

La parità di trattamento salva le modifiche di RTI in corso di gara: la decisione dell'Adunanza Plenaria n.2/2022.

Avv. Francesca Petullà

La modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 da parte del mandatario o di una delle mandanti, è consentita non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara, in tal senso interpretando l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter del medesimo Codice. Questo il principio affermato dalla Adunanza plenaria nella decisione del 25 gennaio 2022 n. 2 intervenendo per l'ennesima volta sulla normativa relativa alle ai raggruppamenti temporanei di impresa.

La normativa e le sue criticità. L'art. 48 d.lgs. n. 50/2016, al comma 9, prevede, in via generale, il divieto di modificazione della composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti "rispetto a quella risultante dall'impegno in sede di offerta", fatto salvo quanto disposto ai successivi commi 17 e 18, che costituiscono, dunque, ipotesi di "eccezione" al predetto principio generale. La pronuncia richiama l'Adunanza Plenaria n. 10/2021, che in merito all'ambito di applicazione di tali disposizioni, ha avuto modo di affermare quanto segue: "*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 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*". I commi 17, 18 e 19-ter dell'art. 48 del codice dei contratti sono stati interpretati, dunque, nel senso di consentire, ricorrendone i presupposti, esclusivamente la modificazione "in diminuzione" del raggruppamento temporaneo di imprese, e non anche quella cd. "per addizione", che si verificherebbe con l'introduzione nella compagine di un soggetto ad essa esterno. Tale modificazione in diminuzione è stata ammessa anche nella fase di gara soltanto nelle suddette ipotesi, con esclusione, quindi, dell'ipotesi della perdita dei requisiti ex art. 80 codice appalti. La suddetta pronuncia ha, inoltre, affermato: "*La deroga all'immodificabilità soggettiva dell'appaltatore costituito in raggruppamento, tale da evitare in fase esecutiva la riapertura dell'appalto alla concorrenza e, dunque, l'indizione di una nuova gara, è solo quella dovuta, in detta fase, 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), ciò che contraddirebbe la stessa ratio della deroga, dovuta a vicende imprevedibili che si manifestino in sede esecutiva e colpiscano i componenti del raggruppamento, tuttavia senza incidere sulla capacità complessiva dello stesso raggruppamento di riorganizzarsi internamente... È chiaro che la modifica sostituiva 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 secondo regole di correttezza e trasparenza, in violazione di quanto prevede attualmente l'art. 106, comma 1, lett. d), n. 2, del d. lgs. n. 50 del 2016, più in generale, per la sostituzione dell'iniziale aggiudicatario".

La decisione e il superamento dell'antinomia. Da qui è partita nuovamente l'Adunanza Plenaria, che va oltre e si concentra su un'ulteriore eccezione al principio generale di immodificabilità della composizione del raggruppamento di interesse per il caso esaminato, benché non richiamata dal comma 9 dell'art. 48, è prevista dal comma 19, l'ipotesi del recesso di una o più imprese raggruppate 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. Da detta eccezione secondo i supremi giudici discende la profonda diversità tra le ipotesi dei commi 17 e 18 e quella di cui al comma 19: il recesso è ammesso, non tanto in base ad una più generale valutazione dei motivi che lo determinano, ma in quanto le imprese rimanenti "abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire" e sempre che la modifica soggettiva derivante dal recesso non sia "finalizzata ad eludere un requisito di partecipazione alla gara".

Il Collegio ritiene, dunque, che l'antinomia evidenziata possa e debba essere superata (non ammettendo l'ordinamento lacune), attraverso il ricorso ad altre considerazioni, riconducibili ai principi di interpretazione secondo ragionevolezza ovvero secondo Costituzione (o costituzionalmente orientata), cui peraltro lo stesso criterio di ragionevolezza (riferibile all'art. 3 Cost.) si riporta.

L'Adunanza Plenaria rileva come da un canto, il comma 9 dell'art. 48 introduca un principio generale di immodificabilità della composizione del raggruppamento, e dall'altro, i commi 17, 18 e 19, quali norme di eccezione alla norma generale, prevedano una pluralità di esclusioni a tale principio, tali da rendere sempre meno concreta l'applicazione del detto principio di immodificabilità soggettiva del raggruppamento.

Dopo aver delineato in modo preciso i termini dell'antinomia, il Collegio, afferma che la stessa non è superabile con gli ordinari criteri interpretativi, ossia quelli gerarchico, cronologico e di specialità, bensì con la cosiddetta interpretazione costituzionalmente orientata e secondo i principi eurounitari necessaria in ossequio al principio non scritto dell'ordinamento giuridico secondo il quale l'interprete deve sempre garantire una risposta al caso concreto.

Pertanto, nell'ipotesi trattata, per giungere al riconoscimento della possibilità di modificare (in diminuzione) il raggruppamento temporaneo di imprese, nel caso di perdita sopravvenuta dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 del Codice dei contratti, anche in fase di gara, il Supremo Consesso invoca e applica il principio di ragionevolezza e di parità di trattamento che trova il suo fondamento giuridico nell'art. 3 Cost., parità che verrebbe meno se in sede di gara le imprese non fossero ammesse allo stesso regime giuridico che vige per la fase di esecuzione del contratto. Ne consegue che, laddove si verifichi la predetta ipotesi di perdita dei requisiti, la stazione appaltante, in ossequio al principio di partecipazione procedimentale, è tenuta ad interpellare il raggruppamento e, laddove questo intenda effettuare una riorganizzazione del proprio assetto, onde poter riprendere la partecipazione alla gara, provveda ad assegnare un congruo termine per la predetta riorganizzazione. Molte stazioni appaltanti, grandi committenze già stanno operando in questo modo.

Conclusioni. Come anticipato dai Giudici aspettiamo la prossima puntata, la decisione dell'Adunanza plenaria potrebbe esser smentita dai TAR e dagli stessi giudici del Consiglio di Stato