel senso che i componenti di un raggruppamento temporaneo di imprese possono, senza violare il principio della parità di trattamento, recedere da quest'ultimo, purché sia dimostrato, da un lato, che i restanti componenti di tale raggruppamento soddisfano le condizioni di partecipazione alla procedura di aggiudicazione di appalto pubblico definite dall'amministrazione aggiudicatrice e, dall'altro, che la continuazione della loro partecipazione a tale procedura non comporta un deterioramento della situazione degli altri offerenti sotto il profilo della concorrenza;
- l) imponendo rigorosamente il mantenimento dell'identità giuridica e materiale di un raggruppamento temporaneo di imprese, l'articolo 37, commi 9, 10, 18 e 19, del previgente codice dei contratti pubblici viola manifestamente il principio di proporzionalità;
- m) ciò vale a maggior ragione in quanto nessuna deroga è prevista nell'ipotesi in cui l'amministrazione aggiudicatrice chieda, a più riprese, il differimento della data di validità delle offerte. Un tale differimento richiede che tutti i componenti di un raggruppamento temporaneo di imprese, da un lato, immobilizzino talune risorse, tanto in termini di personale quanto di materiali, nella prospettiva di un'eventuale aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi e, dall'altro, che proroghino la cauzione provvisoria costituita, il che può rappresentare un onere rilevante, in particolare per una PMI;
- n) dalla domanda di pronuncia pregiudiziale risulta che il giudice del rinvio interpretava l'articolo 11, comma 6, del previgente codice dei contratti pubblici nel senso che esso non comportava la decadenza *ex lege* dell'offerta una volta decorso il termine indicato in quest'ultima. Pertanto, l'offerente doveva avvalersi espressamente della facoltà di svincolarsi dalla sua offerta. Dalla domanda di pronuncia pregiudiziale risulta altresì che la precisazione secondo cui il recesso di un componente di un raggruppamento temporaneo di imprese doveva avvenire per esigenze organizzative proprie di tale raggruppamento deriva unicamente dalla giurisprudenza del giudice del rinvio;
- o) la Corte ha più volte dichiarato che una situazione in cui le condizioni di partecipazione a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico derivano dall'interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale è particolarmente sfavorevole per gli offerenti stabiliti in altri Stati membri, dal momento che il loro grado di conoscenza di tale diritto nazionale e della sua interpretazione può non essere comparabile a quello degli offerenti dello Stato membro interessato (si richiama la sentenza del 2 giugno 2016, C-27/15, *Pippo Pizzo*, punto 46, *cit.*, e l'ordinanza del 13 luglio 2017, C-35/17, *Saferoad Grawil e Saferoad Kabex*, punto 22);
- p) se è vero che l'amministrazione aggiudicatrice può, in qualsiasi momento, verificare l'affidabilità dei componenti di un raggruppamento temporaneo di

imprese e, a questo proposito, assicurarsi che questi ultimi non siano interessati da una delle cause di esclusione da una procedura di aggiudicazione di appalto elencate all'articolo 45 della direttiva 2004/18/CE, essa è tuttavia tenuta a garantire, nell'ambito di tale valutazione, il rispetto del principio di proporzionalità;

- q) nell'applicare motivi facoltativi di esclusione da una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico, un'amministrazione aggiudicatrice deve prestare un'attenzione ancora maggiore a tale principio qualora l'esclusione prevista dalla normativa nazionale colpisca l'intero raggruppamento di operatori economici non per una violazione imputabile all'insieme dei suoi componenti, bensì per una violazione commessa soltanto da uno o più di essi e senza che il capogruppo di tale raggruppamento abbia disposto di un qualsivoglia potere di controllo nei confronti dell'operatore economico o degli operatori economici con cui esso intendeva costituire un tale raggruppamento (si richiamano le sentenze 30 gennaio 2020, C-395/18, Tim SpA, punto 48 (in *Foro amm.*, 2020, 1, 2; *Guida al dir.*, 2020, 9, 38; *Riv. giur. edilizia*, 2020, 2, I, 163; *l'amministrativita.it*, 31 gennaio 2020) e 7 settembre 2021, C-927/19 *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*, punto 156, *cit.*);
- r) il principio di proporzionalità impone, infatti, all'amministrazione aggiudicatrice di effettuare una valutazione specifica e concreta dell'atteggiamento del soggetto interessato (si richiama la sentenza 13 dicembre 2012, C-465/11, Forposta e ABC Direct Contact, punto 31, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2012, 12, 3085; *Diritto comunitario scambi internaz.*, 2013, 1-2, 147). A tale titolo, l'amministrazione aggiudicatrice deve tener conto dei mezzi di cui l'offerente disponeva per verificare l'esistenza di una violazione in relazione al soggetto sulle cui capacità intendeva fare affidamento (si richiamano le sentenze 3 giugno 2021, C-210/20, Rad Service e a., punto 40 (in *Foro amm.*, 2021, 6, 899; *Riv. giur. edilizia*, 2021, 4, 1019) nonché 7 settembre 2021, C-927/19, *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*, punto 157, *cit.*);
- s) in tali circostanze, l'articolo 47, paragrafo 3, e l'articolo 48, paragrafo 4, della direttiva 2004/18/CE, in combinato disposto con il principio generale di proporzionalità, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a una normativa nazionale che esclude la possibilità, per i componenti originari di un raggruppamento temporaneo di imprese offerente, di recedere da tale raggruppamento, qualora il termine di validità dell'offerta presentata da detto raggruppamento giunga a scadenza e l'amministrazione aggiudicatrice chieda l'estensione della validità delle offerte che le sono state presentate, purché sia dimostrato, da un lato, che i restanti componenti dello stesso raggruppamento soddisfano i requisiti definiti dall'amministrazione aggiudicatrice e, dall'altro, che la continuazione della loro partecipazione alla procedura di aggiudicazione di cui trattasi non comporta un deterioramento della situazione degli altri offerenti sotto il profilo della concorrenza;

III. – Sulla seconda questione sollevata dal Consiglio di Stato, inerente all'incameramento automatico della cauzione provvisoria, invece, la Corte osserva quanto segue:

- t) come risulta dai punti 61 e 62 della sentenza del 28 febbraio 2018, C-523/16 e C-536/16, MA.T.I. SUD e Duemme SGR, (in *Foro amm.*, 2018, 2, 163 e *Dir. e giustizia*, 2 marzo 2018) è vero che la fissazione anticipata da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, nel bando di gara, dell'importo della cauzione provvisoria da costituire risponde alle esigenze derivanti dai principi di parità di trattamento tra gli offerenti, di trasparenza e di certezza del diritto, in quanto consente oggettivamente di evitare qualsiasi trattamento discriminatorio o arbitrario di questi ultimi da parte di tale amministrazione aggiudicatrice;
- u) tuttavia, l'incameramento automatico di tale cauzione così prestabilita, indipendentemente dalla natura delle regolarizzazioni eventualmente operate dall'offerente negligente e, pertanto, in assenza di qualsiasi motivazione individuale, non appare compatibile con le esigenze derivanti dal rispetto del principio di proporzionalità;
- v) parimenti, se è vero che l'incameramento di detta cauzione costituisce un mezzo appropriato per conseguire gli obiettivi legittimi perseguiti dallo Stato membro interessato, consistenti, da un lato, nel responsabilizzare gli offerenti in sede di predisposizione delle loro offerte e, dall'altro, nel compensare l'onere finanziario che il controllo della regolarità delle offerte rappresenta per l'amministrazione aggiudicatrice, l'importo che essa raggiunge in una situazione come quella di cui trattasi nel procedimento principale appare manifestamente eccessivo rispetto allo svolgimento della procedura di appalto di cui trattasi (si richiama di nuovo la sentenza 28 febbraio 2018, C-523/16 e C-536/16, MA.T.I. SUD e Duemme SGR, punti 63 e 64, *cit.*);
- w) pertanto, occorre dichiarare che i principi di proporzionalità e di parità di trattamento, nonché l'obbligo di trasparenza, quali enunciati all'articolo 2 e al considerando 2 della direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a una normativa nazionale che prevede l'incameramento automatico della cauzione provvisoria costituita da un offerente a seguito dell'esclusione di quest'ultimo da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi, anche qualora il servizio di cui trattasi non gli sia stato aggiudicato.

#### IV. - Per completezza si segnala quanto segue:

- x) sulle modifiche soggettive dei r.t.i. dopo l'aggiudicazione o in corso di gara nel secondo codice appalti (art. 48, comma 9, 17 e 18 e 19 del d.lgs. n. 50 del 2016):
- x1) in dottrina: R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici, Appalti e concessioni dopo il d.lgs. 56/2017*, Bologna, 2017, 745 e ss.; F. CARDARELLI, *Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici*, in *Trattato sui contratti pubblici*, Tomo II, *Soggetti, qualificazione, regole comuni alle procedure di gara*, M. A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), Milano, 2019, 623 e ss.; in generale, sulle associazioni temporanee di imprese (ATI), G.M. BARSÌ, *La partecipazione aggregata*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, M. CLARICH (a cura di), Torino, 2019, 425 e ss., in particolare, il paragrafo 1.3. "Il divieto di modificare la composizione dell'ATI"; R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni*, Bologna, 2020, 651 ss.; A. BOTTO – S. CASTROVINCI ZENNA, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Torino, 2020, 97 e ss.; 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; G. TROPEA, Lineamenti di diritto dei contratti pubblici, Napoli, 2024, 194 ss;*

x2) in giurisprudenza:

- i) sulla modifica soggettiva in caso di perdita dei requisiti di partecipazione da parte della mandataria o di una delle mandanti e sulla fase in cui è consentita (non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara), con riferimento al secondo codice appalti: Cons. Stato, Ad. plen., 25 gennaio 2022, n. 2, (in *Foro it.*, 2022, III, 603, e oggetto della News US in data 25 febbraio 2022);
- ii) 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. V, 8 gennaio 2021, n. 313, oggetto della News US in data 25 gennaio 2021); coeva a tale sentenza, Cons. Stato, Ad. plen., 27 maggio 2021, n. 9 (pronunciata all'esito di analogia rimessione disposta con ordinanza Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2021, n. 309);
- iii) 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); 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), che ammette la sostituzione, nel consorzio stabile, della consorziata non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori (e dalla quale il consorzio ripeta la qualificazione) che abbia perduto i requisiti;
- iv) sulla compatibilità costituzionale dell'art. 186-*bis*, comma 6, della l. f. (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);
- v) sui limiti all'ammissibilità delle modifiche soggettive del r.t.i in corso di gara: Cons. Stato, sez. V, 27 agosto 2020, n. 5255; C.g.a., sez. giur., 22 maggio 2020, n. 298; Cons. stato, sez. V, 24 febbraio 2020, n. 1379, (in *lamministratistiva.it*, 25 febbraio 2020); Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8 che afferma il principio di immodificabilità soggettiva nelle gare di appalto (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. nel diritto*, 2012, 1601, con nota di BERTOLINI; *Foro amm. Cons. Stato*, 2012, 2234 (m), con nota di GOTTI); 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);

y) in relazione al terzo codice dei contratti (d.lgs. n. 36 del 2023), in tema di modifiche soggettive, si osserva quanto segue:

- i) la disciplina dei raggruppamenti temporanei oggi è contenuta, insieme a quella dei consorzi ordinari, nell'art. 68, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, il cui comma 15 stabilisce che *"La modifica dei consorzi e dei raggruppamenti è ammissibile nei termini indicati dall'articolo 97 e dal comma 17 del presente articolo"*; il comma 17 prevede che *"È ammesso il recesso di una o più imprese raggruppate, sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire"* (si osserva che, a differenza di quanto previsto dal previgente codice, il recesso non deve essere più giustificato da esigenze organizzative del r.t.i., ma può avere qualsiasi motivazione);
- ii) l'art. 97, comma 2, rubricato *"Cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti"*, dispone che: *"Fermo restando l'articolo 96, se un partecipante al raggruppamento si trova in una delle situazioni di cui agli articoli 94 e 95 [cause di esclusione automatiche e non automatiche] o non è in possesso di uno dei requisiti di cui all'articolo 100 [requisiti di ordine speciale], il raggruppamento può comprovare di averlo estromesso o sostituito con altro soggetto munito dei necessari requisiti, fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata..."*;
- iii) nell'art.68 del nuovo codice non sono più riproposti i commi 17 e 18 dell'art. 48 del d.lgs. n. 50 del 2016, oggetto di diverse interpretazioni giurisprudenziali. Nella relazione, infatti, si chiarisce che le disposizioni ivi contenute *"corrispondono"* e *"superano"* quanto previsto ai commi 17 e 18 dell'art. 48 del d.lgs. n. 50 del 2016. Nella relazione si chiarisce altresì che l'art. 97, per le incertezze applicative che avevano indotto la giurisprudenza ad intervenire a più riprese sul tema, contiene la disciplina della c.d. *"sostituzione"* od *"estromissione"* del partecipante al raggruppamento. Per quanto riguarda specificamente il comma 2 dell'art. 97, nella relazione si chiarisce che è stato formulato sulla scorta della convinzione che l'istituto di cui all'art. 63, paragrafo 1, comma 2, della direttiva 24/2014/UE possa applicarsi non solo alla sostituzione, prevista espressamente dalla direttiva medesima, ma anche alla modifica per riduzione dell'operatore economico con identità plurisoggettiva, in ragione del minore impatto di tale ultimo fenomeno sull'identità dell'operatore economico offerente. La nuova disciplina delle modifiche dei raggruppamenti temporanei di impresa pare essere già in linea con la sentenza della Corte di giustizia UE in rassegna;
- iv) sulla disciplina dei raggruppamenti temporanei nel d.lgs. n. 36 del 2023: M. GIUSTINIANI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici, prima e dopo la*

*ristrutturazione*, Napoli, 2023, 221 ss. e 308 ss.; R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Manuale dei contratti pubblici alla luce del Nuovo Codice D.lgs. 31 marzo 2023*, n. 36, Molfetta, 2023, 150 ss.; R. CHIEPPA - M. SANTISE – H. SIMONETTI E R. TUCCILLO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Questioni attuali sul d.lgs. n. 36/2023*, 2023, Milano, 2023, 203 e ss.;

z) sulla previsione dell'incameramento automatico della cauzione provvisoria, si segnala quanto segue:

z1) pendono altre cinque cause innanzi alla Corte di giustizia UE, sollevate rispettivamente da: Cons. Stato, sez. V, ord. 18 aprile 2024, n. 3530 (oggetto della News UM n. 44 del 7 maggio 2024); ord. 7 giugno 2023, n. 5618 (in *Foro amm.*, 2023, II, 891, nonché oggetto della News UM n. 90 del 13 luglio 2023); 6 aprile 2023, n. 3571 (in *Foro amm.*, 2023, II, 576, *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1 febbraio 2023, 144, nonché oggetto della News UM n. 62 del 12 maggio 2023); 29 marzo 2023, n. 3264 (in *Foro amm.*, 2023, II, 349, nonché oggetto della News UM n. 57 del 5 maggio 2023); 28 febbraio 2023, n. 2033 (in *Riv. giur. edil.*, 2023, I, 427, nonché oggetto della News UM n. 46 del 31 marzo 2023), cui si rinvia per ogni approfondimento; allo stato, in tutti i giudizi, è stata depositata la sentenza della Corte di giustizia UE in rassegna ed è stata fissata una camera di consiglio ai soli fini della manifestazione di interesse attuale delle parti alla definizione della questione pregiudiziale nonostante il sopravvenire della suddetta pronuncia;

z2) sulla cauzione provvisoria nel secondo codice appalti (art. 93, commi 1 e 6 del d.lgs. n. 50 del 2016), dopo le modifiche introdotte dal d.lgs. n. 56 del 2017:

i) in dottrina: A. BULLO, *Il regime delle garanzie negli appalti di lavori pubblici. Profili normativi ed applicativi*, in *Dir. economia assicur.*, 2003, 289; R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici, Appalti e concessioni dopo il d.lgs. 56/2017*, Bologna, 2017, 1311 ss.; L. R. PEFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2017, 818; A. BOTTO – S. CASTROVINCI ZENNA, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Torino, 2020, 139 e ss;

ii) in giurisprudenza: Corte cost. 26 luglio 2022, n. 198 (in *Foro it. Rep.*, 2022, *Corte Costituzionale*; *Foro amm.*, 2022, 12, 1559; *Giur. costit.*, 2022, 4, 2126; *Riv. giur. edilizia*, 2022, I, 1154 e oggetto di News n. 105/2022) che ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 93, comma 6, e 216, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, sollevate dal Cons. Stato, sez. V, ord., 26 aprile 2021, n. 3299 (oggetto di News UM n. 51/2021), in riferimento agli artt. 3 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 49, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), e all'art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU);

iii) nel senso che la garanzia provvisoria opera solo nei confronti dell'aggiudicatario: Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2022, n. 7, (in *Foro it.*, I, 2023; *Foro amm.*, 2022, 4, II, 481; *Riv. giur. edilizia*, 2022, 3, I, 777;

*Guida al dir.*, 2022, 20 e oggetto di News UM n. 47/2022; questione rimessa dalla sez. IV, 4 gennaio 2022, n. 26, oggetto di News UM, n. 12/2022); T.a.r. per il Lazio, sez. II-ter, 5 febbraio 2020, n. 1553 (in *Lexitalia.it.*, 6 febbraio 2020);

z3) sulla cauzione provvisoria nel primo codice appalti (art. 48, comma 1 e art. 75, comma 6 del d.lgs. n. 163 del 2006): Cons. Stato, sez. III, 4 dicembre 2015, n. 5519 (in *Gazzetta forense*, 2015, 6, 141); Cons. Stato, Ad. plen., 10 dicembre 2014, n. 34 (in *Foro amm.*, 2015, 1363, con nota di AMATO), secondo il quale è legittima la clausola, contenuta in atti di indizione di procedure di affidamento di appalti pubblici, che preveda l'escussione della cauzione provvisoria anche nei confronti di imprese non risultate aggiudicatarie, ma solo concorrenti; C.g.a., 26 marzo 2014, n. 159, secondo la quale l'esclusione per difetto dei requisiti generali non giustifica *ex lege* l'esclusione di concorrenti diversi dall'aggiudicatario; Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8, *cit.*, secondo la quale la possibilità di incamerare la cauzione provvisoria riguarda tutte le ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario; sul punto, anche Cons. Stato, sez. VI, 21 giugno 2012, n. 3646; Corte cost., 13 luglio 2011, n. 211 (in *Foro it. Rep.*, 2012, *Contratti pubblici (lavori, servizi e forniture) e obbligazioni della pubblica amministrazione*; *Riv. trim. appalti*, 2011, 207, con nota di BRUNETTI; *Arch. giur. oo. pp.*, 2011, 1105; *Giur. cost.*, 2011, 2791; *Ragiusan*, 2012, 341, 75) secondo la quale l'incameramento della cauzione provvisoria, quale automatica conseguenza del provvedimento di esclusione, non contrasta in modo manifesto con il canone della ragionevolezza; Cons. Stato, sez. V, 9 novembre 2010, n. 7963 (in *Foro amm. Cons. Stato*, 2010, 11, 2357 (m));

z4) in relazione al terzo codice dei contratti si osserva quanto segue: la disciplina delle garanzie per la partecipazione alla procedura è oggi contenuta nell'art. 106, il cui comma 6 prevede che *"La garanzia copre la mancata aggiudicazione dopo la proposta di aggiudicazione e la mancata sottoscrizione del contratto imputabili a ogni fatto riconducibile all'affidatario o conseguenti all'adozione di informazione antimafia interdittiva..."*. La disposizione di che trattasi (in disparte la sua corretta interpretazione, anche alla luce di quanto precisato nella relazione illustrativa: *"tale modifica normativa si era resa necessaria per rendere la disposizione più rispondente al principio di diritto espresso dalla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 7 del 2022"*, *cit.*), dovrà invece essere applicata tenendo conto di quanto stabilito dai giudici di Lussemburgo, soprattutto in punto di necessità di motivazione.