

APPALTI PUBBLICI, CRISI DI IMPRESA E DISCIPLINA ANTIMAFIA

**Materiali di lavoro del seminario di aggiornamento
tenuto a Bologna il 3 giugno 2021**

Materiali a cura di: Prof. Giacomo Santi

MATERIALI DI LAVORO DEI SEMINARI DI AGGIORNAMENTO E CONDIVISIONE PER I TECNICI DEI TERRITORI
COLPITI DAGLI EVENTI SISMICI DEL 2012.

Documento non divulgabile riservato alla comunità dei tecnici selezionati dalle PP.AA. e partecipanti ai lavori seminariali

Qualificazione consorzi stabili e
sostituzione consorziati

Cons. St., A.P., 18 marzo 2021, n. 5 - Pres. Patroni Griffi, Est. Veltri

-
- **Contratti della Pubblica amministrazione – Consorzi stabili – Qualificazione da una consorziata non designata ai fini dell’esecuzione dei lavori – Natura della consorziata – Rimessione all’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.**
- *La consorziata di un consorzio stabile, non designata ai fini dell’esecuzione dei lavori, è equiparabile, ai fini dell’applicazione dell’art. 63 della direttiva 24/2014/UE e dell’art. 89, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016, all’impresa ausiliaria nell’avvalimento, sicché la perdita da parte della stessa del requisito impone alla stazione appaltante di ordinarne la sostituzione*

Motivazioni

- 7. Occorre partire dalla peculiare configurazione del consorzio stabile, prevista dall' art. 45, comma 2, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016, rispetto al consorzio ordinario di cui agli artt. 2602 e ss. del codice civile.
- 7.1. Quest'ultimo, pur essendo un autonomo centro di rapporti giuridici, non comporta l'assorbimento delle aziende consorziate in un organismo unitario costituente un'impresa collettiva, né esercita autonomamente e direttamente attività imprenditoriale, ma si limita a disciplinare e coordinare, attraverso un'organizzazione comune, le azioni degli imprenditori riuniti (cfr., ex multis, Cass. civ., sez. trib., 9 marzo 2020, n. 6569; Cass. civ., sez. I, 27 gennaio 2014, n. 1636). Nel consorzio con attività esterna la struttura organizzativa provvede all'espletamento in comune di una o alcune funzioni (ad esempio, l'acquisto di beni strumentali o di materie prime, la distribuzione, la pubblicità, etc.), ma nemmeno in tale ipotesi il consorzio, nella sua disciplina civilistica, è dotato di una propria realtà aziendale. Ne discende che, ai fini della disciplina in materia di contratti pubblici, il consorzio ordinario è considerato un soggetto con identità plurisoggettiva, che opera in qualità di mandatario delle imprese della compagine. Esso prende necessariamente parte alla gara per tutte le consorziate e si qualifica attraverso di esse, in quanto le stesse, nell'ipotesi di aggiudicazione, eseguiranno il servizio, rimanendo esclusa la possibilità di partecipare solo per conto di alcune associate (cfr., ex multis, Cons. St., sez. V, 6 ottobre 2015, n. 4652, il quale ha statuito l'illegittimità della partecipazione di un consorzio ordinario che, pur riunendo due società, aveva dichiarato di gareggiare per conto di una sola di esse).

- 7.2. Non è così per i consorzi stabili. Questi, a mente dell'art. 45, comma 2, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016, sono costituiti “tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro” che “abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa”.
- E' in particolare il riferimento aggiuntivo e qualificante alla “comune struttura di impresa” che induce ad approdare verso lidi ermeneutici diversi ed opposti rispetto a quanto visto per i consorzi ordinari. I partecipanti in questo caso danno infatti vita ad una stabile struttura di impresa collettiva, la quale, oltre a presentare una propria soggettività giuridica con autonomia anche patrimoniale, rimane distinta e autonoma rispetto alle aziende dei singoli imprenditori ed è strutturata, quale azienda consortile, per eseguire, anche in proprio (ossia senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate), le prestazioni affidate a mezzo del contratto (da ultimo, Cons. St., sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165).

- 8. Tanto chiarito sul versante della natura giuridica del consorzio stabile, giova fare un ulteriore cenno esplicativo al cd. meccanismo di qualificazione alla “rinfusa” che ha segnatamente caratterizzato la vicenda in causa.
- 8.1. Trattasi del portato dell’art. 31 comma 1 del D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56, vigente all’epoca dei fatti di causa, per il quale: “I consorzi di cui agli articoli 45, comma 2, lettera c) e 46, comma 1, lettera f), al fine della qualificazione, possono utilizzare sia i requisiti di qualificazione maturati in proprio, sia quelli posseduti dalle singole imprese consorziate designate per l’esecuzione delle prestazioni, sia, mediante avvalimento, quelli delle singole imprese consorziate non designate per l’esecuzione del contratto. Con le linee guida dell’ANAC di cui all’articolo 84, comma 2, sono stabiliti, ai fini della qualificazione, i criteri per l’imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni”.

- 8.2. La disposizione ha avuto vigore sino al 2019. L'art. 1, comma 20, lett. l), n. 1), del D.L. 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 giugno 2019, n. 55, ha eliminato tale regola, ripristinando l'originaria e limitata perimetrazione del cd. cumulo alla rinfusa ai soli **aspetti relativi alla “*disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo*”,** i quali sono **“*computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate*”**.
- 8.3. Siffatto peculiare meccanismo (**si ribadisce, esteso all'epoca dei fatti di causa anche ai requisiti di qualificazione, ma oggi limitato ad attrezzature, mezzi d'opera e organico medio annuo**) ha radici nella natura del consorzio stabile e si giustifica in ragione: a) del patto consortile, comunque caratterizzato dalla causa mutualistica; b) del rapporto duraturo ed improntato a stretta collaborazione tra le consorziate avente come fine **“*una comune struttura di impresa*”**.

- 9. Quanto sopra, se è vero in via generale in relazione al cumulo di alcuni requisiti necessari alla partecipazione, necessita invece di un distinguo, ai diversi fini dei legami che si instaurano nell'ambito della gara, tra consorzio stabile e consorziate, a seconda se queste ultime siano o meno designate per l'esecuzione dei lavori.
- 9.1. Solo le consorziate designate per l'esecuzione dei lavori partecipano alla gara e concordano l'offerta, assumendo una responsabilità in solido con il consorzio stabile nei confronti della stazione appaltante (art. 47 comma 2 del codice dei contratti). Per le altre il consorzio si limita a mutuare, ex lege, i requisiti oggettivi, senza che da ciò discenda alcuna vincolo di responsabilità solidale per l'eventuale mancata o erronea esecuzione dell'appalto.

- 9.2. Si è dinanzi, in quest'ultimo caso, ad un rapporto molto simile a quello dell'avvalimento (non a caso espressamente denominato tale dalla vecchia versione dell'art. 47 comma 2, *ratione temporis* applicabile), anche se, per certi versi, meno intenso: da una parte, infatti, il consorziato presta i requisiti senza partecipare all'offerta, similmente all'impresa avvalsa (senza bisogno di dichiarazioni, soccorrendo la "comune struttura di impresa" e il disposto di legge), dall'altra, pur facendo ciò, rimane esente da responsabilità (diversamente dall'impresa avvalsa).

- 10. Una forma di avvalimento attenuata dall'assenza di responsabilità dunque.
- 10.1. Questa constatazione, se intermediata attraverso l'elaborazione logica, è di per sé sufficiente a giustificare l'applicazione alla fattispecie in esame dell'art. 89 comma 3 del codice dei contratti.
- A mente della disposizione citata, infatti la stazione appaltante (in luogo di disporre l'esclusione in cui inesorabilmente incorrerebbe un concorrente nell'ambito di un raggruppamento o di un consorzio ordinario o stabile) impone all'operatore economico di "sostituire" i soggetti di cui si avvale "che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione". Ergo, se è possibile, in via eccezionale, sostituire il soggetto legato da un rapporto di avvalimento, a fortiori dev'essere possibile sostituire il consorziato nei confronti del quale sussiste un vincolo che rispetto all'avvalimento è meno intenso.

- 10.2. Del resto, che questa sia la soluzione per colmare la lacuna normativa esistente, ed evidenziata dall'ordinanza di rimessione, per il caso del consorzio non designato per l'esecuzione, trova piena conferma nell'ampia formulazione dell'art. 63 della direttiva 2014/24/UE, il quale, nel disciplinare l'avvalimento, vi ricomprende tutti i casi in cui un operatore economico, per un determinato appalto, fa "affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi", senza dare rilevanza qualificante alla responsabilità solidale dei soggetti avvalsi. Circostanza, quest'ultima, rimessa piuttosto dalla direttiva all'eventuale decisione discrezionale dell'amministrazione aggiudicatrice (l'amministrazione aggiudicatrice "può esigere" che l'operatore economico e i soggetti di cui sopra siano solidalmente responsabili dell'esecuzione del contratto, recita l'art. 63 cit.), anche se poi tradottasi in un precetto di legge in sede di recepimento nell'ordinamento italiano (89, comma 5 codice dei contratti).

- 10.3. Non v'è ragione, dunque, per riservare al consorzio che si avvale dei requisiti di un consorziato "non designato", un trattamento diverso da quello riservato ad un qualunque partecipante, singolo o associato, che ricorre all'avvalimento. Nell'uno, come nell'altro caso, in virtù dell'art. 89 comma 3 del codice dei contratti, ove il requisito "prestato" venga meno, l'impresa avvalsa potrà, rectius, dovrà essere sostituita.
- 11. In risposta alle preoccupazioni manifestate dal Collegio rimettente, e al fine di garantire chiarezza e certezza al quadro esegetico complessivo, può aggiungersi che la chiave interpretativa innanzi delineata non tocca la perdurante validità del principio di necessaria continuità nel possesso dei requisiti, affermato dall'Adunanza Plenaria con sentenza 8/2015, né il più generale principio di immodificabilità soggettiva del concorrente (salvi i casi previsti della legge nel caso di raggruppamento temporaneo di imprese).

- 11.2. Trattasi di un principio del quale, a valle dell'Adunanza Plenaria citata, nessuno più dubita, e che merita piena adesione anche oggi, in questa sede.
- 11.3. E' pur vero che, nel caso allora deciso, l'Adunanza si spinse a precisare che sussiste "sul piano dell'accertamento dei requisiti di ordine generale e tecnico-professionali ed economici, una totale equiparazione tra gli operatori economici offerenti in via diretta e gli operatori economici in rapporto di avalimento e dunque, in definitiva, fra i primi e l'imprenditore, che preferisca seguire la via del possesso mediato ed indiretto dei requisiti di partecipazione ad una gara", con ciò lasciando chiaramente intendere che l'affermato principio di continuità dovesse valere anche per l'impresa avvalsa.
- Tuttavia detta ultima affermazione dev'essere letta nel quadro normativo, ratione temporis vigente, anche comunitario, che pacificamente escludeva la possibilità di una sostituzione dell'impresa rimasta priva di requisiti, a prescindere se essa fosse legata da un vincolo di associazione temporanea con l'aggiudicatario o da un più tenue rapporto di avalimento (art. 44 della Dir. 31/03/2004, n. 2004/18/CE).

- 11.4. Quel quadro normativo è mutato, e per il tramite del più volte citato art. 63 della direttiva 2014/24/UE, esso oggi pacificamente impone che il soggetto avvalso che nelle more del procedimento di gara o durante l'esecuzione del contratto perda i requisiti, venga sostituito.
- Dunque non v'è più motivo per discorrere, in relazione a tale peculiare fattispecie, di necessaria "continuità" nel possesso dei requisiti del concorrente che si avvale dell'apporto claudicante di terzi, a pena di esclusione.
- 11.5. La sostituzione è appunto lo strumento nuovo e alternativo che, alla luce del principio di proporzionalità, consente quella continuità predicata dall'Adunanza Plenaria nel 2015, in tutti i casi in cui il concorrente si avvalga dell'ausilio di operatore terzi. Trattasi di un "istituto del tutto innovativo", secondo la definizione datane dal Consiglio Stato (sez. III, n. 5359/2015) e dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea (C-223/16 del 14 settembre 2017, Casertana costruzioni s.r.l.).
- Esso restituisce al soggetto avvalso la sua vera natura di soggetto che presta i requisiti al concorrente, senza partecipare alla compagine e all'offerta da questa formulata e risponde all'esigenza, stimata superiore, di evitare l'esclusione del concorrente, singolo o associato, per ragioni a lui non direttamente riconducibili o imputabili. Esigenza quest'ultima evidentemente strumentale a stimolare il ricorso all'avvalimento: il concorrente, infatti, può contare sul fatto che, nel caso in cui l'ausiliaria non presenti o perda i requisiti prescritti, potrà procedere alla sua sostituzione senza il rischio di essere, solo per questa circostanza, estromesso automaticamente dalla procedura selettiva (Cons. Stato, sez. V, nn. 69/2019; 2527/2018; 1101/2018).

- 11.6. Di tale mutato quadro ha dato di recente atto l'ordinanza 20 marzo 2020, n. 2005, con la quale la terza sezione del Consiglio di Stato ha adito in via pregiudiziale la Corte di Giustizia dell'Unione europea proprio in relazione al meccanismo sostitutivo contemplato dall'art. 89, co. 3, del d.lgs. n. 50/2016, sostenendone la necessaria estensione, a termini del diritto dell'unione, a tutte le fattispecie di esclusione, a prescindere dai motivi (attualmente l'art. 89 comma 3 e la giurisprudenza escludono pacificamente che la sostituzione possa avvenire nel caso di dichiarazioni mendaci dell'ausiliario).

Sulla qualificazione alla «rinfusa»

- Tar Lazio, Roma, Sez. Prima bis, 07/12/2020, n.13049
- **3.1 Il testo previgente riportava, infatti, la seguente formulazione del comma 2 dell'art. 47: “I consorzi di cui agli articoli 45, comma 2, lettera c), e 46, comma 1, lettera f), al fine della qualificazione, possono utilizzare sia i requisiti di qualificazione maturati in proprio, sia quelli posseduti dalle singole imprese consorziate designate per l'esecuzione delle prestazioni, sia, mediante avvalimento, quelli delle singole imprese consorziate non designate per l'esecuzione del contratto. Con le linee guida dell'ANAC di cui all'articolo 84, comma 2, sono stabiliti, ai fini della qualificazione, i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni”.**
- **L'attuale formulazione dell'art. 47, comma 2, prevede che “I consorzi stabili eseguono le prestazioni o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara [...]” e il successivo comma 2 bis – di nuova introduzione – precisa che “La sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara per l'affidamento di servizi e forniture è valutata, a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati [...]”.**

- *3.2 Ne discende che, il “cumulo alla rinfusa” invocato dal ricorrente (che a tal fine richiama precedenti peraltro riferibili a procedure di gara bandite anteriormente al “decreto sbocca-cantieri”), non risulta più applicabile da quando il d.l. 32/2019 ha introdotto il principio “della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati”.*
- *A tale ultimo principio occorre dunque fare riferimento per la procedura di gara in esame, poiché essa è soggetta, ratione temporis, alla disciplina del Codice dei contratti come novellata, in quanto è stata indetta con bando pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea in data 4 maggio 2020 e, dunque, in un momento successivo al 18 giugno 2019, data di entrata in vigore della modifica normativa in questione.*

Contra CDS V 2588/2021

- Non è poi vero quanto sostiene l'originaria ricorrente, ovvero che ai sensi dell'art. 47 del Codice dei contratti pubblici, come modificato dal c.d. decreto sblocca-cantieri (decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 55) si sarebbe innovato il sistema di qualificazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici dei consorzi stabili. Ciò in particolare attraverso l'aggiunta alla citata disposizione del Codice di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, del comma 2-*bis*, che così dispone «*(1) a sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara per l'affidamento di servizi e forniture è valutata, a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati*».
- La disposizione, letta in combinato con la regola del c.d. cumulo alla rinfusa dei requisiti del consorzio stabile prevista dal medesimo art. 47, comma 1, deve ragionevolmente essere intesa nel senso che essa abbia inteso introdurre un onere di verifica dei requisiti di qualificazione da svolgere presso gli operatori economici partecipanti al consorzio stabile e che a quest'ultimo hanno apportato le loro rispettive capacità tecnico-professionali o economico-finanziarie.
- Dalla medesima disposizione non può invece desumersi che il singolo consorziato, indicato in gara come esecutore dell'appalto, debba essere a sua volta in possesso dei requisiti di partecipazione. Come sottolineano le parti appellanti ad opinare in questo senso verrebbero svuotate la finalità *pro* concorrenziali dell'istituto del consorzio stabile, oltre che il suo stesso fondamento causale, enunciato dall'art. 45, comma 2, lett. c), del Codice dei contratti pubblici, ed incentrato sullo stabile apporto di capacità e mezzi aziendali in una «*comune struttura di impresa*» deputata ad operare nel settore dei contratti pubblici ed unica controparte delle stazioni appaltanti, secondo quanto previsto dall'art. 47, comma 2, del Codice (cfr. in questo senso, da ultimo: Cons. Stato, V, 2 febbraio 2021, n. 964; 11 dicembre 2020, n. 7943).

Tar Lazio I 4540 2021

- Il Collegio, a fronte dei differenti orientamenti giurisprudenziali formatisi dopo la modifica dell'art. 47 del Codice, **ritiene maggiormente convincente quello secondo cui alla luce della novella legislativa del 2019 non è venuto meno l'istituto del "cumulo alla rinfusa"**.
- **In proposito, non è dirimente la recente** pronuncia della Plenaria n. 5/2021, in cui si è incidentalmente osservato che il DL n. 32/2019 avrebbe ripristinato l'originaria e limitata perimetrazione del cd. cumulo alla rinfusa ai soli aspetti relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo. **La pronuncia, infatti, ha esaminato e reso un principio di diritto che riguardava una specifica questione, vale a dire se la "La consorziata di un consorzio stabile, non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori [... sia o meno...] equiparabile, ai fini dell'applicazione dell'art. 63 della direttiva 24/2014/UE e dell'art. 89 co. 3 del d.lgs. n. 50/2016, all'impresa ausiliaria nell'avvalimento", e ha fornito a tale quesito risposta affermativa, alla luce della disciplina all'epoca della gara vigente, ossia prima della modifica del DL n. 32/2019.**

- Avuto riguardo allo specifico argomento in discussione nella presente controversia, vale a dire quale sia la corretta interpretazione da darsi al novellato testo dell'art. 47 del Codice e se possa affermarsi o meno la sopravvivenza normativa del "cumulo alla rinfusa", si condividono le conclusioni a cui è recentemente pervenuto il Consiglio di Stato, nella decisione della sezione V n. 2588 del 29 marzo 2021.
- In tale pronuncia, avuto riguardo alle procedure di affidamento di servizi e forniture e al comma 2 bis dell'art. 47, introdotto dalla menzionata riforma del 2019 e secondo cui "la sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara per l'affidamento di servizi e forniture è valutata, a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati", si è affermato che la disposizione, "letta in combinato con la regola del c.d. cumulo alla rinfusa dei requisiti del consorzio stabile prevista dal medesimo art. 47, comma 1, deve ragionevolmente essere intesa nel senso che essa abbia inteso introdurre un onere di verifica dei requisiti di qualificazione da svolgere presso gli operatori economici partecipanti al consorzio stabile e che a quest'ultimo hanno apportato le loro rispettive capacità tecnico-professionali o economico-finanziarie

- Dalla medesima disposizione non può invece desumersi che il singolo consorziato, indicato in gara come esecutore dell'appalto, debba essere a sua volta in possesso dei requisiti di partecipazione.
- Come sottolineano le parti appellanti ad opinare in questo senso verrebbero svuotate la finalità pro concorrenziali dell'istituto del consorzio stabile, oltre che il suo stesso fondamento causale, enunciato dall'art. 45, comma 2, lett. c), del Codice dei contratti pubblici, ed incentrato sullo stabile apporto di capacità e mezzi aziendali in una «comune struttura di impresa» deputata ad operare nel settore dei contratti pubblici ed unica controparte delle stazioni appaltanti, secondo quanto previsto dall'art. 47, comma 2, del Codice (cfr. in questo senso, da ultimo: Cons. Stato, V, 2 febbraio 2021, n. 964; 11 dicembre 2020, n. 7943)”.

- In sostanza, l'intervento legislativo operato dal DL n. 32/2019 non può essere inteso nel senso di privare di significato ed alterare la natura stessa del Consorzio stabile, che si concretizza in un'impresa operativa che fa leva sulla causa mutualistica e, come tale, può avvalersi di qualsiasi contributo, in termini di requisito, dei consorziati, senza dover ricorrere allo strumento dell'avvalimento.
- Si è anche condivisibilmente sostenuto in giurisprudenza che la modifica dell'art. 47, comma 2, d.lgs. 50/2016 effettuata con il D.L. n. 32/2019 <<ha rimosso le ambiguità insite nei rimandi ad altre fonti normative ed ha confermato che i consorzi stabili: "eseguono le prestazioni o con la propria struttura o tramite i consorziati indicata in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto". Viene quindi inequivocabilmente ribadita la non incidenza della circostanza relativa all'esecuzione materiale delle prestazioni da parte della consorziata che presta i requisiti, in ossequio al principio mutualistico che caratterizza i consorzi stabili>> (Tar Campania, sez. I, 26 gennaio 2021, n. 537).

- Nella stessa Relazione illustrativa della legge di conversione del D.L. n. 32/2019, del resto, si trova la conferma che la volontà del legislatore era quella di mantenere e, anzi, potenziare l'operatività del meccanismo del cumulo alla rinfusa. Detta Relazione, nell'illustrare la modifica apportata all'art. 47, comma 2, del Codice osserva che essa "è tesa a chiarire la disciplina dei consorzi stabili onde consentire l'operatività e sopravvivenza di tale strumento pro-concorrenziale" mentre, con riferimento al comma 2 bis, l'intento è stato quello di "colmare un vuoto normativo" relativo a servizi e forniture.
- Dunque, l'intervento del legislatore nel 2019 va correttamente inteso nel senso di avere chiarito che il consorzio stabile si può giovare, senza necessità di ricorrere all'avvalimento, dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse.

CDS 2588 2021

- Non è poi vero quanto sostiene l'originaria ricorrente, ovvero che ai sensi dell'art. 47 del Codice dei contratti pubblici, come modificato dal c.d. decreto sblocca-cantieri (decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 55) si sarebbe innovato il sistema di qualificazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici dei consorzi stabili. Ciò in particolare attraverso l'aggiunta alla citata disposizione del Codice di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, del comma 2-*bis*, che così dispone «(1)*a sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara per l'affidamento di servizi e forniture è valutata, a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati*».
- La disposizione, **letta in combinato con la regola del c.d. cumulo alla rinfusa dei requisiti del consorzio stabile prevista dal medesimo art. 47, comma 1,** deve ragionevolmente essere intesa nel senso che essa abbia inteso introdurre un onere di verifica dei requisiti di qualificazione da svolgere presso gli operatori economici partecipanti al consorzio stabile e che a quest'ultimo hanno apportato le loro rispettive capacità tecnico-professionali o economico-finanziarie.

- Dalla medesima disposizione non può invece desumersi che il singolo consorziato, indicato in gara come esecutore dell'appalto, debba essere a sua volta in possesso dei requisiti di partecipazione. Come sottolineano le parti appellanti ad opinare in questo senso verrebbero svuotate la finalità *pro* concorrenziali dell'istituto del consorzio stabile, oltre che il suo stesso fondamento causale, enunciato dall'art. 45, comma 2, lett. c), del Codice dei contratti pubblici, ed incentrato sullo stabile apporto di capacità e mezzi aziendali in una «*comune struttura di impresa*» deputata ad operare nel settore dei contratti pubblici ed unica controparte delle stazioni appaltanti, secondo quanto previsto dall'art. 47, comma 2, del Codice (cfr. in questo senso, da ultimo: Cons. Stato, V, 2 febbraio 2021, n. 964; 11 dicembre 2020, n. 7943).

CONTRA Tar Lazio III, ord. 2841/2021 (appellata)

- Atteso che in esito all'esame della documentazione prodotta, risultava che le certificazioni UNI EN ISO 9001:2015 e UNI EN ISO 45001:2018 ed UNI EN ISO 14001:2015, il cui possesso era stato dichiarato dal ricorrente Consorzio in capo alla Consorziata esecutrice D.L.V. GLOBAL SERVICE S.r.l. (cfr. All. 15, produz. Trenitalia) erano state rilasciate per la "Erogazione di servizi di pulizia", attività non pertinente con l'oggetto dell'appalto, che, in base al Capitolato tecnico organizzativo, concerneva, in sintesi, la movimentazione di attrezzature - carro trasbordatore con piattaforma girevole e loco trattori;

- Valutata non persuasiva la tesi del ricorrente secondo cui i contestati requisiti, sebbene non posseduti dalla consorziata, erano in ogni caso posseduti dal Consorzio in proprio, per cui dovevano essere ritenuti sussistenti per effetto del principio del c.d. “cumulo alla rinfusa”, in tal modo consentendo l’esecuzione diretta dell’appalto da parte del Consorzio anche in virtù della disponibilità da esso manifestata, poiché l’art. 47, co. 2, del D. Lgs. n. 50/2016 come modificato dal D.L. 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 giugno 2019, n. 55 (c.d. Decreto Sblocca cantieri) e dunque applicabile al momento della gara per cui è causa, dispone che “i consorzi stabili di cui agli articoli 45, comma 2, lettera c), e 46, comma 1, lettera f), eseguono le prestazioni o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto”, **stabilendo, tuttavia, in senso dirimente per la decisione della controversia, che “la sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara per l'affidamento di servizi e forniture è valutata, a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati”;**

- Ritenuto pertanto che il riprodotto periodo dell'art. 47, co. 2 del Codice dei contratti pubblici come modificato dal richiamato d.l. n. 32/2019, **ha sancito il principio secondo cui in caso di partecipazione alla gara di consorzi stabili, è necessaria la verifica della effettiva esistenza in capo ai singoli consorziati, dei requisiti di capacità tecnica e professionale prescritti dalla lex specialis, ricostituendo l'originaria limitazione del "cumulo alla rinfusa", alla "disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo", i quali sono "computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate" (il che, si badi, nemmeno gioverebbe al ricorrente stante il mancato possesso dei requisiti de quibus da parte della consorziata designata);**
- Segnalato che la giurisprudenza, anche di questo Tribunale, si è già espressa nei sensi testé sintetizzati (T.A.R. Lazio - Roma, Sez. I bis, 7 dicembre 2020, n. 13049) con il recentissimo suggello ricostruttivo – quantunque in termini di obiter - dell'Adunanza Plenaria (Cons. Stato, Ad. Plen., 18 marzo 2021, n. 5);

La sostituzione del consorziato in corso di esecuzione

- CONSIGLIO DI STATO SEZ. V 2/9/2019 N. 6024
- A differenza di quanto accade con un raggruppamento temporaneo di imprese, il consorzio di cui trattasi è l'unica controparte del rapporto di appalto, sia nella fase di gara che in quella di esecuzione del contratto e, in relazione alle singole consorziate, opera come già detto sulla base di un rapporto organico; e proprio tale autonoma soggettività giustifica anche la possibilità di designare una nuova cooperativa come esecutrice, ove per motivi sopravvenuti la prima designata non fosse in condizione di svolgere la prestazione.
- Sulla base di tali premesse deve dunque concludersi che le eventuali modifiche soggettive di un consorzio di società cooperative, hanno un rilievo meramente interno al consorzio medesimo e, per tali, non incidono sul rapporto tra quest'ultimo e la stazione appaltante.

Contratti pubblici PNRR e PNC

Semplificazioni in materia di affidamento dei contratti pubblici PNRR e PNC (art. 48)

- 1. In relazione alle procedure afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal PNRR e dal PNC e dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea, si applicano le disposizioni del presente titolo, l'articolo 207, comma 1, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77, nonche' le disposizioni di cui al presente articolo.

- 2. E' nominato, per ogni procedura, un responsabile unico del procedimento che, con propria determinazione adeguatamente motivata, **valida e approva ciascuna fase progettuale o di esecuzione del contratto, anche in corso d'opera**, fermo restando quanto previsto dall'articolo 26, comma 6, del decreto legislativo n. 50 del 2016.

6. L'attività di verifica è effettuata dai seguenti soggetti:

- a) per i lavori di importo pari o superiore a venti milioni di euro, da organismi di controllo accreditati ai sensi della norma europea UNI CEI EN ISO/IEC 17020;
- b) per i lavori di importo inferiore a venti milioni di euro e fino alla soglia di cui all'articolo 35, dai soggetti di cui alla lettera a) e di cui all'articolo 46, comma 1, che dispongano di un sistema interno di controllo della qualità ovvero dalla stazione appaltante nel caso in cui disponga di un sistema interno di controllo di qualità;
- c) per i lavori di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35 e fino a un milione di euro (rectius: di importo pari o superiore a un milione di euro), la verifica può essere effettuata dagli uffici tecnici delle stazioni appaltanti ove il progetto sia stato redatto da progettisti esterni o le stesse stazioni appaltanti dispongano di un sistema interno di controllo di qualità ove il progetto sia stato redatto da progettisti interni;
- d) per i lavori di importo inferiore a un milione di euro, la verifica è effettuata dal responsabile unico del procedimento, anche avvalendosi della struttura di cui all'articolo 31, comma 9.

- 3. Le stazioni appaltanti possono altresì ricorrere alla procedura di cui all'articolo 63 del decreto legislativo n. 50 del 2016 (NEGOZIATA SENZA BANDO), per i settori ordinari, e di cui all'articolo 125, per i settori speciali, nella misura strettamente necessaria, quando, **per ragioni di estrema urgenza derivanti da circostanze imprevedibili**, non imputabili alla stazione appaltante, l'applicazione dei termini, anche abbreviati, previsti dalle procedure ordinarie può compromettere la realizzazione degli obiettivi o il rispetto dei tempi di attuazione di cui al PNRR nonché al PNC e ai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione Europea.

- 4. In caso di impugnazione degli atti relativi alle procedure di affidamento di cui al comma 1,, si applica l'articolo 125 del codice del processo amministrativo di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.
- **Art. 125. Ulteriori disposizioni processuali per le controversie relative a infrastrutture strategiche**
- 1. Nei giudizi che riguardano le procedure di progettazione, approvazione, e realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi e relative attività di espropriazione, occupazione e asservimento, di cui alla parte II, titolo III, capo IV del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (*leggasi [parte V del d.lgs. n. 50 del 2016](#)*), oltre alle disposizioni del presente Capo, con esclusione dell'articolo 122, si applicano le seguenti previsioni.
- 2. In sede di pronuncia del provvedimento cautelare, si tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera, e, ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, si valuta anche la irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure.
- 3. Ferma restando l'applicazione degli articoli 121 e 123, al di fuori dei casi in essi contemplati la sospensione o l'annullamento dell'affidamento **non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente**. Si applica l'articolo 34, comma 3.

Appalto integrato

- 5. Per le finalità di cui al comma 1, in deroga a quanto previsto dall'articolo 59, commi 1, 1-bis e 1ter, del decreto legislativo n. 50 del 2016, è ammesso l'affidamento di progettazione ed esecuzione dei relativi lavori **anche sulla base del progetto di fattibilità** tecnica ed economica di cui all'articolo 23, comma 5, del decreto legislativo n. 50 del 2016.
- Sul progetto di fattibilità tecnica ed economica posto a base di gara, è sempre convocata la conferenza di servizi di cui all'articolo 14, comma 3, della legge 7 agosto 1990, n. 241.
- **L'affidamento avviene mediante acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta ovvero, in alternativa, mediante offerte aventi a oggetto la realizzazione del progetto definitivo, del progetto esecutivo e il prezzo.**
- In entrambi i casi, l'offerta relativa al prezzo indica distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione definitiva, per la progettazione esecutiva e per l'esecuzione dei lavori. In ogni caso, alla conferenza di servizi indetta ai fini dell'approvazione del progetto definitivo partecipa anche l'affidatario dell'appalto, che provvede, ove necessario, ad adeguare il progetto alle eventuali prescrizioni susseguenti ai pareri resi in sede di conferenza di servizi. A tal fine, entro cinque giorni dall'aggiudicazione ovvero dalla presentazione del progetto definitivo da parte dell'affidatario, qualora lo stesso non sia stato acquisito in sede di gara, il responsabile unico del procedimento avvia le procedure per l'acquisizione dei pareri e degli atti di assenso necessari per l'approvazione del progetto.

- 6. Le stazioni appaltanti che procedono agli affidamenti di cui al comma 1, possono prevedere, nel bando di gara o nella lettera di invito, l'assegnazione di un **punteggio premiale per l'uso nella progettazione dei metodi e strumenti elettronici specifici (BIM)** di cui all'articolo 23, comma 1, lettera h), del decreto legislativo n. 50 del 2016. Tali strumenti utilizzano piattaforme interoperabili a mezzo di formati aperti non proprietari, al fine di non limitare la concorrenza tra i fornitori di tecnologie e il coinvolgimento di specifiche progettualità tra i progettisti. Entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, con provvedimento del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, sono stabilite le regole e specifiche tecniche per l'utilizzo dei metodi e strumenti elettronici di cui al primo periodo, assicurandone il coordinamento con le previsioni di cui al decreto non regolamentare adottato ai sensi del comma 13 del citato articolo 23.

- 7. Per gli interventi di cui al comma 1, in deroga a quanto previsto dall'articolo 215 del decreto legislativo n. 50 del 2016, il parere del Consiglio Superiore dei lavori pubblici e' reso esclusivamente sui progetti di fattibilita' tecnica ed economica di lavori pubblici di competenza statale, o comunque finanziati per almeno il 50 per cento dallo Stato, di importo pari o superiore ai 100 milioni di euro. In tali casi, il parere reso dal Consiglio Superiore, in deroga a quanto previsto dall'articolo 1, comma 9, del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n. 55, non riguarda anche la valutazione di congruita' del costo. In relazione agli investimenti di cui al primo periodo di importo inferiore ai 100 milioni di euro, dalla data di entrata in vigore del presente decretoe fino al 31 dicembre 2026, si prescinde dall'acquisizione del parere di cui all'articolo 215, comma 3, del decreto legislativo n. 50 del 2016. Con provvedimento del Presidente del Consiglio Superiore dei lavori pubblici, adottato entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, sono individuate le modalita' di presentazione delle richieste di parere di cui al presente comma, e' indicato il contenuto essenziale dei documenti e degli elaborati di cui all'articolo 23, commi 5 e 6, del decreto legislativo n. 50 del 2016, occorrenti per l'espressione del parere, e sono altresì disciplinate, fermo quanto previsto dall'articolo 44 del presente decreto, procedure semplificate per la verifica della completezza della documentazione prodotta e, in caso positivo, per la conseguente definizione accelerata del procedimento.

Art. 47 quater - (Misure urgenti in materia di tutela della concorrenza nei contratti pubblici finanziati con le risorse del PNRR e del PNC).)

((1. Ai fini della tutela della libera concorrenza e di garantire il pluralismo degli operatori nel mercato, le procedure afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal regolamento (UE) 2021/240 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 febbraio 2021, e dal regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, nonché dal PNC, possono prevedere, nel bando di gara, nell'avviso o nell'invito, criteri premiali atti ad agevolare le piccole e medie imprese nella valutazione dell'offerta.

2. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano compatibilmente con il diritto dell'Unione europea e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità)).

Semplificazioni in materia di esecuzione dei contratti pubblici PNRR e PNC (art. 50)

- 1. Al fine di conseguire gli obiettivi di cui al regolamento (UE) 2021/240 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 febbraio 2021 e al regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, in relazione alla esecuzione dei contratti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dai citati regolamenti, nonché dalle risorse del PNC, e dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione Europea, si applicano le disposizioni del presente titolo, nonché le disposizioni del presente articolo.

- 2. Decorsi inutilmente i termini per la stipulazione del contratto, la consegna dei lavori, la costituzione del collegio consultivo tecnico, gli atti e le attività di cui all'articolo 5 del decreto-legge 16 luglio 2020 n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, nonché gli altri termini, anche endoprocedimentali, previsti dalla legge, dall'ordinamento della stazione appaltante o dal **contratto per l'adozione delle determinazioni relative all'esecuzione** dei contratti pubblici PNRR e PNC, il responsabile o l'unità organizzativa di cui all'articolo 2, comma 9-bis, della legge 7 agosto 1990, n. 241, **titolare del potere sostitutivo in caso di inerzia, d'ufficio o su richiesta dell'interessato**, esercita il potere sostitutivo entro un termine pari alla metà di quello originariamente previsto, al fine di garantire il rispetto dei tempi di attuazione di cui al PNRR nonché al PNC e ai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione Europea.

- 3. Il contratto diviene efficace con la stipulazione e non trova applicazione l'articolo 32, comma 12, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50.

- **4. La stazione appaltante prevede, nel bando o nell'avviso di indizione della gara, che, qualora l'ultimazione dei lavori avvenga in anticipo rispetto al termine ivi indicato, e' riconosciuto, a seguito dell'approvazione da parte della stazione appaltante del certificato di collaudo o di verifica di conformita', un premio di accelerazione per ogni giorno di anticipo determinato sulla base degli stessi criteri stabiliti per il calcolo della penale, mediante utilizzo delle somme indicate nel quadro economico dell'intervento alla voce imprevisti, nei limiti delle risorse ivi disponibili, sempre che l'esecuzione dei lavori sia conforme alle obbligazioni assunte. In deroga all'articolo 113-bis del decreto legislativo n. 50 del 2016, le penali dovute per il ritardato adempimento possono essere calcolate in misura giornaliera compresa tra lo 0,6 per mille e l'1 per mille dell'ammontare netto contrattuale, da determinare in relazione all'entita' delle conseguenze legate al ritardo, e non possono comunque superare, complessivamente, il 20 per cento di detto ammontare netto contrattuale.**

Pari opportunità (art. 47)

- 1. Per perseguire le finalità relative alle pari opportunità, generazionali e di genere e per promuovere l'inclusione lavorativa delle persone disabili, in relazione alle procedure afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal Regolamento (UE) 2021/240 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 febbraio 2021 e dal Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, nonché dal PNC, si applicano le disposizioni seguenti.

- 2. Gli operatori economici tenuti alla redazione del rapporto sulla situazione del personale, ai sensi dell'articolo 46 del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, producono, a pena di esclusione, al momento della presentazione della domanda di partecipazione o dell'offerta, copia dell'ultimo rapporto redatto, con attestazione della sua conformita' a quello trasmesso alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parita' ai sensi del secondo comma del citato articolo 46, ovvero, in caso di inosservanza dei termini previsti dal comma 1 del medesimo articolo 46, con attestazione della sua contestuale trasmissione alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parita'.

3. Gli operatori economici, diversi da quelli indicati nel comma 2 e che occupano un numero pari o superiore a quindici dipendenti, entro sei mesi dalla conclusione del contratto, sono tenuti a consegnare alla stazione appaltante una relazione di genere sulla situazione del personale maschile e femminile in ognuna delle professioni ed in relazione allo stato di assunzioni, della formazione, della promozione professionale, dei livelli, dei passaggi di categoria o di qualifica, di altri fenomeni di mobilità', dell'intervento della Cassa integrazione guadagni, dei licenziamenti, dei prepensionamenti e pensionamenti, della retribuzione effettivamente corrisposta. La relazione di cui al primo periodo e' tramessa alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parita'.

((3-bis. Gli operatori economici di cui al comma 3 sono, altresì, tenuti a consegnare, nel termine previsto dal medesimo comma, alla stazione appaltante la certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, e una relazione relativa all'assolvimento degli obblighi di cui alla medesima legge e alle eventuali sanzioni e provvedimenti disposti a loro carico nel triennio antecedente la data di scadenza di presentazione delle offerte. La relazione di cui al presente comma è trasmessa alle rappresentanze sindacali aziendali)).

- 4. Le stazioni appaltanti prevedono, nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, specifiche clausole dirette all'inserimento, come requisiti necessari e come ulteriori requisiti premiali dell'offerta, di criteri orientati a promuovere l'imprenditoria giovanile, l'inclusione lavorativa delle persone disabili, la parità di genere e l'assunzione di giovani, con età inferiore a trentasei anni, e donne. Il contenuto delle clausole è determinato tenendo, tra l'altro, conto dei principi di libera concorrenza, proporzionalità e non discriminazione, nonché dell'oggetto del contratto, della tipologia e della natura del singolo progetto in relazione ai profili occupazionali richiesti, dei principi dell'Unione europea, degli indicatori degli obiettivi attesi in termini di occupazione femminile e giovanile e di tasso di occupazione delle persone disabili al 2026, anche in considerazione dei corrispondenti valori medi nonché dei corrispondenti indicatori medi settoriali europei in cui vengono svolti i progetti. Fermo restando quanto previsto al comma 7, è requisito necessario dell'offerta l'aver assolto, al momento della presentazione dell'offerta stessa, agli obblighi di cui alla legge 12 marzo 1999, n. 68 e l'assunzione dell'obbligo di assicurare, in caso di aggiudicazione del contratto, una quota pari almeno al 30 per cento, delle assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali, sia all'occupazione giovanile sia all'occupazione femminile.

- 5. Ulteriori misure premiali possono prevedere l'assegnazione di un punteggio aggiuntivo all'offerente o al candidato che:
- a) nei tre anni antecedenti la data di scadenza del termine di presentazione delle offerte, non risulti destinatario di accertamenti relativi ad atti o comportamenti discriminatori ai sensi dell'articolo 44 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, dell'articolo 4 del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 215, dell'articolo 4 del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216, dell'articolo 3 della legge 1° marzo 2006, n. 67, quelle di cui agli articoli 35 e 55-quinquies del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, ovvero dell'articolo 54 del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151;
- b) utilizzi o si impegni a utilizzare specifici strumenti di conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro per i propri dipendenti, nonché modalità innovative di organizzazione del lavoro;

- c) si impegni ad assumere, oltre alla soglia minima percentuale prevista come requisito di partecipazione, giovani, con età inferiore a trentasei anni, e donne per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali;
- d) abbia, nell'ultimo triennio, rispettato i principi della parità di genere e adottato specifiche misure per promuovere le pari opportunità generazionali e di genere, anche tenendo conto del rapporto tra uomini e donne nelle assunzioni, nei livelli retributivi e nel conferimento di incarichi apicali;
- ((d-bis) abbia, nell'ultimo triennio, rispettato gli obblighi di cui alla legge 12 marzo 1999, n. 68;))
- e) abbia presentato o si impegni a presentare per ciascuno degli esercizi finanziari, ricompresi nella durata del contratto di appalto, una dichiarazione volontaria di carattere non finanziario ai sensi dell'articolo 7 del decreto legislativo 30 dicembre 2016, n. 254.

- 6. I contratti di appalto prevedono l'applicazione di penali per l'inadempimento dell'appaltatore agli obblighi di cui al comma 3, al comma 3bis, ovvero del comma 4, commisurate alla gravita' della violazione e proporzionali rispetto all'importo del contratto o alle prestazioni del contratto, nel rispetto dell'importo complessivo previsto dall'articolo 51 del presente decreto. La violazione dell'obbligo di cui al comma 3 determina, altresì, l'impossibilita' per l'operatore economico di partecipare, in forma singola ovvero in raggruppamento temporaneo, per un periodo di dodici mesi ad ulteriori procedure di affidamento afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse di cui al comma 1.

- 7. Le stazioni appaltanti **possono escludere** l'inserimento nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti dei requisiti di partecipazione di cui al comma 4, o stabilire una quota inferiore, dandone adeguata e specifica motivazione, qualora l'oggetto del contratto, la tipologia o la natura del progetto o altri elementi puntualmente indicati ne rendano l'inserimento impossibile o contrastante con obiettivi di universalita' e socialita', di efficienza, di economicita' e di qualita' del servizio nonche' di ottimale impiego delle risorse pubbliche

- 8. Con linee guida del Presidente del Consiglio dei Ministri ovvero dei Ministri o delle autorità delegati per le pari opportunità e della famiglia e per le politiche giovanili e il servizio civile universale, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali e con il Ministro per le disabilità, da adottarsi entro sessanta giorni dall'entrata in vigore del presente decreto, sono definiti le modalità e i criteri applicativi delle misure previste dal presente articolo, indicate misure premiali e predisposti modelli di clausole da inserire nei bandi di gara differenziati per settore, tipologia e natura del contratto o del progetto.

- 9. I rapporti e le relazioni previste dai commi 2, 3 e 3bis sono pubblicati sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente", ai sensi dell'articolo 29 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, e comunicati alla Presidenza del consiglio dei ministri ovvero ai Ministri o alle autorità delegati per le pari opportunità e della famiglia e per le politiche giovanili e il servizio civile universale.

(Modifiche alla disciplina del dibattito pubblico) – art. 46

- 1. Entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, con decreto del Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, adottato su proposta della Commissione nazionale per il dibattito pubblico di cui all'articolo 22, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, possono essere individuate, in relazione agli interventi di cui all'articolo 44, comma 1, nonché a quelli finanziati in tutto o in parte con le risorse del PNRR e del PNC, soglie dimensionali delle opere da sottoporre obbligatoriamente a dibattito pubblico inferiori a quelle previste dall'Allegato 1 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 10 maggio 2018, n. 76. In relazione agli interventi di cui all'Allegato IV al presente decreto, il dibattito pubblico ha una durata massima di quarantacinque giorni e tutti i termini previsti dal decreto n. 76 del 2018, sono ridotti della metà'. Nei casi di obbligatorietà del dibattito pubblico, la stazione appaltante provvede ad avviare il relativo procedimento contestualmente alla trasmissione del progetto di fattibilità tecnica ed economica al Consiglio superiore dei lavori pubblici per l'acquisizione del parere di cui all'articolo 44, comma 1.

- In caso di restituzione del progetto ai sensi del secondo periodo dell'articolo 44, comma 1, il dibattito pubblico e' sospeso con avviso pubblicato sul sito istituzionale della stazione appaltante e il termine di cui al secondo periodo del presente comma riprende a decorrere dalla data di pubblicazione sul medesimo sito istituzionale dell'avviso di trasmissione del progetto di fattibilita' tecnica ed economica integrato o modificato secondo le indicazioni rese dal Comitato speciale del Consiglio superiore di lavori pubblici. Gli esiti del dibattito pubblico e le osservazioni raccolte sono valutate nella conferenza di servizi di cui all'articolo 44, comma 4. Al fine di assicurare il rispetto dei termini di cui al secondo periodo del presente comma, la Commissione nazionale per il dibattito pubblico provvede ad istituire, entro il termine di sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, un elenco di soggetti, in possesso di comprovata esperienza e competenza nella gestione dei processi partecipativi ovvero nella gestione ed esecuzione delle attivita' di programmazione e pianificazione in materia urbanistica o di opere pubbliche, cui conferire l'incarico di coordinatore del dibattito pubblico, come disciplinato dal decreto adottato in attuazione dell'articolo 22, comma 2, del citato decreto legislativo n. 50 del 2016.

- In caso di inosservanza da parte della stazione appaltante dei termini di svolgimento del dibattito pubblici previsti dal presente comma, la Commissione nazionale per il dibattito pubblico esercita, senza indugio, i necessari poteri sostitutivi. Ai componenti della Commissione nazionale è riconosciuto, per il periodo dal 2021 al 2026 in caso di esercizio dei poteri sostitutivi, il rimborso delle spese di missione nei limiti previsti per il personale del Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibile, con oneri non superiori a 22,5 mila euro per l'anno 2021 e a 45 mila euro per ciascuno degli anni dal 2022 al 2026.

- 2. Agli oneri di cui al comma 1, si provvede mediante corrispondente riduzione dello stanziamento del Fondo speciale di parte corrente iscritto, ai fini del bilancio triennale 2021 - 2023, nell'ambito del programma «Fondi di riserva e speciali», della missione «Fondi da ripartire» dello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze per l'anno 2021, allo scopo parzialmente utilizzando l'accantonamento relativo al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

DL 31 maggio 2021, n. 77 conv. con mod. da legge n. 108/2021

Governance del Piano Nazionale di rilancio e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure

DL 31 maggio 2021 n. 77 In vigore dal 1 giugno 2021

Legge 29 luglio 2021 n. 108 in vigore dal 31 luglio 2021

Contratti sotto soglia (regime derogatorio di cui all'art. 1 DL n. 76/2020)

- Efficacia regime derogatorio dell'art. 1 DL n. 76/2020 (contratti sotto soglia): dal 31.12.2021 al **30 giugno 2023**

Segue – Affidamento diretto (lett. a)

- Servizi (anche di ingegneria) e forniture da fino a 75.000,00 Euro a **fino a 139.000,00**
- a) affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro e per servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 139.000 euro. **In tali casi la stazione appaltante procede all'affidamento diretto, anche senza consultazione di più operatori economici, fermo restando il rispetto dei principi di cui all'articolo 30 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50;"**

Segue – procedura negoziata (lett. b)

- “Procedura negoziata ad almeno 5 operatori per affidamenti di servizi e forniture “**di importo pari o superiore a 139.000 euro** e fino alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016 e di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e **inferiore a un milione di euro (prima Euro 350.000,00)** ,
- Procedura negoziata ad almeno 10 operatori per affidamenti di lavori **di importo pari o superiore a un milione di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35** del decreto legislativo n. 50 del 2016.
- SCOMPARE PER LL PP SCAGLIONE FRA 1 ML e SOGLIA COMUNITARIA (CON OBBLIGO DI INVITO DI ALMENO 15 operatori)

Contratti sopra soglia (regime derogatorio art. 2 DL n. 76/2020)

- Efficacia regime derogatorio dell'art. 2 DL n. 76/2020 (contratti sotto soglia): dal 31.12.2021 al **30 giugno 2023**
- **AD ECCEZIONE DEL REGIME SUPERDEROGATORIO DI CUI AL COMMA 4 che resta fissato al 31.12.2021**

Estensione regime art. 8 comma 1 DL n. 76

- Estensione al **31.06.2023** delle seguenti disposizioni
- a) è sempre **autorizzata la consegna dei lavori in via di urgenza e, nel caso di servizi e forniture, l'esecuzione del contratto in via d'urgenza** ai sensi dell'articolo 32, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016, nelle more della verifica dei requisiti di cui all'articolo 80 del medesimo decreto legislativo, nonché dei requisiti di qualificazione previsti per la partecipazione alla procedura;
- b) le stazioni appaltanti possono prevedere, a pena di esclusione dalla procedura, **l'obbligo per l'operatore economico di procedere alla visita dei luoghi**, nonché alla consultazione sul posto dei documenti di gara e relativi allegati ai sensi e per gli effetti dell'articolo 79, comma 2, del decreto legislativo n. 50 del 2016 esclusivamente laddove detto adempimento sia strettamente indispensabile in ragione della tipologia, del contenuto o della complessità dell'appalto da affidare;

- c) in relazione alle procedure ordinarie, si applicano **le riduzioni dei termini procedurali per ragioni di urgenza di cui agli articoli 60, comma 3, 61, comma 6, 62 comma 5, 74, commi 2 e 3, del decreto legislativo n. 50 del 2016**. Nella motivazione del provvedimento che dispone la riduzione dei termini non è necessario dar conto delle ragioni di urgenza, che si considerano comunque sussistenti;
- d) le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture possono essere avviate anche in mancanza di una specifica previsione nei documenti di programmazione di cui all'articolo 21 del decreto legislativo n. 50 del 2016, già adottati, a condizione che entro trenta giorni decorrenti dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto si provveda ad un aggiornamento in conseguenza degli effetti dell'emergenza da COVID-19.

Regime della sospensione dei lavori ex art. 5 DL n. 76

- Ambito: contratti di lavori pubblici sopra soglia, estensibile anche al sotto soglia
- Efficacia regime derogatorio art. 107 Dlgs. n. 50 per sospensioni lavori ex art. 3 DL n. 76 dal 31.12.2021 al **30 giugno 2023**

segue

- 2. La sospensione è in ogni caso disposta dal responsabile unico del procedimento. Nelle ipotesi previste dal comma 1, lettera a), si provvede ai sensi del comma 4. Nelle ipotesi previste dal comma 1, lettere b) e d), su **parere** (*ante determinazione*) del collegio consultivo tecnico di cui all'articolo 6, le stazioni appaltanti o le autorità competenti, previa proposta della stazione appaltante, da adottarsi entro il termine di quindici giorni dalla comunicazione allo stesso collegio della sospensione dei lavori, autorizzano nei successivi dieci giorni la prosecuzione dei lavori nel rispetto delle esigenze sottese ai provvedimenti di sospensione adottati, salvi i casi di assoluta e motivata incompatibilità tra causa della sospensione e prosecuzione dei lavori.

Collegio consultivo tecnico (art. 6 DL n. 76)

- Ambito: contratti di lavori pubblici sopra soglia, estensibile anche al sotto soglia
- Efficacia art. 6: Efficacia regime derogatorio art. 107 Dlgs. n. 50 per sospensioni lavori ex art. 3 DL n. 76 dal 31.12.2021 al **30 giugno 2023**

Segue – sulle nomina del CCT

- Comma 2
- I componenti del collegio possono essere scelti dalle parti di comune accordo, ovvero le parti possono concordare che ciascuna di esse nomini uno o due componenti e che il terzo o il quinto componente, con funzioni di presidente, sia scelto dai componenti di nomina di parte (**ADDE individuati anche tra il proprio personale dipendente ovvero tra persone ad esse legate da rapporti di lavoro autonomo o di collaborazione anche continuativa in possesso dei requisiti previsti dal primo periodo**)

Segue – modifiche Integrative al comma 3

- 3. Nell'adozione delle proprie determinazioni, il collegio consultivo può operare anche in videoconferenza o con qualsiasi altro collegamento da remoto e può procedere ad audizioni informali delle parti per favorire, nella risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche eventualmente insorte, la scelta della migliore soluzione per la celere esecuzione dell'opera a regola d'arte.
- Il collegio può altresì convocare le parti per consentire l'esposizione in contraddittorio delle rispettive ragioni.
- L'inosservanza delle determinazioni del collegio consultivo tecnico viene valutata ai fini della responsabilità del soggetto agente per danno erariale e costituisce, salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi contrattuali; l'osservanza delle determinazioni del collegio consultivo tecnico è causa di esclusione della responsabilità del soggetto agente per danno erariale, salvo il dolo.
- Le determinazioni del collegio consultivo tecnico hanno la natura del lodo contrattuale previsto dall'[articolo 808-ter del codice di procedura civile](#), salva diversa e motivata volontà espressamente manifestata in forma scritta dalle parti stesse.
- Salva diversa previsione di legge, le determinazioni del collegio consultivo tecnico sono adottate con atto sottoscritto dalla maggioranza dei componenti, entro il termine di quindici giorni decorrenti dalla data della comunicazione dei quesiti, recante succinta motivazione, che può essere integrata nei successivi quindici giorni, sottoscritta dalla maggioranza dei componenti. In caso di particolari esigenze istruttorie le determinazioni possono essere adottate entro venti giorni dalla comunicazione dei quesiti. Le decisioni sono assunte a maggioranza.

ADDE

- Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della determinazione della collegio consultivo, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che non ha osservato la determinazione, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile.”;

Segue – compenso del CCT

- 7. I componenti del collegio consultivo tecnico hanno diritto a un compenso a carico delle parti e proporzionato al valore dell'opera, al numero, alla qualità e alla tempestività delle determinazioni assunte. In mancanza di determinazioni o pareri ad essi spetta un gettone unico onnicomprensivo. ~~In caso di ritardo nell'assunzione delle determinazioni è prevista una decurtazione del compenso stabilito in base al primo periodo da un decimo a un terzo, per ogni ritardo~~ (ABROGATO) Il compenso è liquidato dal collegio consultivo tecnico unitamente all'atto contenente le determinazioni, salva la emissione di parcella di acconto, in applicazione delle tariffe richiamate dall'[articolo 9 del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27](#), aumentate fino a un quarto e di quanto previsto dalle linee guida di cui al **comma 8ter**. Non è ammessa la nomina di consulenti tecnici d'ufficio. I compensi dei membri del collegio sono computati all'interno del quadro economico dell'opera alla voce spese impreviste.

segue

- 8-bis. Entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente disposizione, con provvedimento del Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, previo parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici, sono approvate apposite Linee guida volte a definire, nel rispetto di quanto stabilito dal presente articolo:
 - - i requisiti professionali e i casi di incompatibilità dei membri e del Presidente del collegio consultivo tecnico,
 - - i criteri preferenziali per la loro scelta,
 - - i parametri per la determinazione dei compensi rapportati al valore e alla complessità dell'opera, nonché all'entità e alla durata dell'impegno richiesto ed al numero e alla qualità delle determinazioni assunte, le modalità di costituzione e funzionamento del collegio e il coordinamento con gli altri istituti consultivi, deflattivi e contenziosi esistenti.
- Con il medesimo decreto, è istituito presso il Consiglio superiore dei lavori pubblici, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, un Osservatorio permanente per assicurare il monitoraggio dell'attività dei collegi consultivi tecnici. A tale fine, i Presidenti dei collegi consultivi provvedono a trasmettere all'Osservatorio gli atti di costituzione del collegio e le determinazioni assunte dal collegio, entro cinque giorni dalla loro adozione.”;

Disciplina del subappalto (art. 50 DL Sempl)

- Modifica all'art. 105, D.lgs. n. 50/2016

Comma 1 1. I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice eseguono in proprio le opere o i lavori, i servizi, le forniture compresi nel contratto. ~~Il contratto non può essere ceduto a pena di nullità, fatto salvo quanto previsto dall'[articolo 106, comma 1, lettera d\)](#). E' ammesso il subappalto secondo le disposizioni del presente articolo.~~

A pena di nullità, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 106, comma 1, lettera d), il contratto non può essere ceduto, non può essere affidata a terzi l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative al complesso delle categorie prevalenti e dei contratti ad alta intensità di manodopera. È ammesso il subappalto secondo le disposizioni del presente articolo

- 14. ~~L'affidatario deve praticare, per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con ribasso non superiore al venti per cento, nel rispetto degli standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto.~~ **Il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale, inclusa l'applicazione dei medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto ovvero riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale.** L'affidatario corrisponde i costi della sicurezza e della manodopera, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso; la stazione appaltante, sentito il direttore dei lavori, il coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione, ovvero il direttore dell'esecuzione, provvede alla verifica dell'effettiva applicazione della presente disposizione. L'affidatario è solidalmente responsabile con il subappaltatore degli adempimenti, da parte di questo ultimo, degli obblighi di sicurezza previsti dalla normativa vigente.

FINO AL 31 OTTOBRE 2021

- Dalla data di entrata in vigore del DL e **FINO AL 31 OTTOBRE 2021**
- in deroga all'articolo 105, commi 2 e 5, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, **il subappalto non può superare la quota del 50% dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture.** È pertanto abrogato l'articolo 1, comma 18, primo periodo, del decreto legge 18 aprile 2019, n. 32 (decreto , convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n. 55;
- b) all'articolo 105 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50

Segue DAL 1 novembre 2021

- Comma 2
- 2. Il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto. Costituisce, comunque, subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare. ~~Fatto salvo quanto previsto dal comma 5, l'eventuale subappalto non può superare la quota del 30 per cento [la quota del 40 per cento] dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture.~~

- Nuovo terzo periodo comma 2

- Le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di cui all'articolo 30, **previa adeguata motivazione nella determina a contrarre, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti, indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto da eseguire a cura dell'aggiudicatario in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto, ivi comprese quelle di cui all'articolo 89, comma 11, dell'esigenza, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, :**
 - - di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro
 - - e di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori
 - - ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali, **a meno che i subappaltatori siano iscritti nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 del medesimo articolo 1 ovvero nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229**

- Fine comma 2 inalterato

- L'affidatario comunica alla stazione appaltante, prima dell'inizio della prestazione, per tutti i sub-contratti che non sono subappalti, stipulati per l'esecuzione dell'appalto, il nome del sub-contraente, l'importo del sub-contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati. Sono, altresì, comunicate alla stazione appaltante eventuali modifiche a tali informazioni avvenute nel corso del sub-contratto. E' altresì fatto obbligo di acquisire nuova autorizzazione integrativa qualora l'oggetto del subappalto subisca variazioni e l'importo dello stesso sia incrementato nonché siano variati i requisiti di cui al comma 7.

- Segue (abrogato dal 1 novembre 2021)

- 5. Per le opere di cui all'articolo 89, comma 11, e fermi restando i limiti previsti dal medesimo comma, l'eventuale subappalto non può superare il trenta per cento dell'importo delle opere e non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso.

- Dal 1 novembre 2021

- ~~8. Il contraente principale è responsabile in via esclusiva nei confronti della stazione appaltante.~~ L'aggiudicatario è responsabile in solido con il subappaltatore in relazione agli obblighi retributivi e contributivi, ai sensi dell'articolo 29 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276. Nelle ipotesi di cui al comma 13, lettere a) e c) (*pagamento diretto subappaltatore salvo ipotesi inadempimento appaltatore*), l'appaltatore è liberato dalla responsabilità solidale di cui al primo periodo. (rectius: di cui al secondo periodo)

Le Amministrazioni competenti:

- a) assicurano la piena operatività della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici di cui all'articolo 81 del decreto legislativo n. 50 del 2016, come modificato dall'articolo 54 del presente decreto;
- b) adottano il documento relativo alla congruità dell'incidenza della manodopera, di cui all'articolo 105, comma 16, del citato decreto legislativo n. 50 del 2016 e all'articolo 8, comma 10 – bis, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120;
- c) adottano entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto il regolamento di cui all'articolo 91, comma 7, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159.

Verifiche antimafia (regime speciale art. 3, DL n. 76)

- Efficacia regime speciale per verifiche antimafia ex art. 3 (spec. informativa liberatoria provvisoria) dal 31.12.2021 al **30 giugno 2023**

Incidenza sul DL Sbloccacantieri n. 32/2019

- Art. 1 nelle more della riforma complessiva del settore e comunque nel rispetto dei principi e delle norme sancite dall'Unione europea, in particolare delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, **fino al 30 giugno 2023 (dal 31 dicembre 2021)**, non trovano applicazione, a titolo sperimentale, le seguenti norme del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50:
 - a) articolo 37, comma 4, per i comuni non capoluogo di provincia, quanto all'obbligo di avvalersi delle modalita' ivi indicate (**FATTO SALVO ADDE ULTRA**);
 - b) articolo 59, comma 1, quarto periodo, nella parte in cui resta vietato il ricorso all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione di lavori;
 - c) articolo 77, comma 3, quanto all'obbligo di scegliere i commissari tra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso l'Autorita' nazionale anticorruzione (ANAC) di cui all'articolo 78, fermo restando l'obbligo di individuare i commissari secondo regole di competenza e trasparenza, preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante.

- a) articolo 37, comma 4, per i comuni non capoluogo di provincia, quanto all'obbligo di avvalersi delle modalita' ivi indicate “, **limitatamente alle procedure NON afferenti gli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal Regolamento (UE) 2021/240 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 febbraio 2021 e dal Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, nonché dalle risorse del Piano nazionale per gli investimenti complementari di cui all'articolo 1 del decreto – legge 6 maggio 2021, n. 59. Nelle more di una disciplina diretta ad assicurare la riduzione, il rafforzamento e la qualificazione delle stazioni appaltanti, per le procedure afferenti alle opere PNRR e PNC, i comuni non capoluogo di provincia procedono all'acquisizione di forniture, servizi e lavori, oltre che secondo le modalità indicate dal citato articolo 37, comma 4, attraverso le unioni di comuni, le province, le città metropolitane e i comuni capoluoghi di province.**

- Art. 1 comma 2 ABROGATO

~~2. Entro il 30 novembre 2021 il Governo presenta alle Camere una relazione sugli effetti della sospensione per gli anni 2019 e 2020, al fine di consentire al Parlamento di valutare l'opportunità del mantenimento o meno della sospensione stessa.~~

Ulteriori effetti su DL Sbloccacantieri

3. Fino **al 30 giugno 2023** si applica anche ai settori ordinari la norma prevista dall'articolo 133, comma 8, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, per i settori speciali (**inversione procedimentale**).

«Nelle procedure aperte, gli enti aggiudicatori possono decidere che le offerte saranno esaminate prima della verifica dell'idoneità degli offerenti. Tale facoltà può essere esercitata se specificamente prevista nel bando di gara o nell'avviso con cui si indice la gara. Se si avvalgono di tale possibilità, le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono che la verifica dell'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto sia aggiudicato a un offerente che avrebbe dovuto essere escluso a norma dell'articolo 136 o che non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice».

4 Per gli anni dal 2019 al 2023 i soggetti attuatori di opere per le quali deve essere realizzata la progettazione possono avviare le relative procedure di affidamento anche in caso di disponibilita' di finanziamenti limitati alle sole attivita' di progettazione. Le opere la cui progettazione e' stata realizzata ai sensi del periodo precedente sono considerate prioritariamente ai fini dell'assegnazione dei finanziamenti per la loro realizzazione.

- 6. Per gli anni dal 2019 al 2023 i contratti di lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria, ad esclusione degli interventi di manutenzione straordinaria che prevedono il rinnovo o la sostituzione di parti strutturali delle opere o di impianti, possono essere affidati, nel rispetto delle procedure di scelta del contraente previste dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, sulla base del progetto definitivo costituito almeno da una relazione generale, dall'elenco dei prezzi unitari delle lavorazioni previste, dal computo metrico-estimativo, dal piano di sicurezza e di coordinamento con l'individuazione analitica dei costi della sicurezza da non assoggettare a ribasso. L'esecuzione dei predetti lavori puo' prescindere dall'avvenuta redazione e approvazione del progetto esecutivo.

- 10. **((Fino al 30 giugno 2023))**, possono essere oggetto di riserva anche gli aspetti progettuali che sono stati oggetto di verifica ai sensi dell'articolo 25 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, con conseguente estensione dell'ambito di applicazione dell'accordo bonario di cui all'articolo 205 del medesimo decreto legislativo.
- 18. Fino al **31 dicembre 2023**, sono altresì sospese l'applicazione del comma 6 dell'articolo 105 (**TERNE**) e del terzo periodo del comma 2 dell'articolo 174, nonché le verifiche in sede di gara, di cui all'articolo 80 del medesimo codice, riferite al subappaltatore.

Modifiche all'art. 29 Dlgs n. 50

- 1. Tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento (ADDE) **e l'esecuzione** di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli tra enti nell'ambito del settore pubblico di cui all'articolo 5, alla composizione della commissione giudicatrice e ai curricula dei suoi componenti, ove non considerati riservati ai sensi dell'articolo 53 ovvero secretati ai sensi dell'articolo 162, **devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente" con l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33.**
- Nella stessa sezione sono pubblicati anche i resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione con le modalità previste dal decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Gli atti di cui al presente comma recano, prima dell'intestazione o in calce, la data di pubblicazione sul profilo del committente. Fatti salvi gli atti a cui si applica l'articolo 73, comma 5, i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla pubblicazione sul profilo del committente.

~~2. Gli atti di cui al comma 1, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 53, sono, altresì, pubblicati sul sito del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sulla piattaforma digitale istituita presso l'ANAC, anche tramite i sistemi informatizzati regionali, di cui al comma 4, e le piattaforme regionali di e-procurement interconnesse tramite cooperazione applicativa.~~

- SOSTITUITO CON
- 2. Tutte le informazioni inerenti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione, alla scelta del contraente, all'aggiudicazione e all'esecuzione di lavori, servizi e forniture relativi all'affidamento, inclusi i concorsi di progettazione e i concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli di cui all'articolo 5, sono gestite e trasmesse tempestivamente alla Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici dell'ANAC attraverso le piattaforme telematiche ad essa interconnesse secondo le modalità indicate all'articolo 213, comma 9. L'ANAC garantisce, attraverso la Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici, la pubblicazione dei dati ricevuti, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 53 e ad eccezione di quelli che riguardano contratti secretati ai sensi dell'articolo 162, la trasmissione dei dati all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea e la pubblicazione ai sensi dell'articolo 73. Gli effetti degli atti oggetto di pubblicazione ai sensi del presente comma decorrono dalla data di pubblicazione dei relativi dati nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici.

- 3. Le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano collaborano con gli organi dello Stato alla tutela della trasparenza e della legalità nel settore dei contratti pubblici. In particolare, operano in ambito territoriale a supporto delle stazioni appaltanti nell'attuazione del presente codice e nel monitoraggio delle fasi di programmazione, affidamento ed esecuzione dei contratti **anche attraverso la messa a disposizione di piattaforme telematiche interoperabili con la Banca dati nazionale dei contratti pubblici per la gestione di tutte le fasi della vita dei contratti pubblici secondo le modalità indicate all'articolo 213, comma 9**

- ~~4. Per i contratti e gli investimenti pubblici di competenza regionale o di enti territoriali, le stazioni appaltanti provvedono all'assolvimento degli obblighi informativi e di pubblicità disposti dal presente codice, tramite i sistemi informatizzati regionali e le piattaforme telematiche di e-procurement ad essi interconnesse, garantendo l'interscambio delle informazioni e l'interoperabilità, con le banche dati dell'ANAC, del Ministero dell'economia e delle finanze e del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.~~
- 4. Le stazioni appaltanti sono tenute ad utilizzare le piattaforme telematiche di cui al comma 2, aderenti alle regole di cui all'articolo 44

- ~~• 4 bis. Il Ministero dell'economia e delle finanze, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, l'ANAC e la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome per i sistemi di cui ai commi 2 e 4 condividono un protocollo generale per definire le regole di interoperabilità e le modalità di interscambio dei dati e degli atti tra le rispettive banche dati, nel rispetto del principio di unicità del luogo di pubblicazione e di unicità dell'invio delle informazioni. Per le opere pubbliche il protocollo si basa su quanto previsto dal decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 229. L'insieme dei dati e degli atti condivisi nell'ambito del protocollo costituiscono fonte informativa prioritaria in materia di pianificazione e monitoraggio di contratti e investimenti pubblici.~~
- 4-bis. "L'interscambio dei dati e degli atti tra la Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici dell'ANAC e le piattaforme telematiche ad essa interconnesse avviene, nel rispetto del principio di unicità del luogo di pubblicazione e di unicità dell'invio delle informazioni, in conformità alle Linee guida AgID in materia di interoperabilità.
- L'insieme dei dati e delle informazioni condivisi costituiscono fonte informativa prioritaria in materia di pianificazione e monitoraggio di contratti e investimenti pubblici

Sui lavori della commissione (art. 77)

- 2. La commissione è costituita da un numero dispari di commissari, non superiore a cinque, individuato dalla stazione appaltante e ~~può lavorare~~ **di regola lavora** a distanza con procedure telematiche che salvaguardino la riservatezza delle comunicazioni.

Sull'art. 81

- Non più banca dati degli operatori economici ma **Banca dati dei contratti pubblici**

- 2. Per le finalità di cui al comma 1, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentita l'ANAC e l'AGID, sono indicati i dati concernenti la partecipazione alle gare e il loro esito, in relazione ai quali è obbligatoria l'inclusione della documentazione nella Banca dati, i documenti diversi da quelli per i quali è prevista l'inclusione e le modalità di presentazione, i termini e le regole tecniche per l'acquisizione, l'aggiornamento e la consultazione dei predetti dati. Con il medesimo decreto si provvede alla definizione delle modalità relative alla progressiva informatizzazione dei documenti necessari a comprovare i requisiti di partecipazione e l'assenza di cause di esclusione, nonché alla definizione dei criteri e delle modalità relative all'accesso e al funzionamento nonché all'interoperabilità tra le diverse banche dati coinvolte nel procedimento. A tal fine entro il 31 dicembre 2016, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, in accordo con ANAC, definisce le modalità di subentro nelle convenzioni stipulate dall'ANAC, tali da non rendere pregiudizio all'attività di gestione dati attribuite all'ANAC dal presente codice. Fino alla data di entrata in vigore del decreto di cui al presente comma, si applica l'[articolo 216, comma 13](#).
- 2. 2. Per le finalità di cui al comma 1, l'ANAC individua, con proprio provvedimento, adottato d'intesa con il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili e con l'AgID, i dati concernenti la partecipazione alle gare e il loro esito, in relazione ai quali è obbligatoria la verifica attraverso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, i termini e le regole tecniche per l'acquisizione, l'aggiornamento e la consultazione dei predetti dati, anche mediante la piattaforma di cui all'articolo 50-ter del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, nonché i criteri e le modalità relative all'accesso e al funzionamento della Banca dati. L'interoperabilità tra le diverse banche dati gestite dagli enti certificanti coinvolte nel procedimento, nonché tra queste e le banche dati gestite dall'ANAC, è assicurata secondo le modalità individuate dall'AgID con le Linee guida in materia.

- ~~• 4. Gli esiti dell'accertamento dei requisiti generali di qualificazione, costantemente aggiornati, con riferimento al medesimo partecipante nei termini di efficacia di ciascuno documento, possono essere utilizzati anche per gare diverse.~~
- 4. Presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici è istituito il fascicolo virtuale dell'operatore economico nel quale sono presenti i dati di cui al comma 2 per la verifica dell'assenza di motivi di esclusione di cui all'articolo 80, l'attestazione di cui all'articolo 84, comma 1, per i soggetti esecutori di lavori pubblici, nonché i dati e documenti relativi ai criteri di selezione di cui all'articolo 83 che l'operatore economico carica. Il fascicolo virtuale dell'operatore economico è utilizzato per la partecipazione alle singole gare. I dati e documenti contenuti nel fascicolo virtuale, nei termini di efficacia di ciascuno di essi, possono essere utilizzati anche per gare diverse. In sede di partecipazione alle gare l'operatore economico indica i dati e i documenti relativi ai requisiti generali e speciali di cui agli articoli 80, 83 e 84, contenuti nel fascicolo virtuale per consentire la valutazione degli stessi alla stazione appaltante.”;

I Raggruppamenti temporanei di operatori economici

Ed altre forme di aggregazione

Obiettivo: ampliamento partecipazione alle procedure di affidamento

- Diverse forme di cooperazione tra gli operatori economici, finalizzate a consentire loro di cumulare le proprie capacità economiche e tecnico organizzative – i requisiti di ordine speciale – per accedere a gare dalle quali singolarmente sarebbero esclusi
- È stato tuttavia chiarito che tali strumenti possono essere utilizzati anche da soggetti che hanno autonomamente i requisiti per partecipare. Le c.d. ATI sovrabbondanti non sono illegittime (TAR Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 20 giugno 2018, n. 518) contra AGCM

I Raggruppamenti temporanei di operatori economici

- consente a più operatori economici di aggregarsi per partecipare ad una specifica gara, senza creare una nuova struttura organizzativa e senza dar vita dunque ad un nuovo soggetto giuridico, mantenendo pienamente la propria autonomia organizzativa e gestionale (art. 48, CCP).
- Elementi caratterizzanti dell'istituto sono: la temporaneità e l'occasionalità; il raggruppamento viene costituito allo scopo di partecipare ad una procedura di affidamento e cessa di esistere allorché la prestazione sia conclusa.

Modalità di costituzione RTI

- Stipula, in un unico atto avente forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata, di un contratto **di mandato collettivo speciale**, gratuito e irrevocabile **con rappresentanza** con cui uno o più operatori economici (mandanti), in vista della partecipazione ad una gara o a più gare, ma preventivamente individuate, danno mandato ad un'altra impresa (capogruppo o mandataria) di presentare in proprio e in nome e per conto delle mandanti un'offerta.
- In deroga all'art. 1726 c.c. anche nelle ipotesi di giusta causa, la revoca non produce effetti nei confronti della stazione appaltante. La revoca è tuttavia ammessa, in caso di inadempimento dell'impresa mandataria per consentire alla stazione appaltante il pagamento diretto nei confronti delle altre imprese del raggruppamento (art. 48, comma 13).

Effetti mandato

- La mandataria acquisisce la rappresentanza esclusiva , anche processuale, delle mandanti nei confronti della stazione appaltante per il compimento di ogni atto relativo all'appalto sino all'estinzione del rapporto (per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto, anche dopo il collaudo, o atto equivalente, fino alla estinzione di ogni rapporto)
- È comunque attribuita alla stazione appaltante la possibilità di agire direttamente nei confronti delle mandanti.

segue

- In tal modo si consente alla stazione appaltante di avere un unico referente per tutta la durata dell'appalto.
- Il rapporto di mandato non determina di per sé organizzazione o associazione degli operatori economici riuniti, ognuno dei quali conserva la propria autonomia ai fini della gestione, degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali.
- la rappresentanza processuale esclusiva attribuita alla mandataria, non esclude la legittimazione processuale delle singole mandanti, che pertanto possono impugnare autonomamente gli atti della procedura (Cons. Stato, sez. V, 2 agosto 2016, n. 3481; Id., sez. V, 15 ottobre 2010, n. 7524; Corte di Giustizia, sez. VI, ord. 4 ottobre 2007, in C-492/06).

Il cd. raggruppamento costituendo

- Per rendere lo strumento ancor più funzionale, riducendo altresì i già limitati costi di utilizzo (si evidenzia che il mandato non è sottoposto a registrazione fiscale in termine fisso, ma solo in caso d'uso) è prevista la possibilità per gli operatori economici di costituire il raggruppamento solo in caso di aggiudicazione del contratto (c.d. raggruppamento costituendo).
- In tale ipotesi, non essendosi ancora perfezionato un rapporto di rappresentanza con la mandataria, l'offerta:
 - - deve essere sottoscritta da tutti i soggetti che costituiranno il raggruppamento (Nel caso di RTI costituendo le imprese mandanti partecipano alla gara singolarmente – non sono rappresentate dalla mandataria – pertanto la polizza fideiussoria mediante la quale viene costituita la cauzione provvisoria deve essere necessaria-mente intestata, a pena di esclusione, non già alla sola capogruppo designata, ma anche alle mandanti - Cons. Stato, Ad. Plen., 4 ottobre 2005, n. 8 – SEGUE

- - deve contenere l'espresso impegno che in caso di aggiudicazione della gara gli stessi operatori conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi da indicare in sede di offerta e qualificato come mandatario, il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti (art. 48, comma 8). Tale impegno deve essere sottoscritto da tutte le imprese del raggruppamento. Eventuali carenze non possono essere oggetto di soccorso istruttorio.

Divieto di partecipazione plurima

- Per tutelare il principio di segretezza delle offerte e più in generale il corretto espletamento della gara, è espressamente vietato ad un'impresa facente parte di un raggruppamento (o consorzio ordinario) di partecipare alla medesima gara singolarmente o in altro raggruppamento o consorzio ordinario (art. 48, comma 7, Codice).

Tipologie di raggruppamenti temporanei

- **Orizzontali:** i raggruppamenti in cui i soggetti che lo compongono eseguono:
 - - lavori della medesima categoria (negli appalti di lavori)
 - - prestazioni della medesima tipologia (negli appalti di servizi e di forniture).
- nei raggruppamenti orizzontali i lavori/prestazioni realizzati da ciascuna impresa raggruppata divergono esclusivamente da un punto di vista quantitativo

segue

- Nei RTI orizzontali, la mandataria e le mandanti eseguono per quote diverse la medesima prestazione e sono pertanto responsabili in solido sia nei confronti della stazione appaltante sia nei confronti dei fornitori e dei subappaltatori.

- **Verticali** i raggruppamenti in cui
- ***nel caso di appalto di lavori**
- - la mandataria realizza i lavori relativi alla categoria prevalente (la categoria di lavori, generale o specializzata, di importo più elevato fra le categorie costituenti l'intervento e indicate nei documenti di gara)
- - le mandanti realizzano i lavori relativi alle categorie scorporate, ovvero la/le categoria/e di lavori, individuata/e dalla stazione appaltante nei documenti di gara, tra quelli non appartenenti alla categoria prevalente:
 - * e comunque di importo superiore al 10 per cento dell'importo complessivo dell'opera o lavoro, ovvero di importo superiore a 150.000 euro
 - * ovvero appartenenti alle categorie di cui all'articolo 89, comma 11 – (SIOS)

Categorie SIOS – DM 10 novembre 2016, n. 248

Art. 1 c. 2. Ai sensi dell'articolo 89, comma 11, del Codice il presente decreto individua, in particolare, le opere per le quali non è ammesso l'avvalimento, qualora il loro valore superi il dieci per cento dell'importo totale dei lavori e per le quali, ai sensi dell'articolo 105, comma 5 del Codice, l'eventuale subappalto non può superare il trenta per cento dell'importo delle opere e, non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso

(Art. 105, comma 5. Per le opere di cui all'articolo 89, comma 11, e fermi restando i limiti previsti dal medesimo comma, l'eventuale subappalto non può superare il trenta per cento dell'importo delle opere e non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso).

[Il limite di cui al presente comma non è computato ai fini del raggiungimento del limite di cui all'articolo 105, comma 2 del Codice. – problema della disapplicabilità]

(ai sensi dell'articolo 49, comma 1, lettera a), primo periodo, legge n. 108 del 2021, fino al 31 ottobre 2021, anche per queste categorie superspecializzate il subappalto non può superare la quota del 50% dell'importo complessivo del contratto)

(comma 5 dal 1° novembre 2021) (abrogato dall'art. 49, comma 2, lettera b), legge n. 108 del 2021)

Art. 2. Elenco delle opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica

1. Ai fini di cui all'articolo 1, le opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica sono quelle indicate nelle lettere seguenti come descritte all'allegato A, che costituisce parte integrante del presente decreto:

a) OG 11 Impianti tecnologici; b) OS 2-A Superfici decorate di beni immobili del patrimonio culturale e beni culturali mobili di interesse storico ,artistico, archeologico ed etnoantropologico; c) OS 2-B Beni culturali mobili di interesse archivistico e librario; d) OS 4 Impianti elettromeccanici trasportatori; e) OS 11 Apparecchiature strutturali speciali; f) OS 12-A Barriere stradali di sicurezza; g) OS 12-B Barriere paramassi, fermaneve e simili; h) OS 13 Strutture prefabbricate in cemento armato; i) OS 14 Impianti di smaltimento e recupero di rifiuti; l) OS 18-A Componenti strutturali in acciaio; m) OS 18-B Componenti per facciate continue; n) OS 21 Opere strutturali speciali; o) OS 25 Scavi archeologici; p) OS 30 Impianti interni elettrici, telefonici, radiotelefonici etelevisivi; q) OS 32 Strutture in legno.

- Raggruppamenti verticali nel caso di forniture e servizi
 - - la mandataria esegue la prestazione principale (negli appalti di servizi e forniture
 - - le mandanti realizzano le prestazioni secondarie
- Nei raggruppamenti verticali le prestazioni dei soggetti che lo compongono divergono anche da un punto di vista qualitativo, mentre nei raggruppamenti orizzontali esclusivamente da un punto di vista quantitativo

Segue – i raggruppamenti verticali

- È possibile costituire un raggruppamento verticale nelle sole ipotesi in cui, **trattandosi di prestazioni eterogenee che richiedono specializzazioni diverse, la stazione appaltante nel bando abbia individuato lavori scorporabili (negli appalti di lavori) o prestazioni secondarie (negli appalti di servizi e di forniture)**
- Nei RTI verticali la mandataria e le mandanti eseguono prestazioni differenti ben distinguibili: pertanto le mandanti sono responsabili nei limiti della prestazione di rispettiva competenza e solo la mandataria è responsabile in solido dell'adempimento del contratto nel suo complesso.

Giur su verticali

- CONSIGLIO DI STATO SEZ. V 24/2/2020 N. 1381
- Non può che seguirsi quanto richiamato dal Tribunale amministrativo ed affermato da questa Sezione, secondo cui la possibilità di dar vita a raggruppamenti di tipo verticale (o, più correttamente, di ammetterli ad una gara) **può avvenire solo laddove la stazione appaltante abbia preventivamente individuato negli atti di gara, con chiarezza, l'esistenza di prestazioni "principali" e di prestazioni "secondarie"**.
- Ciò in quanto trova applicazione il precedente – dal quale non vi è ragione di discostarsi, nel caso di specie – Cons. Stato, III, 9 maggio 2012, n. 2689, per cui è precluso al partecipante alla gara “procedere di sua iniziativa alla scomposizione del contenuto della prestazione, distinguendo fra prestazioni principali e secondarie”, onde ripartirle all'interno di un raggruppamento di tipo verticale (Cons. Stato, V, 7 dicembre 2017 n. 5772); ciò sulla scorta di quanto statuito all'Adunanza plenaria sulla distinzione tra r.t.i. verticali e r.t.i. orizzontali connessa alle competenze di ciascuna impresa raggruppata, nei primi ove la prestazione a carico dell'impresa mandataria riguarda la prestazione prevalente, mentre le mandanti sono associate per le prestazioni secondarie scorporabili e nei r.t.i. orizzontali, ove le imprese associate collaborano insieme nell'esecuzione della medesima prestazione che caratterizza l'appalto o almeno nelle prestazioni analoghe, ove queste siano plurime.

Giur su RTI verticali (orizzontali «atipiche»)

- **Consiglio di Stato, Sez. III, 16/ 03/ 2021, n. 2252**
- la lex specialis (punto 15.1. n. 4) sembra ragionevolmente aver ricompreso le attività di lavori, unitamente alle forniture ed ai servizi, all'interno di quella che ha qualificato come 'prestazione principale'.
- Tutto ciò induce a sostenere che i lavori non potevano che essere ricompresi in seno alla prestazione principale; dovendosi, pertanto, ritenere, la sentenza gravata immune da censure, là dove nel legittimare la scomposizione operata dalla aggiudicataria ha concluso, sul punto, che si trattava della ripartizione orizzontale di un'unica prestazione (fornitura e posa in opera di acceleratori).
- Tutto ciò, mentre consente di disattendere il rilievo opposto dall'appellante, secondo cui là dove si è in presenza di attività eterogenee, il raggruppamento non può che configurarsi verticale, accredita la diversa conclusione cui è pervenuto il primo giudice là dove ha chiarito che ...in assenza di una specifica previsione del bando la partecipazione dell'ATI aggiudicataria configurava raggruppamento di tipo orizzontale.
- Rafforza tale conclusione la circostanza che, nella specie, l'ATI aggiudicataria ha puntualizzato la esatta ripartizione delle attività in seno all'ATI, in ossequio al disposto dell'art art. 48 comma 4 del d.lgs. 50/16.

Segue Cds V 2183/2020

- *“la mera indicazione delle parti della prestazione che ogni operatore si incarica di eseguire all’interno della compagine imprenditoriale associativa non implica, come tale, la prefigurazione di un raggruppamento verticale (ostandovi la pregiudiziale distinzione programmatica tra prestazioni principali ed accessorie), ma evoca esclusivamente la ripartizione interna, tra i concorrenti raggruppati, della esecuzione della prestazione unitariamente considerata”.*
- Il Giudice quindi motiva la propria decisione sul presupposto che, trattandosi comunque di una prestazione “unitaria”, questa rimanga tale anche se venga “suddivisa verticalmente” tra le varie imprese del RTI. Ancora un passaggio è utile per tentare di comprendere il percorso logico della sentenza: **“Nel caso di specie, oggetto dell’appalto era un servizio unitario con una pluralità di prestazioni, individuato dall’art. 5 del disciplinare di gara in termini di “servizio di assistenza domiciliare (SAD) e consegna pasti”: per l’effetto, l’indicazione separata e la specificazione delle parti di servizio che sarebbero state eseguite dai singoli operatori economici non può ritenersi equivalente ad una ripartizione di tipo verticale ed ad una arbitraria scomposizione della prestazione da parte della associazione concorrente”.**
- Per corroborare la propria tesi il Consiglio di Stato compie un ultimo sforzo argomentativo affrontando il tema della responsabilità solidale che grava su tutte le imprese del Raggruppamento con ciò dimostrando, a suo dire, che si tratterebbe di un RTI orizzontale (“Se ne trae conferma dal rilievo che – **nella ribadita assenza della distinzione formale tra prestazioni principali e prestazioni secondarie – la responsabilità degli operatori associati per la corretta esecuzione dell’appalto gravava solidalmente su tutti i componenti, non essendo “limitata all’esecuzione delle prestazioni di relativa competenza”** (cfr. art. 48, comma 5 d. lgs. n. 50/2016”).

Contra

Consiglio Giustizia Amministrativa Regione Sicilia, sez. giurisdizionale, 31 maggio 2021 n. 498

- L'assenza di una esplicita suddivisione delle prestazioni in principali e secondarie da parte della Stazione Appaltante non comporta l'inammissibilità della partecipazione nella forma di raggruppamento verticale. Ciò che rileva è infatti l'indicazione, da parte della Stazione Appaltante, di prestazioni differenziate tra loro che richiedano un diverso apporto specialistico e professionale, essendo ad esempio sufficiente una divisione dei corrispettivi (e quindi differenziazione del valore economico delle prestazioni) in base alle singole prestazioni. Irrilevante è invece che venga indicato un singolo CPV.

- I raggruppamenti misti

- Possono altresì configurarsi raggruppamenti misti in cui si combinano le due figure precedenti.
- In tali ipotesi si tratta invero di raggruppamenti verticali in cui le prestazioni o della mandataria o delle mandanti vengono assunte, non da un'impresa singola, ma da un raggruppamento orizzontale.

Qualificazione RTI – requisiti generali

- Tutti i soggetti che compongono il raggruppamento devono in ogni caso essere in possesso dei requisiti di ordine generale (art. 80 CCP)
- Il recesso dell'impresa componente di un raggruppamento nel corso della procedura di gara non vale a sanare ex post una situazione di preclusione all'ammissione alla procedura sussistente al momento dell'offerta in ragione della sussistenza di cause di esclusione riguardanti il soggetto recedente, pena la violazione della par condicio tra i concorrenti (Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 8). – V. PERO' EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE

Requisiti speciali

- Fatto salvo il possesso dei requisiti relativi alla prestazione che devono eseguire (**v. però evoluzione in giurisprudenza**), è possibile cumulare i requisiti di ordine speciale, distinguendo tra appalti di lavori, da una parte, e appalti di servizi e di forniture, dall'altra parte, e altresì tra RTI verticali ed RTI orizzontali (e miste)
- È possibile già in sede di offerta (e non solo in sede esecutiva) modificare le quote di esecuzione al fine di renderle coerenti con i requisiti di qualificazione posseduti. La modifica è subordinata all'autorizzazione (vincolata e doverosa) della stazione appaltante, che deve verificare solo la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduta (Cons. Stato, sez. V, 8 novembre 2017, n. 5160).

- Ai sensi dell'art. 83, comma 8, come modificato dal decreto correttivo, infatti la stazione appaltante ha la facoltà di stabilire nel bando le eventuali misure in cui i requisiti speciali devono essere posseduti dalle singole mandanti.
- **Fermo restando che in ogni caso la mandataria deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria.**
- Ciò per consentire che la mandataria svolga un ruolo determinante nel corso dell'affidamento e sia quindi nelle condizioni di svolgere quel ruolo di coordinamento delle imprese mandanti indispensabile per garantire la corretta esecuzione dell'appalto.

Requisiti speciali – Appalti di lavori segue

- Negli appalti di lavori, in caso di **RTI verticale**, si chiede che la mandataria possieda i requisiti di qualificazione relativi alla categoria prevalente per il relativo importo, mentre le mandanti devono possedere i requisiti previsti per l'importo della categoria dei lavori che intendono assumere e nella misura indicata per il concorrente singolo (art. 48, comma 6).
- In caso di RTI orizzontale è richiesto che gli imprenditori partecipanti al raggruppamento abbiano i requisiti di cui all'art. 84.
- I lavori riconducibili alla categoria prevalente ovvero alle categorie scorporate possono essere assunti anche da imprenditori riuniti in raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale (**raggruppamento misto sulla categoria prevalente e/o sulla/sulle categoria/e scorporabile/i**)

Art. 12 DL n. 47/2014 conv in legge n. 80/2014 succ. mod integr

- In tema di affidamento di contratti pubblici di lavori, si applicano altresì le seguenti disposizioni:
- **a)** l'affidatario, in possesso della qualificazione nella categoria di opere generali ovvero nella categoria di opere specializzate indicate nel bando di gara o nell'avviso di gara o nella lettera di invito come categoria prevalente può, fatto salvo quanto previsto alla lettera b), eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera o il lavoro, anche se non è in possesso delle relative qualificazioni, oppure subappaltare dette lavorazioni specializzate esclusivamente ad imprese in possesso delle relative qualificazioni;

- **b)** non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente, se privo delle relative adeguate qualificazioni, le lavorazioni, indicate nel bando di gara o nell'avviso di gara o nella lettera di invito, di importo superiore ai limiti indicati dall'articolo 108, comma 3, DPR n. 207/2010 (ora art. 3 lett ooter Dlgs. n. 50/2016), relative alle categorie di opere generali individuate nell'allegato A al predetto decreto, nonche' le categorie individuate nel medesimo allegato A con l'acronimo OS, di seguito elencate: OS 2-A, OS 2-B, OS 3, OS 4, OS 5, OS 8, OS 10, OS 11, OS 12-A, OS 13, OS 14, OS 18-A, OS 18-B, OS 20-A, OS 20-B, OS 21, OS 24, OS 25, OS 28, OS 30, OS 33, OS 34, OS 35 (**categorie a qualificazione obbligatoria**).
- Le predette lavorazioni sono comunque subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni.
- Esse sono altresì scorporabili e sono indicate nei bandi di gara ai fini della costituzione di associazioni temporanee di tipo verticale.

Per SIOS

- (SIOS) Resta fermo, ai sensi dell'articolo 37, comma 11, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, il limite di cui all'articolo 170, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 207 del 2010 (ora art. 105 comma 2 Dlgs n. 50) per le categorie di cui al comma 1 del presente articolo (**SIOS**), di importo singolarmente superiore al 15 per cento; si applica l'articolo 92, comma 7, del predetto regolamento.
- Art. 92 comma 7. In riferimento all'articolo 37, comma 11, del codice, ai fini della partecipazione alla gara, il concorrente, singolo o riunito in raggruppamento, che non possiede la qualificazione in ciascuna delle categorie di cui all'articolo 107, comma 2, per l'intero importo richiesto dal bando di gara o dalla lettera di invito, deve possedere i requisiti mancanti relativi a ciascuna delle predette categorie di cui all'articolo 107, comma 2, e oggetto di subappalto, con riferimento alla categoria prevalente. Resta fermo il limite massimo di subappaltabilità nella misura del trenta per cento fissata dall'articolo 170, comma 1, per ciascuna categoria specialistica prevista dal bando di gara o dalla lettera di invito.
- Il bando di gara, l'avviso di gara o la lettera di invito, ove prevedano lavorazioni relative ad una o più categorie di cui all'articolo 107, comma 2, di importo non superiore ai 150.000 euro e singolarmente superiore al quindici per cento ai sensi dell'articolo 37, comma 11, del codice indicano per ciascuna di esse i requisiti di qualificazione ai sensi dell'articolo 90.
(ogni riferimento all'art. 107, comma 2, deve ora essere fatto all'art. 12, comma 1, legge n. 80 del 2014)

Indicazione parti del lavoro-servizio (art. 48 c. 3)

- OBBLIGO che nell'offerta siano specificate le categorie di lavori o le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati.
- Ogni soggetto che appartiene al raggruppamento deve avere un ruolo operativo, assolvendo ad una porzione della prestazione
- Tale obbligo dichiarativo si applica indistintamente a tutte le forme di ATI, orizzontali e verticali, e va assolto a pena di esclusione al più tardi in sede di formulazione dell'offerta. La dichiarazione può essere fornita sia con indicazione, in termini descrittivi, delle singole parti del servizio da cui sia evincibile il riparto di esecuzione tra le imprese associate, sia in caso di indicazione, in termini percentuali, della quota di riparto delle prestazioni che saranno eseguite tra le singole imprese, tenendo conto della natura complessa o semplice dei servizi oggetto della prestazione e della sostanziale idoneità delle indicazioni ad assolvere alle finalità di riscontro della serietà e affidabilità dell'offerta ed a consentire l'individuazione dell'oggetto e dell'entità delle prestazioni che saranno eseguite dalle singole imprese raggruppate (Cons. Stato, Ad. Plen., 13 giugno 2012, n. 22).

Le classifiche SOA

- Art. 61, comma 4 Dpr n. 207/2010
- 4. Le classifiche sono stabilite secondo i seguenti livelli di importo:
 - I fino a euro 258.000
 - II fino a euro 516.000
 - III fino a euro 1.033.000
 - III-bis fino a euro 1.500.000
 - IV fino a euro 2.582.000
 - IV-bis fino a euro 3.500.000
 - V fino a euro 5.165.000
 - VI fino a euro 10.329.000
 - VII fino a euro 15.494.000
 - VIII oltre euro 15.494.000
- 5. L'importo della classifica VIII (illimitato) ai fini del rispetto dei requisiti di qualificazione è convenzionalmente stabilito pari a euro 20.658.000.

Art. 90 DPR n. 207/2010. Requisiti per lavori pubblici di importo pari o inferiore a 150.000 euro

1. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 38 del codice in materia di esclusione dalle gare, gli operatori economici possono partecipare agli appalti di lavori pubblici di importo pari o inferiore a 150.000 euro qualora in possesso dei seguenti requisiti di ordine tecnico-organizzativo:

- a) importo dei lavori analoghi eseguiti direttamente nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando non inferiore all'importo del contratto da stipulare;
- b) costo complessivo sostenuto per il personale dipendente non inferiore al quindici per cento dell'importo dei lavori eseguiti nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando; nel caso in cui il rapporto tra il suddetto costo e l'importo dei lavori sia inferiore a quanto richiesto, l'importo dei lavori è figurativamente e proporzionalmente ridotto in modo da ristabilire la percentuale richiesta; l'importo dei lavori così figurativamente ridotto vale per la dimostrazione del possesso del requisito di cui alla lettera a);
- c) adeguata attrezzatura tecnica.

Nel caso di imprese già in possesso dell'attestazione SOA relativa ai lavori da eseguire, non è richiesta ulteriore dimostrazione circa il possesso dei requisiti.

segue

2. Gli operatori economici, per partecipare agli appalti di importo pari o inferiore a 150.000 euro concernenti i lavori relativi alla categoria OG 13, fermo restando quanto previsto al comma 1, devono aver realizzato nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, dell'avviso o della lettera di invito, di lavori analoghi per importo pari a quello dei lavori che si intendono eseguire, e presentare l'attestato di buon esito degli stessi rilasciato dalle autorità eventualmente preposte alla tutela dei beni cui si riferiscono i lavori eseguiti.

3. I requisiti, previsti dal bando di gara, dall'avviso di gara o dalla lettera di invito, sono determinati e documentati secondo quanto previsto dal presente titolo, e dichiarati in sede di domanda di partecipazione o di offerta con le modalità di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445; la loro sussistenza è accertata dalla stazione appaltante secondo le disposizioni vigenti in materia.

Esemplificazione (importo totale a base di gara 7.600.000,00)

- a) Categoria prevalente a qualificazione obbligatoria:
- opere generali **OG6** – Acquedotti, gasdotti, oleodotti, opere di irrigazione e di evacuazione 6.537.697,85 €. Categoria a qualificazione obbligatoria (Class. VI - fino a euro 10.329.000)
- b) Categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria:
- opere specializzate **OS35** – Interventi a basso impatto ambientale – per un importo di 1.062.302,15 €. Categoria a qualificazione obbligatoria (III-bis fino a euro 1.500.000)

Qualificazione concorrente singolo (art. 92 DPR n. 207/2010)

- Il concorrente singolo può partecipare alla gara qualora:
 - - sia in possesso di attestazione SOA relativamente alla categoria prevalente (OG6) per l'importo totale dei lavori oggetto di affidamento (Euro 7.600.000,00 – classifica VI) OPPURE
 - - sia in possesso dell'Attestazione SOA relativamente alla categoria prevalente e alla categoria scorporabile per i singoli importi delle stesse categorie
- Le attestazioni SOA relativamente alla/e categoria/e scorporabile/i non possedute dal concorrente deve da questi essere posseduto con riferimento alla categoria prevalente
- La qualificazione in una categoria abilita l'impresa a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto (cd. incremento del quinto) – art. 61 comma 2 Dpr n. 207/2010.

Qualificazione RTI Orizzontale

- Per i raggruppamenti temporanei e per i consorzi ordinari di tipo orizzontale di cui all'art. 48, comma 1, D.lgs. n. 50/2016, l'attestazione SOA richiesta per l'impresa singola deve essere posseduto (art. 92, comma
- - dall'operatore mandatario o da una impresa consorziata (denominata capofila) nella misura minima del 40%;
- - e la restante percentuale cumulativamente dalle mandanti o dalle altre imprese consorziate ciascuna nella misura minima del 10 per cento.
- Nell'ambito dei propri requisiti posseduti, l'operatore mandatario in ogni caso assume, in sede di domanda di partecipazione e di offerta, detto requisito in misura maggioritaria rispetto a ciascuna delle mandanti con riferimento alla specifica gara.

- La qualificazione in una categoria abilita l'impresa a partecipare alla presente procedura di gara e ad eseguire i relativi lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto (cd. “incremento del quinto”); nel caso di imprese raggruppate o consorziate la medesima disposizione si applica con riferimento a ciascuna impresa raggruppata o consorziata, a condizione che essa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara; nel caso di imprese raggruppate o consorziate la medesima disposizione non si applica alla mandataria (o alla impresa consorziata capofila) ai fini del conseguimento del requisito minimo del 40% di cui al paragrafo precedente

- N.B. E' richiesta l'indicazione delle quote di esecuzione dell'appalto. Dette quote potranno essere liberamente stabilite entro i limiti consentiti dall'attestazione SOA posseduta dal singolo raggruppato o consorziato. In ogni caso, l'operatore mandatario deve eseguire i lavori in misura maggioritaria rispetto a ciascuno degli operatori mandanti.
- E' comunque fatta salva la facoltà di modifica di dette quote, previa autorizzazione della Stazione appaltante che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate.

Sulla modifica delle quote nel caso di RTI orizzontale

- Consiglio di Stato, Sez. V, 27 ottobre 2020, n. 6559
- Si deve partire dall'art. 92, comma 2, del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, concernente i raggruppamenti orizzontali,, e tale comma prevede che *“Per i raggruppamenti temporanei di cui all'articolo 34, comma 1, lettera d), del codice, (...), i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara per l'impresa singola devono essere posseduti dalla mandataria o da un'impresa consorziata nella misura minima del 40 per cento e la restante percentuale cumulativamente dalle mandanti o dalle altre imprese consorziate ciascuna nella misura minima del 10 per cento. Le quote di partecipazione al raggruppamento o consorzio, indicate in sede di offerta, possono essere liberamente stabilite entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato o dal consorziato. Nell'ambito dei propri requisiti posseduti, la mandataria in ogni caso assume, in sede di offerta, i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti con riferimento alla specifica gara. I lavori sono eseguiti dai concorrenti riuniti secondo le quote indicate in sede di offerta, fatta salva la facoltà di modifica delle stesse, previa autorizzazione della stazione appaltante che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate.”*
- Va aggiunto che il seguente comma 4 dell'art. 92 in questione stabilisce che le previsioni ora indicate valgono per i raggruppamenti di tipo orizzontale e che da queste deriva la regola da applicarsi al caso concreto.

- Da tale argomento letterale la sentenza 27 marzo 2019, n. 6, dell'Adunanza plenaria ha preso l'occasione per rilevare il seguente duplice contenuto normativo: "in primo luogo, che vi è piena libertà in capo alle imprese partecipanti al raggruppamento di stabilire la quota di partecipazione al raggruppamento medesimo, con il solo limite rappresentato "dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato o dal consorziato"";
- – in secondo luogo, la possibilità di modifica "interna" delle quote di esecuzione, purché vi sia a tal fine autorizzazione della stazione appaltante "che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate".
- In base a tale combinato disposto è riconosciuta la **piena libertà delle imprese partecipanti al raggruppamento di suddividere tra loro le quote di esecuzione dei lavori, sia in via preventiva (art. 92, co. 2, secondo periodo), sia in via successiva (art. 92, co. 2, quarto periodo, sia pure previa autorizzazione), con l'unico limite che si rinviene nei requisiti di qualificazione posseduti dall'impresa associata.**

- Tutto ciò, secondo l'Adunanza plenaria, deriva dal principio fondamentale che risiede nel fatto secondo cui l'impresa associata partecipa alle gare in base ai limiti e nei limiti dei propri requisiti di qualificazione.
- Se, infatti, la quota di esecuzione dei lavori da parte dell'impresa associata, in sede di attribuzione preventiva e/o di definizione successiva, può essere liberamente stabilita nei limiti del possesso dei corrispondenti requisiti di qualificazione, ciò significa a tutta evidenza che è la partecipazione stessa alla gara da parte dell'impresa associata in r.t.i. che può avvenire solo a condizione del possesso di requisiti di qualificazione corrispondenti alla quota di esecuzione per essa prevista.
- Rimangono i confini di sistema dettati dal regolamento, per cui i requisiti di qualificazione devono essere posseduti dalla mandataria in misura percentuale superiore rispetto alle singole mandanti e non devono essere inferiori al 40%, le quote di partecipazione al raggruppamento restano da stabilirsi liberamente ma entro i limiti di qualificazione, le quote di esecuzione possono essere modificate con il consenso della stazione appaltante all'interno dei requisiti di qualificazione: in particolare non può essere esclusa un'offerta per la mancata assunzione da parte della mandataria della quota maggioritaria di esecuzione per un sub-raggruppamento orizzontale, allorché sia mandante sia mandataria, siano dotate dei requisiti di qualificazione per la quota maggioritaria naturalmente rimanendo impregiudicati i limiti dei requisiti di qualificazione prescritti per le mandatarie nei raggruppamenti di tipo orizzontale come quello anzidetto del 40%. (*)

Raggruppamenti verticali

- Per i raggruppamenti temporanei e per i consorzi ordinari **di tipo verticale** di cui all'art. 48, comma 1, D.lgs. n. 50/2016, l'attestazione SOA deve essere posseduto dall'operatore mandatario o da una impresa consorziata (denominata capofila) con riferimento alla categoria prevalente (**OG6**) per un importo non inferiore a quello riferito a detta categoria (6.537.697,85 €. Class. VI - fino a euro 10.329.000)
- l'impresa mandante (o consorziata diversa dalla capofila) deve possedere l'Attestazione SOA con riferimento alla categoria scorporabile (OS35) per un importo non inferiore a quello riferito a detta categoria (1.062.302,15 €. Categoria a qualificazione obbligatoria (III-bis fino a euro 1.500.000) .
-
- La qualificazione in una categoria abilita l'impresa a partecipare alla presente procedura di gara e ad eseguire i relativi lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto (cd. "incremento del quinto"); nel caso di raggruppamenti di imprese di tipo verticale, **la medesima disposizione si applica con riferimento a ciascuna impresa raggruppata o consorziata, a condizione che essa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara.**

Tar Toscana, Sez. III, 28/12/2020, n.1742.

- La facoltà della mandante di beneficiare dell'aumento del quinto della propria categoria è subordinata, in forza dell'art. 61, comma 2, del d.p.r. n. 207/2010, all'essere qualificata in misura pari ad almeno un quinto del corrispettivo dei lavori assunto a base d'asta, e non dell'importo dei lavori della singola categoria da incrementare di un quinto (il beneficio dell'incremento della classifica posseduta da ciascun concorrente è condizionato espressamente dalla norma al fatto che il concorrente stesso sia qualificato "per una classifica pari ad almeno un quinto dei lavori a base di gara").
- Depone in tal senso anche la linea interpretativa dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (deliberazioni n. 708 del 4.8.2020, n. 45 del 22.1.2020 e n. 120 del 1.7.2015). In particolare quest'ultima, nel respingere la tesi della parte istante secondo cui "l'art. 61, comma 2, del d.p.r. n. 207/2010 debba essere interpretato nel senso che la qualificazione per una classifica pari ad almeno un quinto nei raggruppamenti temporanei di imprese debba essere riferita ai singoli importi della categoria prevalente e delle altre categorie scorporabili e non all'importo complessivo posto a base di gara", ha recentemente concluso che la norma va interpretata nel senso che "qualora ogni impresa facente parte del raggruppamento intenda usufruire del beneficio dell'incremento del quinto in aumento per la qualificazione nella propria categoria, la stessa deve essere qualificata per una classifica pari ad almeno il 20% dell'importo dei lavori a base di gara", condividendo il motivo dell'esclusione (relativamente alla quale era stato chiesto il parere di precontenzioso) incentrata sull'assunto secondo cui "l'impresa associata deve essere in possesso di qualificazione per un importo pari ad almeno il 20% del valore dei lavori complessivamente considerati" (delibera n. 708 del 4.8.2020).
- , il fatto che la mandante xxx (partecipante al R.T.I. nella misura del 25%) fosse in possesso della categoria OG11 cl. II (che consente di qualificarsi sino ad euro 516.000) non era sufficiente ai fini della qualificazione pari ad un quinto dell'importo dei lavori a base di gara (base di gara di euro 4.565.847, il cui quinto corrisponde ad euro 913.169).

- ai fini del beneficio dell'incremento del quinto della sua classifica, deve essere qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara, è univoco nel prescrivere che il requisito del possesso del quinto debba essere riferito alla base di gara, **da intendersi come importo complessivo dei lavori e non come importo della singola categoria.**
- Suffraga tale conclusione, oltre che la formulazione letterale della norma, un consolidato indirizzo giurisprudenziale (ex multis: TAR Sicilia, Palermo, III, 14.3.2017, n. 738; TAR Friuli Venezia Giulia, I, 26.10.2015, n. 465; TAR Basilicata, I, 11.12.2014, n. 862).

Raggruppamenti misti

I lavori riconducibili alla categoria prevalente (OG6) e/o alla categoria scorporabile (OS35) possono essere assunti anche da imprese riunite in raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale (cd. sub-raggruppamento orizzontale), costituendo un **raggruppamento di tipo misto**.

In questa ipotesi, al/ai **sub-raggruppamento/i orizzontale/li** relativo/vi alla categoria prevalente e/o alla categoria scorporabile trovano applicazione le stesse previsioni previste per i raggruppamenti di tipo orizzontale. In particolare, occorre fra l'altro che:

- il/i sub-raggruppamento/i orizzontale/li sia/no dotato di un operatore capogruppo/mandatario in possesso dell'Attestazione SOA nella misura minima del 40% dell'importo della singola categoria (prevalente o scorporabile); - cf. giur CDS 5427/2019 slide seguente -
- la restante percentuale sia posseduta cumulativamente dalle imprese mandanti (del/dei sub-raggruppamento/i orizzontale/li), ciascuna nella misura minima del 10 per cento dell'importo della singola categoria (prevalente o scorporabile).

- Nell'ambito dei propri requisiti posseduti, l'operatore capogruppo/mandatario del sub-raggruppamento orizzontale in ogni caso assume, in sede di domanda di partecipazione e di offerta, il requisito Attestazione Soa, relativo alla singola categoria SOA (prevalente o scorporabile), in misura maggioritaria rispetto a ciascuna delle mandanti del medesimo sub-raggruppamento orizzontale con riferimento alla specifica gara.
- In ogni caso, l'operatore capogruppo/mandatario del sub-raggruppamento orizzontale deve eseguire i lavori relativi alla singola categoria SOA (prevalente o scorporabile) in misura maggioritaria rispetto a ciascuno degli operatori mandanti del medesimo sub-raggruppamento orizzontale.

- Le previsioni riferite ai raggruppamenti orizzontali in merito al cd. "incremento del quinto" sono applicabili ai sub-raggruppamenti orizzontali di raggruppamenti temporanei misti: in tale ipotesi la condizione, secondo cui ogni impresa deve essere qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara, è riferita ai singoli importi della categoria prevalente e della categoria scorporabile. L'"incremento del quinto" non trova comunque applicazione al capogruppo/mandataria del sub-raggruppamento orizzontale ai fini del conseguimento del requisito minimo del 40% sopra previsto.
- **N.B.** Nel caso di raggruppamento temporaneo misto, l'impresa mandataria/capogruppo del sub-raggruppamento orizzontale per l'esecuzione dei lavori della categoria scorporabile OS35 rappresenta le imprese riunite solo ai fini interni del raggruppamento misto.

CDS V, 5427/2019

- in difetto di una disposizione speciale derogatoria, nei raggruppamenti misti ogni sub-raggruppamento debba essere esaminato autonomamente: segnatamente, troveranno applicazione per il sub-raggruppamento orizzontale le regole proprie stabilite per siffatta tipologia di raggruppamenti (cfr. in proposito il parere Avcp n. 76 del 16 maggio 2012, ove si pone in chiaro risalto che “in una associazione temporanea di tipo misto, in ognuna delle categorie previste nel bando (categoria prevalente e/ o categoria scorporabile) può essere [...] presente una sub associazione orizzontale per la quale non vi può essere dubbio che valgono le disposizioni previste per l’associazione orizzontale dall’art. 92, comma 2, del D.P.R. n. 207/2010”).
- In particolare occorre che il sub-raggruppamento orizzontale sia dotato di una capogruppo mandataria, identificabile eventualmente anche in via implicita dalla maggior quota di partecipazione ed esecuzione dei lavori (cfr. Cons. Stato, n. 5919/2018, cit.). Detta mandataria deve a sua volta, a norma dell’art. 92, comma 2, d.p.r. n. 207 del 2010 (applicabile ratione temporis alla fattispecie ai sensi dell’art. 216, comma 14, d. lgs. n. 50 del 2016) assumere i requisiti in misura superiore agli altri componenti del sub-raggruppamento, e - più in generale - assicurare tutti gli attributi propri della mandataria d’un raggruppamento d’imprese (su cui cfr. lo stesso art. 92, comma 2, d.p.r. n. 207 del 2010 per il possesso dei requisiti in misura superiore al 40% del totale; nonché l’art. 83, comma 8, d. lgs. n. 50 del 2016 in relazione all’esecuzione delle prestazioni e allo stesso possesso dei requisiti «in misura maggioritaria», disposizione che correttamente la sentenza riconduce anche agli appalti di lavori, non essendovi ragioni né testuali né sistematiche per escludere siffatta applicazione; sui principi sopra richiamati, cfr. ancora Cons. Stato, n. 5919/2018, cit.; nonché determina Avcp n. 4 del 10 ottobre 2012, spec. par. 7.1; parere Avcp n. 76/2012, cit.; più recentemente CGA, 18 febbraio 2019, n. 147; cfr. anche CGA, 11 aprile 2008, n. 306).

Consorzi di cooperative – di imprese artigiane – Consorzi stabili (art. 45)

- b) i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422, e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, e successive modificazioni, e i consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443;
- c) i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro. I consorzi stabili sono formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa.

- I consorzi di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre; **qualora il consorziato designato sia, a sua volta, un consorzio di cui all'articolo 45, comma 2, lettera b), è tenuto anch'esso a indicare, in sede di offerta, i consorziati per i quali concorre**; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara; in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio sia il consorziato ...
- Le altre imprese consorziate possono quindi partecipare in proprio alla procedura , salvo non vi siano altri elementi idonei a far ritenere che le offerte provengano da un medesimo centro decisionale Corte Giust. Amm., sez. giurisd., 13 febbraio 2012, n. 178; Corte di Giustizia, sez. IV, 23 dicembre 2009, in C-376/08.

Art. 47 D.lgs. n. 50/2016

- 1. I requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi con le modalità previste dal presente codice, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate.

- 2. I consorzi **stabili** di cui agli articoli 45, comma 2, lettera c), e **46, comma 1, lettera f)** eseguono le prestazioni **o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante.** Per i lavori, ai fini della qualificazione di cui all'articolo 84, con il regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies sono stabiliti i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni. L'affidamento delle prestazioni da parte dei soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettera b), ai propri consorziati non costituisce subappalto.
- (comma così sostituito dall'art. 1, comma 20, lettera i), della legge n. 55 del 2019)
- In caso di consorzi fra società di cooperative di produzione e di lavoro è invece responsabile il solo consorzio, non le singole consorziate (Cons. Stato, Ad. Plen., 20 maggio 2013, n. 14).

- 2-bis. La sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara **per l'affidamento di servizi e forniture** è valutata, a seguito **della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati**. In caso di scioglimento del consorzio stabile per servizi e forniture, ai consorziati sono attribuiti pro-quota i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi maturati a favore del consorzio e non assegnati in esecuzione ai consorziati. Le quote di assegnazione sono proporzionali all'apporto reso dai singoli consorziati nell'esecuzione delle prestazioni nel quinquennio antecedente.
- (comma aggiunto dall'art. 1, comma 20, lettera i), della legge n. 55 del 2019)

Requisiti consorzio

- Consorzio partecipa ed esegue in proprio:
 - - requisiti art. 80 in capo al consorzio
 - - attestazione SOA in capo al consorzio

- Consorzio che indica consorziate esecutrici:
 - - requisiti art. 80 in capo al consorzio ed alle consorziate esecutrici
 - - attestazione SOA in capo al consorzio

Requisiti speciali – Appalti di servizi tecnici – Operatori ammessi (art. 46 D.lgs. n 50/2016)

- Sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria:
 - a) i prestatori di servizi di ingegneria e architettura: i professionisti singoli, associati, le società tra professionisti di cui alla lettera b), le società di ingegneria di cui alla lettera c), i consorzi, i GEIE, i raggruppamenti temporanei fra i predetti soggetti che rendono a committenti pubblici e privati, operando sul mercato, servizi di ingegneria e di architettura, nonché attività tecnico-amministrative e studi di fattibilità economico-finanziaria ad esse connesse, ivi compresi, con riferimento agli interventi inerenti al restauro e alla manutenzione di beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici, i soggetti con qualifica di restauratore di beni culturali ai sensi della vigente normativa; gli archeologi professionisti, singoli e associati, e le società da essi costituite;
 - b) le società di professionisti: le società costituite esclusivamente tra professionisti iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali, nelle forme delle società di persone di cui ai capi II, III e IV del titolo V del libro quinto del codice civile ovvero nella forma di società cooperativa di cui al capo I del titolo VI del libro quinto del codice civile, che svolgono per committenti privati e pubblici servizi di ingegneria e architettura quali studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico economica o studi di impatto ambientale;

- c) società di ingegneria: le società di capitali di cui ai capi V, VI e VII del titolo V del libro quinto del codice civile, ovvero nella forma di società cooperative di cui al capo I del titolo VI del libro quinto del codice civile che non abbiano i requisiti delle società tra professionisti, che eseguono studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico-economica o studi di impatto, nonché eventuali attività di produzione di beni connesse allo svolgimento di detti servizi; (l'elenco dei soggetti andrebbe integrato con i diversi tipi societari di cui al d.m. n. 34 del 2013 - n.d.r.)

- d) i prestatori di servizi di ingegneria e architettura identificati con i codici CPV da 74200000-1 a 74276400-8 e da 74310000-5 a 74323100-0 e 74874000-6 stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi; (i CPV citati si riferiscono al regolamento(CE) n. 2195/2002; i CPV corretti sono: da 71200000-0 a 71541000-2e da 71610000-7 a 71730000-4 e 79994000-8, in conformità al Regolamento(CE) n. 213/2008 del 28 nov. 2007)
- e) **i raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti di cui alle lettere da a) a d);**
- f) i consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria, anche in forma mista, formati da non meno di tre consorziati che abbiano operato nei settori dei servizi di ingegneria ed architettura. (ai consorzi stabili possono aderire anche professionisti singoli «a prescindere dalla forma giuridica rivestita» ai sensi dell'art. 12, comma 3, della legge n. 81 del 2017)

Però

- In una recente sentenza del 2020 (spec. 11 giugno 2020 in causa C-219/19) la Corte di Giustizia Europea ha sottolineato come l'ordinamento giuridico europeo in materia di appalti pubblici osta *“a una normativa nazionale che esclude, per enti senza scopo di lucro, la possibilità di partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi di ingegneria e di architettura, sebbene tali enti siano abilitati in forza del diritto nazionale ad offrire i servizi oggetto dell'appalto di cui trattasi”* e pertanto *“se, e nei limiti in cui, siffatti enti siano autorizzati a offrire taluni servizi sul mercato, il diritto nazionale non può vietare a questi ultimi di partecipare a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici aventi ad oggetto la prestazione degli stessi servizi”*.

- ***A seguito della sentenza dell'11 giugno 2020 della Corte di Giustizia, l'elenco di cui all'art. 46 del D. L.vo 50/2016 deve essere <<disapplicato>> nella misura in cui non include gli enti che, senza scopo di lucro ed in forma diversa dalla associazione/società di professionisti, siano in grado di fornire prestazioni professionali di architettura ed ingegneria".***

Schema di legge europea

- Sono ammessi a partecipare anche
- **[d-bis) altri soggetti abilitati in forza del diritto nazionale a offrire sul mercato servizi di ingegneria e di architettura;]**

Determinazione del Corrispettivo – LG n. 1

Al fine di determinare l'importo del corrispettivo da porre a base di gara per l'affidamento dei servizi di ingegneria ed architettura e gli altri servizi tecnici, **occorre fare riferimento ai criteri fissati dal decreto del Ministero della giustizia 17 giugno 2016** (Approvazione delle tabelle dei corrispettivi commisurati al livello qualitativo delle prestazioni di progettazione adottato ai sensi dell'art. 24, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016).

- **Obbligatorio riportare nella documentazione di gara il procedimento adottato per il calcolo dei compensi posti a base di gara, inteso come elenco dettagliato delle prestazioni e dei relativi corrispettivi.**
- FINALITA': verificare la congruità dell'importo fissato, l'assenza di eventuali errori di impostazione o calcolo.

- **Al fine di garantire il principio dell'equo compenso, fermo restando quanto indicato alla Parte VI, punto 1.10, al professionista non possono essere richieste prestazioni ulteriori rispetto a quelle a base di gara, che non sono state considerate ai fini della determinazione dell'importo a base di gara.**

Identificazione delle opere per la definizione dei requisiti

Identificazione delle opere cui appartengono gli interventi oggetto dell'incarico, secondo quanto riportato nella tabella Z-1 del citato d.m. 17 giugno 2016 e le corrispondenti classi e categorie di cui alle precedenti disposizioni tariffarie.

In tal modo è possibile:

- (i) richiedere il possesso del requisito professionale costituito dall'aver svolto servizi tecnici per interventi in quelle specifiche classi e categorie;
- (ii) determinare l'entità del predetto requisito applicando all'importo dell'intervento cui si riferisce il servizio, un coefficiente moltiplicatore, da stabilire nei documenti di gara, secondo le indicazioni fornite con le LG.

Identificazione delle opere per la valutazione dell'offerta

- Definizione dei criteri di migliore professionalità o di migliore adeguatezza dell'offerta affinché il candidato/concorrente conosca in base a quale articolazione degli interventi, identificabili tramite le classi e categorie, sarà effettuata la valutazione della stazione appaltante, **dal momento che un elemento di valutazione positiva sarà costituito dalla maggiore omogeneità fra l'intervento cui si riferisce il servizio e quelli già svolti.**

Requisiti di partecipazione

- **E' possibile individuare** – tenuto conto della specificità dei servizi di ingegneria e di architettura, in ossequio al principio di adeguatezza e attinenza e nel rispetto di quello di proporzionalità, (cfr. art. 83 del Codice che **discende** dall'art. 58 della Direttiva n. 2014/24/UE) – i seguenti requisiti:
- a) il fatturato globale per servizi di ingegneria e di architettura, di cui all'art. 3, lett. *vvvv) del Codice*, espletati nei migliori tre esercizi dell'ultimo quinquennio antecedente la pubblicazione del bando, per un importo massimo pari al doppio dell'importo a base di gara.
- Le stazioni appaltanti **possono anche valutare, in alternativa al fatturato, ai fini della prova della capacità economico finanziaria di richiedere un “livello adeguato di copertura assicurativa” contro i rischi professionali per un importo percentuale fissato in relazione al costo di costruzione dell'opera da progettare**, così come consentito dall'art. 83, comma 4, lett.c) del Codice e specificato dall'allegato XVII, parte prima, lettera a).

- b) all'avvenuto espletamento negli ultimi dieci anni di servizi di ingegneria e di architettura, di cui all'art. 3, lett. *vvvv*) *del Codice, relativi a lavori appartenenti ad ognuna delle classi e categorie dei lavori* cui si riferiscono i servizi da affidare, individuate sulla base delle elencazioni contenute nelle vigenti tariffe professionali, per un importo globale per ogni classe e categoria variabile tra 1 e 2 volte l'importo stimato dei lavori cui si riferisce la prestazione, calcolato con riguardo ad ognuna delle classi e categorie;

- c) all'avvenuto svolgimento negli ultimi dieci anni di due servizi di ingegneria e di architettura, di cui all'art. 3, lett. *vvvv) del Codice, relativi ai lavori appartenenti ad ognuna delle classi e categorie dei lavori* cui si riferiscono i servizi da affidare, individuate sulla base delle elencazioni contenute nelle vigenti tariffe professionali, per un importo totale non inferiore ad un valore compreso fra 0,40 e 0,80 volte l'importo stimato dei lavori cui si riferisce la prestazione, calcolato con riguardo ad ognuna delle classi e categorie e riferiti a tipologie di lavori analoghi per dimensione e per caratteristiche tecniche a quelli oggetto dell'affidamento;

- c) all'avvenuto svolgimento negli ultimi dieci anni di due servizi di ingegneria e di architettura, di cui all'art. 3, lett. *vvvv) del Codice, relativi ai lavori appartenenti ad ognuna delle classi e categorie dei lavori cui si riferiscono i servizi da affidare, individuate sulla base delle elencazioni contenute nelle vigenti tariffe professionali, per un importo totale non inferiore ad un valore compreso fra 0,40 e 0,80 volte l'importo stimato dei lavori cui si riferisce la prestazione, calcolato con riguardo ad ognuna delle classi e categorie e riferiti a tipologie di lavori analoghi per dimensione e per caratteristiche tecniche a quelli oggetto dell'affidamento;*

- d) **per i soggetti organizzati in forma societaria** (società di professionisti e società di ingegneria) numero medio annuo del personale tecnico utilizzato negli ultimi tre anni (comprendente i soci attivi, i dipendenti e i consulenti con contratto di collaborazione coordinata e continuativa su base annua iscritti ai relativi albi professionali, ove esistenti, e muniti di partita IVA e che firmino il progetto, ovvero firmino i rapporti di verifica del progetto, ovvero facciano parte dell'ufficio di direzione lavori e che abbiano fatturato nei confronti della società offerente una quota superiore al cinquanta per cento del proprio fatturato annuo, risultante dall'ultima dichiarazione IVA), **espresso in termini di risorse a tempo pieno (Full Time Equivalent, FTE)** in una misura proporzionata alle unità stimate nel bando per lo svolgimento dell'incarico e, al massimo, non superiore al doppio;

- E) per i professionisti singoli e associati, numero di unità minime di tecnici **(comprendente i dipendenti e i consulenti con contratto di collaborazione coordinata e continuativa su base annua iscritti ai relativi albi professionali, ove esistenti, e muniti di partita IVA e che firmino il progetto, ovvero firmino i rapporti di verifica del progetto, ovvero facciano parte dell'ufficio di direzione lavori e che abbiano fatturato nei confronti del soggetto offerente una quota superiore al cinquanta per cento del proprio fatturato annuo, risultante dall'ultima dichiarazione IVA), segue**

- **espresso in termini di risorse a tempo pieno (Full Time Equivalent, FTE)** in misura proporzionata alle unità stimate nel bando per lo svolgimento dell'incarico e, al massimo, non superiore al doppio, da raggiungere anche mediante la costituzione di un raggruppamento temporaneo di professionisti;

- Le capacità tecniche e professionali **fanno riferimento ai contratti eseguiti** (art. 58, comma 4 della direttiva 24/2014).
- Inoltre, per i requisiti di cui alle lettere a), b), c), si precisa che, le indicazioni che si traggono dalle richiamate disposizioni di cui agli artt. 83 e 86 del codice nonché dall'allegato XVII, relativamente all'importo del fatturato globale e specifico per l'affidamento dei servizi, nonché dei requisiti di capacità tecnica, costituiscono indicazioni poste a presidio della massima partecipazione alle gare in ossequio ai principi di proporzionalità e di concorrenza, in linea con il principio enucleato all'articolo 1, punto ccc) della legge delega n. 11/2016, concernente il "*Miglioramento delle condizioni di accesso al mercato degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, anche con riferimento ai servizi di architettura e ingegneria e agli altri servizi professionali*

- Ai fini della dimostrazione dei requisiti si ritiene che, tra i servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura e gli altri servizi tecnici, **siano ricompresi anche gli studi di fattibilità effettuati, anche per opere pubbliche da realizzarsi tramite finanza di progetto, e ogni altro servizio propedeutico alla progettazione effettuato nei confronti di committenti pubblici o privati.**

Servizi di consulenza

- Possono essere, altresì, ricompresi i servizi di consulenza aventi ad oggetto attività accessorie di supporto alla progettazione che non abbiano comportato la firma di elaborati progettuali, quali, ad esempio, le attività accessorie di supporto per la consulenza specialistica relativa agli ambiti progettuali strutturali e geotecnici.
- segue

- **Ciò:**
- **- a condizione che si tratti di attività svolte nell'esercizio di una professione regolamentata per le quali è richiesta una determinata qualifica professionale, come indicato dall'art. 3 della direttiva 2005/36/CE,**
- **- e purché l'esecuzione della prestazione, in mancanza della firma di elaborati progettuali, sia documentata mediante la produzione del contratto di conferimento dell'incarico e delle relative fatture di pagamento.**

Verifiche strutturali e sismiche

- **Inoltre, possono essere qualificati come servizi di architettura e ingegneria ai sensi dell'art. 3, lett. vvvv) del codice le prestazioni di ingegneria relative alle sole verifiche strutturali e/o verifiche sismiche, in assenza di progettazione.**

-

Redazioni di varianti

- Per la dimostrazione dei requisiti di partecipazione possono essere utilizzati **anche i servizi di progettazione consistenti nella redazione di varianti, sia in fase di gara sia nel corso dell'esecuzione.**
- In ogni caso, è necessario che il servizio svolto risulti formalizzato in un elaborato sottoscritto dal progettista che intende avvalersene e che la stazione appaltante attesti la variante, formalmente approvata e validata, e il relativo importo.
- Detto importo dovrà corrispondere alla somma degli importi incrementali, riferiti alle categorie di lavori aggiuntivi rispetto al progetto posto a base di gara.

- **Il requisito dei servizi svolti non può essere inteso nel senso di limitare il fatturato ai soli servizi specificamente posti a base di gara.**

- Ad esempio, nell'ipotesi di affidamento della progettazione e della direzione lavori, ai fini della dimostrazione della specifica esperienza pregressa, anche per i servizi c.d. "di punta", in relazione ad ognuna delle classi e categorie dei lavori cui si riferiscono i servizi da affidare, detti requisiti sono dimostrati con l'espletamento pregresso di incarichi di progettazione e direzione lavori, di sola progettazione ovvero di sola direzione lavori.
- Si deve, infatti, considerare che, per consolidata giurisprudenza, la logica sottesa alla richiesta del requisito del "servizio di punta" è quella di aver svolto singoli servizi di una certa entità complessivamente considerati e non di aver svolto servizi identici a quelli da affidare.

- Pertanto, a titolo esemplificativo, nel caso di affidamento della progettazione e della direzione lavori è necessario e sufficiente che il concorrente dimostri di aver espletato, in relazione ad ognuna delle classi e categorie e per gli importi dei lavori indicati, o incarichi di progettazione e direzione lavori, o solo incarichi di progettazione ovvero solo incarichi di direzione lavori.

- Si evidenzia alle stazioni **appaltanti la necessità di effettuare un'attenta valutazione in ordine alle unità minime richieste ai concorrenti.** Tale analisi deve essere volta a bilanciare opportunamente l'esigenza di avere un organico idoneo per l'espletamento dell'incarico con la necessità di garantire la più ampia partecipazione alla gara.

- la progettazione di cui alla classe I categorie a), b), c), d) ed e) riguardi immobili di interesse storico artistico sottoposti a vincoli culturali è riservata ai laureati in architettura o muniti di laurea equipollente che consente l'iscrizione all'Albo degli Architetti, sez. A (art. 52 del regio decreto 23 ottobre 1925, n. 2537).

Raggruppamenti e Consorzi stabili

L'articolazione del concorrente in RTP potrà essere formata da tutti i soggetti di cui all'art. 46, comma 1 lettere da a) a d) del codice ma anche comprendere i soggetti di cui alla lettera f) del medesimo comma.

DM 263/2016

Art. 4. DM 263/2016 Requisiti dei raggruppamenti temporanei

1 Ferme restando le disposizioni di cui all'articolo 48 del codice, per i raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti di cui all'articolo 46, comma 1, lettera e) del codice i requisiti di cui agli articoli 2 e 3 devono essere posseduti dai partecipanti al raggruppamento. **I raggruppamenti temporanei, inoltre, devono prevedere la presenza di almeno un giovane professionista**, laureato abilitato da meno di cinque anni all'esercizio della professione secondo le norme dello Stato membro dell'Unione europea di residenza, quale progettista. Per le procedure di affidamento che non richiedono il possesso del diploma di laurea, il giovane deve essere in possesso di diploma di geometra o altro diploma tecnico attinente alla tipologia dei servizi da prestare abilitato da meno di cinque anni all'esercizio della professione secondo le norme dello Stato membro dell'Unione europea di residenza, nel rispetto dei relativi ordini professionali. **I requisiti del giovane non concorrono alla formazione dei requisiti di partecipazione richiesti dai committenti.**

2. Ferma restando l'iscrizione al relativo albo professionale, il progettista presente nel raggruppamento può essere:

a) un libero professionista singolo o associato;

b) con riferimento alle società di cui agli articoli 2 e 3, un amministratore, un socio, un dipendente o un consulente su base annua che abbia fatturato nei confronti della società una quota superiore al cinquanta per cento del proprio fatturato annuo risultante dall'ultima dichiarazione IVA;

c) con riferimento ai prestatori di servizi attinenti l'architettura l'ingegneria di altri Stati membri, un soggetto avente caratteristiche equivalenti, conformemente alla legislazione vigente nello Stato membro dell'Unione europea in cui è stabilito, ai soggetti indicati alla lettera a), se libero professionista singolo o associato, ovvero alla lettera b), se costituito in forma societaria.

Linee Guida n 1

I requisiti **finanziari e tecnici di cui al paragrafo 2.2.2, della parte IV delle LG n. 1, lettere a), b) e d), devono essere posseduti cumulativamente dal raggruppamento.**

Il bando di gara, la lettera di invito o l'avviso di gara **possono prevedere, con opportuna motivazione, ai fini del computo complessivo dei requisiti del raggruppamento, che la mandataria debba possedere una percentuale minima degli stessi requisiti; la restante percentuale deve essere posseduta cumulativamente dal o dai mandanti, ai quali non possono essere richieste percentuali minime di possesso dei requisiti.**

- La mandataria in ogni caso **possiede i requisiti necessari per la partecipazione alla gara in misura percentuale superiore** rispetto a ciascuna dei mandanti.
- La mandataria, ove sia in possesso di requisiti superiori alla percentuale prevista dal bando di gara, dalla lettera di invito o dall'avviso di gara, **partecipa alla gara per una percentuale di requisiti pari al limite massimo stabilito.**

- **La mandataria, indipendentemente dal fatturato complessivo/speciale posseduto, dai servizi precedentemente svolti e dal personale tecnico di tutti i partecipanti al raggruppamento, dimostra il possesso dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna mandante.**

- **Il requisito di cui al paragrafo 2.2.2, lett. c) (servizi di punta) non è frazionabile.**
- La spendibilità come esperienza pregressa dei servizi prestati deve essere limitata pro quota rispetto all'importo totale.

Consorzi stabili di soc prof e soc ing

- ART. 5 DM n 263/2016
- 1. Per i consorzi stabili, di società di professionisti e di società di ingegneria e dei GEIE, costituiti ai sensi dell'[articolo 45, comma 2, lettere c\) e g\) del codice](#), i requisiti di cui agli articoli 2 e 3 devono essere posseduti dai consorziati o partecipanti ai GEIE.
- 2. I consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria, anche in forma mista, devono essere formati da non meno di tre consorziati che abbiano operato nei settori dei servizi di ingegneria e architettura.

- LINEE GUIDA
- Ai fini della dimostrazione dei requisiti dei consorzi stabili, i requisiti di cui alle lettere da a) ad e) del par. 2.2.2, della presente parte IV, **possono essere dimostrati dal consorzio stabile attraverso i requisiti maturati in proprio e i requisiti della società consorziata designata per l'esecuzione dei servizi.**
- **Se la società consorziata esecutrice non è in possesso dei predetti requisiti, la stessa può avvalersi dei requisiti di altra società consorziata.**

Classi, categorie e tariffe professionali

Ai fini della qualificazione, nell'ambito della stessa categoria edilizia, le attività svolte per opere analoghe a quelle oggetto dei servizi da affidare (non necessariamente di identica destinazione funzionale) **sono da ritenersi idonee a comprovare i requisiti quando il grado di complessità sia almeno pari a quello dei servizi da affidare.**

- Esemplicando, l'aver svolto servizi tecnici per la realizzazione di ospedali (E.10), caratterizzati dal grado di complessità pari a 1,20, può ritenersi idoneo a comprovare requisiti per servizi tecnici caratterizzati da pari complessità, quali quelli per la realizzazione di tribunali (E.16), o da minore complessità, quali quelli per la realizzazione di scuole (E.09 con grado di complessità pari a 1,15). Tale criterio è confermato dall'art. 8 del d.m. 17 giugno 2016, ove afferma che “gradi di complessità maggiore qualificano anche per opere di complessità inferiore all'interno della stessa categoria d'opera”.

- Le considerazioni di cui sopra, **sono sempre** applicabili alle opere inquadrabili nelle attuali categorie “edilizia”, “strutture”, “infrastrutture per la mobilità”; **per le opere inquadrabili nelle altre categorie appare necessaria una valutazione specifica**, in quanto nell’ambito della medesima categoria convivono destinazioni funzionali caratterizzate da diverse specificità; a titolo esemplificativo, l’aver espletato servizi per la realizzazione di impianti elettrici non appare idoneo a qualificare il progettista per la realizzazione di impianti termoelettrici, sebbene questi ultimi siano caratterizzati da minore grado di complessità nella tabella Z-1, come dimostrano i riferimenti, nella stessa tabella, alle classi e categorie di cui alla l. 143/1949.

- In relazione alla comparazione, ai fini della dimostrazione dei requisiti, tra le attuali classificazioni e quelle della l. 143/1949, si indica alle stazioni appaltanti di evitare interpretazioni eccessivamente formali che possano determinare ingiustificate restrizioni alla partecipazione alle gare.
- In particolare, per le opere di edilizia ospedaliera, identificate dal d.m. 17 giugno 2016, nella categoria E.10, deve essere indicata la corrispondenza con le opere precedentemente classificate dalla l. 143/1949 quali I/d (alla quale erano ascrivibili in genere tutti gli edifici di rilevante importanza tecnica ed architettonica); si osserva, invece, come, in base alla classificazione di cui alla tabella dell'art. 14 della l. 143/1949 gli ospedali risultassero riconducibili anche alla classe e categoria I/c, con una valutazione circa la complessità delle opere da ritenersi da tempo superata

- Il criterio enunciato sopra deve ritenersi esteso, ai fini della valutazione del possesso dei requisiti di partecipazione, anche ad altre categorie di opere, evidenziando come, in caso di incertezze nella comparazione, deve in ogni caso prevalere, in relazione alla identificazione delle opere, il contenuto oggettivo della prestazione professionale svolta.

Modificazione del RTI commi 9, 17 e 18, art. 48 D.lgs n. 50/2016

- REGOLA
- Fatto salvo quanto previsto ai sommi 17 e 18 dell'art. 48, è vietata ogni modificazione della composizione del raggruppamento (e dei consorzi ordinari) rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta
- La violazione di tale divieto comporta l'annullamento dell'aggiudicazione o la nullità del contratto nonché l'esclusione dei concorrenti riuniti in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti, concomitanti o successivi alle procedure di affidamento relative al medesimo appalto.

- Il principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche mira a consentire una verifica preliminare dei requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria dei concorrenti; verifica che non deve essere resa vana in corso di gara con modificazioni di alcun genere. Si è quindi rilevato che le modifiche soggettive elusive del principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare **sono quelle che portano all'aggiunta o alla sostituzione delle imprese partecipanti e non anche quelle che conducono al recesso di una delle imprese** (Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 8). Le modifiche riduttive **non impediscono all'Amministrazione di verificare l'effettivo possesso dei requisiti e sono pertanto ammissibili allorché le imprese rimanenti siano in possesso dei requisiti necessari per l'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto** (Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 2018, n. 1031).

Segue eccezioni (riferite alla figura del mandatario)

- **REGIME FINO AL 31 AGOSTO 2021 (Salvo proroghe)**
- 17. Salvo quanto previsto dall'articolo 110, *comma 5*,:
 - - in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, *amministrazione controllata*, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione *del mandatario*
 - - ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o *fallimento del medesimo*
 - - ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80,
 - - ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia,
 - la stazione appaltante **può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante deve recedere dal contratto.**
- 19ter Le previsioni di cui al comma 17 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verificano in fase di gara.

- REGIME DAL 1 SETTEMBRE 2021 (Salvo proroghe)
- Salvo quanto previsto dall' articolo 110, **comma 6**:
- - in caso di liquidazione giudiziale, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, concordato preventivo o di liquidazione del mandatario
- - ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione **o liquidazione giudiziale del medesimo**
- - ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80,
- - ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia,
- la stazione appaltante puo' proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante deve recedere dal contratto.
- 19ter Le previsioni di cui al comma 17 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verificano in fase di gara.

- Art. 110 comma 6
- 6. L'ANAC può subordinare la partecipazione, l'affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti alla necessità che l'impresa in concordato si avvalga di un altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica, nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, che si impegni nei confronti dell'impresa concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa nel corso della gara, ovvero dopo la stipulazione del contratto, non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto o alla concessione quando l'impresa non è in possesso dei requisiti aggiuntivi che l'ANAC individua con apposite linee guida.

Modifica riduttiva e redistribuzione quote

- [Cons. St., sez. VI, 30 luglio 2020, n. 4858 – Pres. Montedoro, Est. Lageder](#)
 - la possibilità di modificare la propria composizione in conseguenza di un evento che privi l'impresa mandataria della capacità di contrarre con la pubblica amministrazione.
 - Precisa che il divieto di modifica per mancanza di requisiti in funzione anti-elusiva si riferisce alle ipotesi nelle quali la carenza dei requisiti risale al momento della presentazione dell'offerta, e quindi ai casi in cui i requisiti manca(va)no ab origine, non invece anche alle ipotesi in cui la carenza dei requisiti sia sopravvenuta alla domanda di partecipazione, nelle quali ai sensi dei commi 17 (per il mandatario) e 18 (per il mandante) è consentita la modifica in riduzione della compagine del raggruppamento (Cons. Stato, sez. III, 2 aprile 2020, n. 2245).
 - A questo proposito deve distinguersi nettamente l'istituto – avente più rigidi limiti – della deroga all'esclusione per sopravvenuta mancanza di requisiti, dall'istituto della riduzione dell'ATI sovrabbondante.
 - Nel primo caso infatti il raggruppamento ottiene di continuare ad avere un rapporto giuridico con l'amministrazione pur in presenza di situazioni riportabili all'insolvenza, nel secondo caso invece l'impresa incorsa in situazione riportabile all'insolvenza viene esclusa dall'ATI ed il rapporto giuridico può continuare, come si vedrà, se i membri residui del raggruppamento continuano ad avere i requisiti necessari per eseguire l'opera.

- L'elusione, quale limite della modifica in riduzione, va quindi apprezzata in ragione del motivo posto alla base dell'operazione riduttiva e del tempo di emersione del relativo motivo: infatti, l'esercizio della facoltà non deve configurarsi come strumentale a sanare *ex post* una situazione di preclusione all'ammissione alla procedura riguardante il soggetto uscente/recedente sussistente *al momento dell'offerta*, a pena di violazione della *par condicio* tra i concorrenti.
- Qualora invece l'uscita della mandataria dal raggruppamento sia sopravvenuta all'aggiudicazione definitiva, dunque successivamente alla valutazione delle offerte di tutte le imprese concorrenti nel rispetto dei criteri fissati dal bando e della *par condicio*, le sopravvenute esigenze organizzative – tra le quali rientrano i casi in cui una delle imprese raggruppate sia colpita da un evento non volontario, quali (tra l'altro) l'apertura di una procedura concorsuale (ivi compreso il concordato preventivo) per effetto di una sopravvenuta situazione di insolvenza o di crisi aziendale implicante la perdita del requisito generale di cui all'art. 80, comma 5, lettera b), d.lgs. n. 50 del 2016 – consentono la modificazione soggettiva.

- *Una volta consentita la modifica riduttiva della compagine del raggruppamento c.d. abbondante nei casi previsti dai commi 17 ss. dell'art. 48, d.lgs. n. 50 del 2016 e ss.mm.ii., sorge l'esigenza – logica prima ancora che giuridica – di attribuire la quota dell'impresa uscita dal raggruppamento a quelle superstiti; in altri termini, la facoltà di riduzione del raggruppamento nei casi previsti dalla legge – **connotati dal carattere oggettivo e imprevedibile degli eventi sopravvenuti alla presentazione dell'offerta, legittimanti la modifica** – comporta la necessità di redistribuire le quote; ed infatti, i commi 17 e 19 dell'art. 48, nella versione applicabile ratione temporis, **non prevedono affatto che la quota della nuova mandataria debba esattamente corrispondere a quella precedente, ma richiedono unicamente che l'operatore economico subentrante abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori oggetto dell'appalto; opinando diversamente, le quote di qualificazione e di esecuzione della mandataria originaria e di quella subentrante (originaria mandante) dovrebbero essere identiche sin dall'origine (ossia, sin dalla presentazione dell'offerta), il che condurrebbe sostanzialmente ad un'inammissibile interpretatio abrogans della disciplina che ammette le modifiche soggettive, di fatto imponendo in via cautelativa la costituzione di raggruppamenti sovrabbondanti e così immobilizzando inutilmente (e dunque irragionevolmente) i fattori produttivi aziendali di molte imprese; resta, naturalmente, ferma la necessità del possesso, in capo alla mandataria, dei requisiti di qualificazione richiesti nel bando per l'impresa singola (1).***

Possibilità o meno di altro operatore

Modalità di estromissione e sostituzione

- CGA a AP ord 37/2021 **(da cui AP 10/2021)**
- • a) se le disposizioni normative di cui all'art. 48, commi 17 e 19 ter, d.lgs. n. 50/2016 debbano essere interpretate nel senso di consentire, in fase di gara, **la sostituzione della mandataria dichiarata fallita successivamente alla presentazione dell'offerta con altro operatore economico subentrante, OVVERO se ne sia possibile soltanto la mera estromissione e, in questo caso, se l'esclusione dell'a.t.i. dalla gara possa essere evitata unicamente qualora le restanti imprese partecipanti al raggruppamento soddisfino in proprio i requisiti di partecipazione;**
- •

esplicazione

- Questo Consiglio ha già avuto occasione di affermare che la sostituibilità dell'impresa mandataria colpita da alcuni eventi pregiudizievoli indicati dalla legge, anche con addizione di un soggetto esterno all'originario raggruppamento, rientra nel paradigma dell'art. 48 d.lgs. n. 50/2016, interamente e specificamente dedicato proprio ai casi di deminutio potestatis dell'impresa mandataria (sentenza n. 706/2019 del 26/07/2019, ove vengono richiamate le decisioni n. 34 dell'8.2.2016 e n. 125 del 6.3.2018).
- • Ciò al fine di evitare che l'intera associazione temporanea d'impresе venga esclusa dall'aggiudicazione unicamente perché "responsabile" di essersi associata in raggruppamento temporaneo con una impresa che solamente in momento successivo alla presentazione della domanda di partecipazione alla gara è stata colpita da fatti ostativi (come un'interdittiva, ovvero, nel caso in questione, da un provvedimento giudiziale di apertura di procedura concorsuale).

- • Quanto alla possibilità di ingresso di soggetto economico esterno alla originaria compagine, milita in favore della tesi il dato testuale, il quale induce a ritenere che, **“con altro operatore”, possa intendersi sia uno degli originari mandanti dell’a.t.i., sia un soggetto estraneo all’a.t.i. originaria.**
- • Il principio della sostituibilità della mandataria che ha però i requisiti in corso di gara, applicato anche di recente da questo C.G.A. in sede cautelare (ordinanza n. 667/2020 del 17/9/2020), non si pone in contrasto con la decisione di questo C.G.A. n. 22 maggio 2020, n. 298, relativa ad interdittiva antimafia precedente alla presentazione delle offerte, per cui il raggruppamento in quel momento “non possedeva i requisiti di ordine generale che ha dichiarato, invece, di possedere. Attraverso la successiva modificazione l’associazione di imprese il raggruppamento in questione ha inteso sanare la pregressa situazione”.

- • In detta decisione si è, quindi, precisato che l'art. 48, commi 18 e 19-ter, d.lgs. n. 50/2016 rappresentano ipotesi derogatorie della regola generale di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alla gara, intervengono per consentire ad un soggetto collettivo di sopperire alla sopravvenuta lacuna dei requisiti di ordine generale di un'impresa componente del raggruppamento, al fine di non perdere la pretesa di partecipare alla gara, consentendo che l'associazione di imprese prosegua il rapporto con la stazione appaltante in ragione di un meccanismo espulsivo dell'impresa che ha perso il requisito e configurandosi come meccanismi obbligatori di "autodifesa" dell'interesse del raggruppamento rispetto alla posizione assunta da uno dei partecipanti al medesimo; **ma non configurano una dispensa dalla regola per la quale i partecipanti alla gara devono possedere i requisiti (anche di ordine generale) già al momento di presentazione delle offerte (e devono in quell'occasione dichiarare di averli).**

- • La concreta applicazione delle disposizioni citate presuppone, pertanto, che la causa di esclusione relativa a uno dei componenti del raggruppamento sopravvenga rispetto al tempo di presentazione dell'offerta; allorquando, invece, il raggruppamento era ab origine in possesso dei requisiti prescritti; l'operazione produrrebbe, in favore del soggetto aggregato, un vantaggio ingiustificato, idoneo ad alterare il piano di parità con gli altri concorrenti, ai quali si richiede, per principio generale, di essere in possesso dei requisiti al momento di presentazione delle offerte (in termini, C.G.A., n. 298/2020 cit.).
- Ma il caso in questione è diverso, in quanto il termine per la presentazione delle offerte era previsto per il 23.1.2019 mentre il fallimento della capogruppo è stato dichiarato con sentenza del Tribunale civile di Catania n. 16/2020 del 28.01.2020, sicché il raggruppamento possedeva, al momento della presentazione delle offerte, i requisiti di partecipazione.

- • 12.6. L'applicazione del principio affermato con la decisione di questo Consiglio n. 706/2019 (e ordinanza n. 667/2020) non appare incompatibile con il diritto dell'Unione.
- • Infatti, sebbene il considerando 110 della direttiva appalti 2014/24/UE ammetta l'ipotesi della sostituzione di un operatore economico raggruppato nella fase esecutiva, prevedendo che: "In linea con i principi di parità di trattamento e di trasparenza, l'aggiudicatario non dovrebbe essere sostituito da un altro operatore economico, ad esempio in caso di cessazione dell'appalto a motivo di carenze nell'esecuzione, senza riaprire l'appalto alla concorrenza. Tuttavia, in corso d'esecuzione del contratto, in particolare qualora sia stato aggiudicato a più di un'impresa, l'aggiudicatario dell'appalto dovrebbe poter subire talune modifiche strutturali dovute, ad esempio, a riorganizzazioni puramente interne, incorporazioni, fusioni e acquisizioni oppure insolvenza", si deve osservare che **la Corte di Giustizia UE, Sez. X, sentenza 28 marzo 2019, C-101/18 ha avuto occasione di affermare gli Stati membri hanno la facoltà di non applicare le cause di esclusione previste dalla direttiva appalti o di inserirle nella normativa nazionale con un grado di rigore che potrebbe variare a seconda dei casi, in funzione di considerazioni di ordine giuridico, economico o sociale prevalenti a livello nazionale.**
- • Nella legislazione interna, è stata, quindi, **espressamente prevista la deroga, in sede di gara, ed al ricorrere di particolari situazioni, alla regola generale dell'immodificabilità del raggruppamento temporaneo rispetto alla composizione risultante dall'impegno presentato in sede di offerta, mediante il richiamato comma 19 ter dell'art. 48, applicabile, tra gli altri, al caso del fallimento, contemplato dal comma 17.**

- **Tuttavia**, parte della giurisprudenza, muovendo dai principi espressi dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 8 del 4 maggio 2012, ha, in più occasioni, affermato che in materia di gare pubbliche il divieto di modificazione della compagine delle associazioni temporanee di imprese o dei consorzi nella fase procedurale, corrente tra la presentazione delle offerte e la definizione della procedura di aggiudicazione, è **finalizzato a impedire l'aggiunta o la sostituzione di imprese partecipanti all'a.t.i. o al consorzio, e non anche a precludere il recesso di una o più di esse, a condizione che quelle che restano a farne parte risultino titolari, da sole, dei requisiti di partecipazione e di qualificazione e che ciò non avvenga al fine di eludere la legge di gara e, in particolare, per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente dell'a.t.i. venuto meno per effetto dell'operazione riduttiva** (Cons. Stato, Sez. V, 20 gennaio 2015, n. 169).
- • Ancora di recente si è affermato che dall'esclusione di una delle imprese raggruppate, determinata dalla sottoposizione ad una procedura concorsuale, **non debba necessariamente derivare l'esclusione dalla gara dell'intero raggruppamento, allorquando il venir meno della singola impresa determini una mera sottrazione, senza sostituzione da parte di da altro operatore, di modo che l'operazione non sia finalizzata ad eludere le verifiche in ordine al possesso dei requisiti e sempre che i residui membri del raggruppamento risultino da soli in possesso della totalità dei requisiti di qualificazione richiesti per l'esecuzione dell'appalto** (Cons. Stato, Sez. V, 24 febbraio 2020, n. 1379).
- •

- la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha espresso il proprio convincimento circa l'impossibilità della sostituzione della capogruppo colpita da uno degli eventi indicati all'art. 48 citato, proprio con l'ordinanza n. 309/2021, con la quale si argomenta:
 - <16.5. (omissis) è dubbio,....., se debbano ritenersi precluse, in quanto produttive dell'effetto elusivo sopra descritto, le variazioni soggettive "in aumento", ovvero volte a introdurre nel R.T.I. soggetti che esso inizialmente non contemplava, e che portano all'aggiunta o alla sostituzione delle imprese partecipanti.
 - 16.6. A tale riguardo, la **giurisprudenza ha affermato che i mutamenti di tipo additivo dovranno essere ritenuti ammissibili nelle soli ipotesi in cui essi siano espressamente previsti dal legislatore e che detti casi, peraltro, ponendosi come derogatori rispetto a un principio fondamentale e strumentale alla tutela della concorrenza, vanno considerati tassativi e di stretta interpretazione.**
 - 16.7. In riferimento allo specifico caso oggetto di giudizio, il Collegio osserva che l'interpretazione favorevole alla sostituzione ab extrinseco della mandante assoggettata a procedura concorsuale (.....) e colpita dalla causa di esclusione sembrerebbe essere confermata dal fatto che previsione analoga a quella contenuta nel comma 18 dell'art. 48 (che *expressis verbis si riferisce ad "altro operatore economico subentrante"*) **non è, invece, contenuta nel comma 17 dell'art. 48, che si riferisce all'ipotesi in cui la causa di esclusione in questione interessi l'impresa mandataria del raggruppamento: qui la norma stabilisce, infatti, che "la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice".**
 - •

- Dal raffronto tra le due disposizioni parrebbe potersi evincere che il legislatore ha inteso disciplinare in modo differente il caso in cui la procedura **concorsuale interessi un'impresa mandante (comma 18)** da quello in cui l'evento colpisca l'impresa mandataria (comma 17), ammettendo l'ingresso di un operatore economico subentrante dall'esterno solo nella prima ipotesi (in tal senso, per la completezza delle argomentazioni a sostegno di siffatta interpretazione, si veda T.a.r. Puglia Lecce, Sez. II, 12 agosto 2019, n. 1424).
- • Ed infatti, se è vero che i mutamenti di tipo additivo dovranno essere ritenuti ammissibili nei soli casi in cui essi siano espressamente previsti dal legislatore, sarebbe altrettanto evidente che, dalla comparazione tra l'art. 48, comma 17, d.lgs. n. 50/2016, e il successivo comma 18, che disciplina l'ipotesi di vicende patologiche che colpiscano l'impresa mandante del R.T.I, emerge chiaramente che soltanto al comma 18 si prevede espressamente l'ipotesi dell'operatore economico "subentrante", ovvero di una figura nuova rispetto alla compagine originaria, che si sostituisca in termini additivi al mandante colpito dalla fattispecie patologica.
- • Pertanto, solo con riferimento alla **posizione della ditta mandante, sarebbe espressamente prevista una modificazione con esiti aggiuntivi dei soggetti facenti parte del raggruppamento, ferma restando la ditta mandataria (.....).**
- •

- Peraltro, si aggiunge, il differente regime applicabile all'esclusione della mandante e della mandataria trae, a sua volta, fondamento logico dal sistema normativo in materia di contratti pubblici.
- • Invero, la ditta mandante e quella mandataria di un raggruppamento rivestono ruoli distinti nel rapporto con l'Amministrazione appaltante. [...]"
- • Si pone, dunque, in piena consonanza con il sistema ordinamentale il differente approccio del legislatore di fronte all'ipotesi di sostituzione dei due soggetti: se il mutamento del mandante, interlocutore "di secondo grado" dell'Amministrazione, costituisce una delle ipotesi nelle quali, eccezionalmente, l'ordinamento consentirebbe, persino, la modifica additiva con ingresso di nuovi operatori economici (comma 18), l'estromissione del mandatario, interlocutore primario della p.a., consente invece la sostituzione solo con un soggetto già incluso ab origine nel raggruppamento>.

Modalità di estromissione e sostituzione CGA a AP ord 37/2021

- b) tempi e modalità per introdurre nel procedimento di gara l'estromissione della mandataria e la sostituzione della stessa, ed in particolare:
 - • b.1) se l'impresa mandante (o le imprese mandanti) possa chiedere di essere ammessa a sostituire la mandataria fin quando non intervenga comunicazione, da parte dell'Amministrazione procedente, di apposito interpello, ovvero del provvedimento di esclusione;
 - • b.2) se sia comunque consentito, nell'ipotesi di intervenuta conoscenza aliunde della vicenda che ha colpito la mandataria, proporre la sostituzione nel corso della gara ed anteriormente all'adozione dei citati atti da parte dell'Amministrazione procedente.

esplicazione

- •Con riferimento al previgente sistema, questo Consiglio (decisione n.34/2016 dell'8/2/2016) ha avuto occasione di ricostruire il procedimento che conduce, dopo l'estromissione della mandataria, alla sostituzione della stessa (in quel caso, nella fase di esecuzione del contratto) in "chiave bifasica", mediante il previo recesso della PA dal contratto originariamente stipulato e la sostituzione di questo con altro contratto che preveda altra capogruppo.
- Ad avviso del Collegio, la ricostruzione può essere riconfermata ed adattata al sistema attuale, ove, per effetto della modifica normativa più volte richiamata, la facoltà può essere esercitata in fase di gara.
- Se ne deve concludere che, **ordinariamente, la richiesta di sostituzione debba essere introdotta a seguito dell'iniziativa della stazione appaltante, che abbia appreso (come nel caso in questione) della vicenda ostativa che ha colpito la mandataria.**
- Esigenze sistematiche (di coordinamento con la normativa sul cd. procedimento) e di economicità del procedimento di gara **suggerirebbero che, appreso della situazione a carico della mandataria, la stazione appaltante interpelli le mandanti (magari attraverso l'inoltro di un preavviso di espulsione dalla gara) assegnando un termine per esercitare la facoltà di sostituzione della mandataria.**
-

- **In ogni caso, ove l'Amministrazione pervenga direttamente all'esclusione (come avvenuto nel caso in questione), ben potranno le mandanti esercitare la facoltà di sostituzione, in coerenza con la ricostruzione di cui alla richiamata decisione di questo C.G.A. n.34/2016.**
- • **Deve anche ritenersi, ad avviso del Collegio, che, qualora anteriormente alla conclusione della gara le mandanti vengano a conoscenza della causa di esclusione, possano spontaneamente proporre l'estromissione della capogruppo e la sostituzione della stessa, in ragione di esigenze di speditezza della procedura.**
- • **Ma poiché si tratta sovente di vicende delle quali le imprese riunite possono non avere alcuna conoscenza, deve ritenersi consentito loro di esercitare la facoltà di sostituzione fino al momento in cui acquisiscano la notizia della vicenda che interessa la mandataria dalla stazione appaltante (che abbia notificato interpello ovvero esclusione dalla gara), e ciò in coerenza con l'intenzione del Legislatore che – nel bilanciamento dei contrapposti interessi - ha inteso contemperare l'iniziativa economica delle imprese in forma associata con le esigenze delle stazioni appaltanti a contrattare con soggetti in possesso dei necessari requisiti.**

Segue eccezioni (riferite alla figura del mandante)

- **REGIME FINO AL 31 AGOSTO 2021 (Salvo proroghe)**
- 18. Salvo quanto previsto dall'articolo 110, comma 5,
 - - in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione **di uno dei mandanti**
 - - ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo
 - - ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80,
 - - ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia,
 - 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.
- 19ter Le previsioni di cui al comma 18 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verifichino in fase di gara.

- REGIME DAL 1 SETTEMBRE 2021 (Salvo proroghe)
- 18. Salvo quanto previsto dall'articolo 110, comma 6, in caso di liquidazione giudiziale, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, concordato preventivo o di liquidazione di uno dei mandanti ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o liquidazione giudiziale del medesimo ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, **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.]**
- 19ter Le previsioni di cui al comma 18 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verificano in fase di gara.

Giur su nuovo mandante

- ordinanza ad AP n. 309/2021 dell'8.1.2021, Consiglio di Stato, Sez. V **(Su cui AP 9/2021)**
- si è posto il problema che <la par condicio tra i concorrenti e la salvaguardia del principio dell'immodificabilità del raggruppamento non sembrerebbero poter ammettere – nel contesto dell'evidenza pubblica - l'inserimento nel r.t.i. di nuovi operatori estranei alla procedura e che non hanno formulato l'offerta, con l'inammissibile finalità di sanare una causa di esclusione (nella specie, la presenza di un soggetto posto sotto procedura di insolvenza concorsuale “in bianco”) intervenuta prima dell'aggiudicazione>.
- • Ha pertanto rimesso all'Adunanza Plenaria –tra le altre- la questione **“se le disposizioni normative di cui all'art. 48, commi 17, 18, 19 ter del d.lgs. n. 50/2016 debbano essere interpretate nel senso di consentire la sostituzione della mandante che abbia presentato ricorso di concordato preventivo c.d. in bianco ex art. 161, comma 6, cit. con altro operatore economico subentrante anche in fase di gara, ovvero se sia possibile soltanto la mera estromissione della mandante e, in questo caso, se l'esclusione del r.t.i. dalla gara possa essere evitata unicamente qualora la mandataria e le restanti imprese partecipanti al raggruppamento soddisfino in proprio i requisiti di partecipazione”**.

Il recesso

- 19. E' ammesso 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. **In ogni caso la modifica soggettiva di cui al primo periodo non è ammessa se finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara.**
- 19ter Le previsioni di cui al comma 19 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verificano in fase di gara.

Giur

- CDS IV 39/2021
- Contrariamente a quanto sostenuto dalla -OMISSIS-, la consolidata giurisprudenza euro-unitaria e di questo Consiglio hanno interpretato la norma invocata, nel senso di consentire quelle trasformazioni del raggruppamento temporaneo di imprese, che non comportino delle modificazioni sostanziali, ossia idonee a riverberarsi in modo negativo sui requisiti di partecipazione e di qualificazione (Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8; Corte Giustizia, 24 maggio 2016 (causa C-396/14), Corte Giustizia, Sez. V, 11 luglio 2019, (causa C-697/17)).
- Segnatamente, anche di recente si è statuito che “la giurisprudenza amministrativa ha in più occasioni affermato che in materia di gare pubbliche il divieto di modificazione della compagine delle associazioni temporanee di imprese o dei consorzi nella fase procedurale corrente tra la presentazione delle offerte e la definizione della procedura di aggiudicazione, è finalizzato a **impedire l’aggiunta o la sostituzione di imprese partecipanti al r.t.i. o al consorzio**, e non anche a precludere il recesso di una o più di esse, a condizione che quelle che restano a farne parte risultino titolari, da sole, dei requisiti di partecipazione e di qualificazione e che ciò non avvenga al fine di eludere la legge di gara e, in particolare, per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente dell’a.t.i. venuto meno per effetto dell’operazione riduttiva (ex multis – Cons. Stato, V, 20 gennaio 2015, n. 169)” (Cons. Stato, Sez. V, 24 febbraio 2020, n. 1379).
- 57.3. Poiché l’appellante non ha dedotto alcun mutamento sostanziale del raggruppamento nei termini chiariti dalla giurisprudenza da ultimo indicata e neppure può ritenersi provata la finalità elusiva stigmatizzata dal richiamato precedente, la censura deve essere respinta.

Perdita requisito morale in corso di gara da parte di mandante

Contrasto giurisprudenziale

- 1° posizione **Cds V 0833/2021**
- Con distinto motivo, le appellanti si dolgono che, in violazione degli artt. 48 e 80 del d. lgs. n. 50/2016 e del correlato principio di proporzionalità, non disgiunto da plurimi profili di eccesso di potere, non sia stato loro concesso, con determinazione avallata dal primo giudice, di **procedere ad una modificazione soggettiva del costituendo raggruppamento, con la prospettata sostituzione dei mandanti colpiti dall'irregolarità contributiva.**
- 4.1.- La censura è infondata.
- Come è noto, il principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche mira a garantire una conoscenza piena, da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, dei soggetti che intendono contrarre con le amministrazioni stesse, consentendo una verifica preliminare e compiuta dei requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria dei concorrenti (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8).
- Ne discende che, in **linea di principio, deve ritenersi preclusa qualsiasi modificazione dei raggruppamenti temporanei che hanno partecipato a una gara pubblica, in quanto la modifica determinerebbe, almeno in parte, la modifica dello stesso soggetto che vi partecipa** (Cons. Stato, sez. V, 20 gennaio 2015, n. 169.).
- Tale principio è espressamente sancito **dall'art. 48, comma 9, del d. lgs. n. 50/2016, che – nel far salve le ipotesi di cui ai successivi commi 17 e 18, ammette la sostituzione “in caso di perdita [...] dei requisiti”, ma esclusivamente “in corso di esecuzione”, all'evidente fine di salvaguardare il completamento del programma negoziale già in corso di attuazione** (cfr. Cons. Stato, sez. V, 18 febbraio 2019, n. 1116).

segue

- La conclusione deve tenersi ferma anche a seguito della introduzione nel corpo dell'art. 48, ad opera dell'art. 32, comma 1, lett. *h*), del d. lgs. n. 56/2017, del nuovo comma 19 *bis*, il quale espressamente estende l'eventualità di modifiche soggettive anche alle ipotesi verificatesi *"in fase di gara"*.
- Invero, la disposizione in esame (che, per la sua natura eccezionale, deve essere oggetto di stretta interpretazione) **si limita ad autorizzare la sostituzione del mandante nei (soli) casi di "modifiche soggettive"** (per le società: fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione di uno dei mandanti; per gli imprenditori individuali: morte, interdizione, inabilitazione o fallimento), previste dal comma 18, e non, dunque, anche nell'ipotesi di *"perdita dei requisiti di cui all'art. 80 D.lgs. n. 50/16"* in corso di gara, che pure è prevista dal medesimo comma 18 come causa di sostituzione della mandante ma nella (sola) fase esecutiva.
- Se ne trae ulteriore conferma dal fatto che proprio l'art. 18 è stato *contestualmente* modificato introducendo, bensì, anche la fattispecie (antecedentemente non prevista) di perdita dei requisiti soggettivi quale ragione di possibile modificazione del raggruppamento, ma espressamente limitando l'ipotesi alla fase esecutiva.
- Sarebbe, allora, del tutto illogico che l'estensione *"alla fase di gara"* di cui al comma 19 *ter*, introdotto dallo stesso *'decreto correttivo'* vada a neutralizzare la specifica e coeva modifica del comma 18.
- E' perciò corretta la decisione impugnata che ne ha tratto la conclusione della non surrogabilità della posizione soggettiva irregolare in fase di gara.

Il° posizione (Cds III, 02245/2020)

il comma 19 ter dell'art. 48, comma aggiunto dall'articolo 32, comma 1, lettera h), del D.Lgs. 19 aprile 2017 n. 56, estende espressamente la possibilità di modifica soggettiva per le ragioni indicate dai commi 17, 18 e 19, anche in corso di gara.

A fronte del chiaro disposto del comma 19 ter, che rinvia alle disposizioni di cui ai commi 17, 18 e 19, non sono conducenti gli argomenti che l'appellante trae dalla Relazione illustrativa al correttivo al codice (pag. 20) e dall'Atto del Governo n. 397 (pagg. 86 e 87).

Né è convincente l'argomentazione dell'appellante secondo cui nel rinvio ai citati commi, il comma 19 ter farebbe salva anche la locuzione "in corso di esecuzione", perché si tratterebbe di una contraddizione palese con il contenuto dispositivo innovativo del nuovo comma aggiunto dal Legislatore del correttivo, che lo priverebbe di significato.

Come già precisato dal TAR, le norme di cui ai commi 18 e 19 ter dell'art. 48, si pongono in posizione di specialità rispetto alla previsione generale di cui **all'art. 80, comma 6**, invocata dall'appellante.

Da ultimo, non è pertinente il richiamo al comma 19 dell'art. 48, poiché la norma si riferisce all'ipotesi di riduzione del Raggruppamento per esigenze organizzative.

In tal caso, il divieto di modifica per mancanza di requisiti si riferisce alla riduzione del raggruppamento dovuto a carenza di requisiti che risale alla presentazione dell'offerta, con finalità elusiva della mancanza ab origine dei requisiti, mentre i casi di cui ai commi 17 e 18 attengono alla fattispecie per la quale la perdita dei requisiti è sopravvenuta alla domanda di partecipazione, come nella fattispecie.

- il comma 19 ter dell'art. 48, comma aggiunto dall'articolo 32, comma 1, lettera h), del D.Lgs. 19 aprile 2017 n. 56, estende espressamente la possibilità di modifica soggettiva per le ragioni indicate dai commi 17, 18 e 19, anche in corso di gara.
- A fronte del chiaro disposto del comma 19 ter, che rinvia alle disposizioni di cui ai commi 17, 18 e 19, non sono conducenti gli argomenti che l'appellante trae dalla Relazione illustrativa al correttivo al codice (pag. 20) e dall'Atto del Governo n. 397 (pagg. 86 e 87).
- Né è convincente l'argomentazione dell'appellante secondo cui nel rinvio ai citati commi, il comma 19 ter farebbe salva anche la locuzione "in corso di esecuzione", perché si tratterebbe di una contraddizione palese con il contenuto dispositivo innovativo del nuovo comma aggiunto dal Legislatore del correttivo, che lo priverebbe di significato.
- 4.5. - Come già precisato dal TAR, le norme di cui ai commi 18 e 19 ter dell'art. 48, si pongono in posizione di specialità rispetto alla previsione generale di cui all'art. 80, comma 6, invocata dall'appellante.
- 4.6. – Da ultimo, non è pertinente il richiamo al comma 19 dell'art. 48, poiché la norma si riferisce all'ipotesi di riduzione del Raggruppamento per esigenze organizzative.
- In tal caso, il divieto di modifica per mancanza di requisiti si riferisce alla riduzione del raggruppamento dovuto a carenza di requisiti che risale alla presentazione dell'offerta, con finalità elusiva della mancanza ab origine dei requisiti, mentre i casi di cui ai commi 17 e 18 attengono alla fattispecie per la quale la perdita dei requisiti è sopravvenuta alla domanda di partecipazione, come nella fattispecie.

- **Tar Lazio, Latina, Sez. I, 06/ 05/ 2021, n. 293**

- Il comma 3 dell'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016 definisce gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale, tali da condurre all'esclusione dell'impresa dalla gara, "quelle ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui al decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015".
- Conseguenze che:
 - 1) L'irregolarità del DURC in corso di esecuzione o in corso di gara determina l'esclusione dell'impresa cui fa capo;
 - 2) Se l'impresa faccia parte, come mandante, di un raggruppamento temporaneo o di un consorzio ordinario il mandatario può indicare un altro operatore in subingresso, che abbia i requisiti di idoneità, oppure eseguire l'appalto – qualora abbia ottenuto o ottenga l'aggiudicazione – direttamente o a mezzo degli altri mandanti che abbiano gli adeguati requisiti di qualificazione;
 - 3) In ogni caso il solo venir meno di una delle imprese mandanti per la perdita dei requisiti di cui all'art. 80 non determina ex se l'esclusione dell'intero raggruppamento senza la preventiva verifica della possibilità di procedere ai sensi dell'art. 48, comma 17.
- Orbene, l'acquisizione del DURC irregolare dell'impresa XXXX, mandante del r.t.i. YYYY, è avvenuta in corso di gara (21.9.2020), mentre alla scadenza del termine di partecipazione (30.6.2020) la ditta aveva presentato un DURC valido.
- Si è quindi concretizzata l'ipotesi normativa dell'art. 48, commi 17 e 19 ter, ovvero la perdita in corso di gara di un requisito soggettivo di ammissione in capo a un'impresa mandante che giustifica l'esclusione dell'impresa ma non determina, da sola, l'esclusione del raggruppamento

AP 9 2021 (da Ord CDS 309/2021)

- Per quanto concerne il quarto ed ultimo quesito, non vi sarebbe più interesse alla soluzione della questione su come si debba interpretare il comma 19 ter dell'art. 48 del codice dei contratti. Ciò premesso, poiché per quanto osservato al punto precedente è rimessa alla sezione remittente la valutazione della rilevanza nel caso concreto dell'autorizzazione tardivamente acquisita dal tribunale, l'Adunanza ritiene prudenzialmente di dover rispondere anche sul quarto quesito, di cui allo stato non si può escludere la rilevanza.
- 12. Si deve procedere dall'esame dei commi 17 e 18 dell'art. 48. Tali norme dispongono per quanto più rileva in questa sede che, in deroga alla regola generale dell'immodificabilità della composizione del raggruppamento temporaneo rispetto all'assetto risultante dall'impegno presentato in sede di offerta (art. 48, comma 9), è consentita al raggruppamento la possibilità di modificare la propria composizione in conseguenza della sottoposizione del mandante o del mandatario ad una procedura concorsuale per insolvenza o crisi d'impresa (nel caso in questione sarebbe, per quanto detto, la pendenza di una domanda di concordato in bianco o con riserva cui non avrebbe fatto seguito in tesi il tempestivo rilascio ad opera del tribunale fallimentare, e la tempestiva comunicazione alla stazione appaltante, dell'autorizzazione a partecipare alla gara pubblica in questione) ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia.

- Il comma 19 contempla, inoltre, le (ulteriori) modifiche soggettive derivanti da esigenze organizzative del raggruppamento, che nella fase dell'esecuzione del rapporto possono giustificare la riduzione del raggruppamento, alla duplice condizione che le imprese rimanenti abbiano i requisiti sufficienti e che la modifica non sia finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara (evidentemente diverso da quello di cui all'art. 80, comma 5, lett. b).
- Su queste previsioni, dettate per la fase dell'esecuzione e che privilegiano l'interesse alla conservazione del rapporto in funzione della più celere esecuzione dell'opera o del servizio o della consegna della fornitura, si innesta il comma 19-ter dell'art. 48 - comma aggiunto dall'art. 32, comma 1, lett. h) del d. lgs. 19 aprile 2017 n. 56 – che ha esteso espressamente la possibilità di modifica soggettiva per le ragioni indicate dai commi 17, 18 e 19 anche in corso di gara.

- La questione qui posta attiene, specificamente, proprio all'estensione, ora introdotta dal comma 19-ter, delle 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 – nel caso di specie, la mandante -anche con un soggetto esterno al raggruppamento.
- 13. Merita ricordare come la regola dell'immodificabilità risponda in via generale ad una duplice esigenza, fortemente avvertita sia a livello nazionale che, come si dirà, a livello europeo, 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, e dall'altro all'esigenza 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.
- Di questa regola l'Adunanza plenaria, prima ancora del codice attuale, aveva dato una lettura funzionale, nel senso di non precludere la modifica soggettiva in assoluto, ammettendola laddove questa operi in riduzione, anziché in aggiunta o in sostituzione, 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 (AP n. 8/2012, di recente Cons. St., V, n. 1379/2020 e n. 1031/2018).

13.1. In particolare secondo l'impostazione tradizionale l'aggiunta di soggetti esterni all'originaria composizione del raggruppamento, che ha presentato la propria offerta con una determinata composizione soggettiva, costituisce un vulnus non solo al fondamentale interesse pubblico alla trasparenza e, dunque, al buon andamento della pubblica amministrazione, dovendo l'iter della gara svolgersi secondo determinate e non alterabili – salvo deroghe espressamente consentite – scansioni procedurali che consentano la previa verifica dei requisiti in capo ai concorrenti e, poi, la valutazione delle offerte nell'interesse pubblico all'aggiudicazione al miglior offerente, ma anche un vulnus al principio di parità di trattamento tra le imprese interessate all'aggiudicazione e, dunque, al valore primario della concorrenza nel suo corretto esplicarsi.

13.2. Se questa è l'impostazione di partenza, con la duplice declinazione del principio appena ricordata (nella prospettiva sia della stazione appaltante che degli altri concorrenti), si tratta di interrogarsi ora 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 quindi in aumento, nella fase dell'esecuzione come in quella della gara.

- Da una lettura testuale del combinato disposto – specie laddove al comma 18 utilizza la formula “altro operatore economico subentrante” - si potrebbe ritenere che in effetti il legislatore si sia mosso in tale direzione, privilegiando la continuità ovvero la prosecuzione del rapporto contrattuale come anche della partecipazione alla procedura di gara, e in nome di questa continuità – a sua volta connessa alla nuova prospettiva “recuperatoria” del diritto della crisi d’impresa in precedenza ricordata - consenta ora la modifica del raggruppamento anche per addizione. Se non fosse che, in un intervento più recente, extracodicistico (con l’art. 5, comma 4, d.l. 76/2020), peraltro di natura dichiaratamente emergenziale e quindi almeno nelle intenzioni volto ad assicurare ancora di più (del codice) la sollecita esecuzione dei contratti pubblici, sempre il legislatore è sembrato invece circoscrivere l’orizzonte della modifica limitando l’avvicendamento solo (se realizzato) “con altra impresa del raggruppamento designato”. E se questo ha ritenuto di fare (o riaffermare) nella fase dell’esecuzione, a maggior ragione parrebbe logico doversi escludere che abbia voluto ammettere una modifica additiva nella fase della gara, dove il profilo del rispetto della concorrenza è più acuto.

14. Nel diritto europeo dei contratti pubblici il tema della sostituzione è affrontato nella fase dell'esecuzione.

La Direttiva n. 24/2014/UE contempla talune ipotesi di sostituzione all'art. 72 in tale fase e nel Considerando n. 110, già ricordato dallo stesso Collegio rimettente, precisa che «in linea con i principi di parità di trattamento e di trasparenza, l'aggiudicatario non dovrebbe essere sostituito da un altro operatore economico, ad esempio in caso di cessazione dell'appalto a motivo di carenze nell'esecuzione, senza riaprire l'appalto alla concorrenza» e «tuttavia, in corso d'esecuzione del contratto, in particolare qualora sia stato aggiudicato a più di un'impresa, l'aggiudicatario dell'appalto dovrebbe poter subire talune modifiche strutturali dovute, ad esempio, a riorganizzazioni puramente interne, incorporazioni, fusioni e acquisizioni oppure insolvenza», sicché «tali modifiche strutturali non dovrebbero automaticamente richiedere nuove procedure di appalto per tutti gli appalti pubblici eseguiti da tale offerente».

Nel diritto europeo manca invece una disposizione che si occupi della sostituzione dell'operatore economico nello svolgimento della procedura di aggiudicazione.

- Al di là della sua forza più o meno cogente, per la fase dell'esecuzione il Considerando svolge una funzione ricognitiva di principi che trovano in disposizioni del Trattato provviste di effetto diretto, quelle che a suo tempo scandirono la realizzazione del mercato comune imponendo agli Stati l'abolizione degli ostacoli alla libera circolazione delle merci e delle persone, il loro primo fondamento.
- Questa Adunanza plenaria, di recente, ha chiarito che anche la fase esecutiva del contratto pubblico non è una "terra di nessuno", indifferente all'interesse pubblico e a quello privato degli altri operatori che hanno preso parte al confronto concorrenziale, e che «l'attuazione in concreto dell'offerta risultata migliore, all'esito della gara, e l'adempimento delle connesse prestazioni dell'appaltatore o del concessionario devono [...] essere lo specchio fedele di quanto risultato all'esito di un corretto confronto in sede di gara, perché altrimenti sarebbe facile aggirare in sede di esecuzione proprio le regole del buon andamento, della trasparenza e, non da ultimo, della concorrenza, formalmente seguite nella fase pubblicistica anteriore e prodromica all'aggiudicazione» (Ad. plen. n. 10/2020).

- 15. Si può quindi fondatamente ritenere che 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, sia 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, con una diversa distribuzione di diversi compiti e ruoli (tra mandante e mandataria o tra i soli mandanti), in modo da garantire l'esecuzione dell'appalto anche prescindendo dall'apporto del componente del raggruppamento ormai impossibilitato ad eseguire le prestazioni o, addirittura, non più esistente nel mondo giuridico (perché, ad esempio, incorporato od estinto).

- 16. A maggior ragione si impone che nella fase della procedura di gara il soggetto che ha preso parte ad essa, presentando l'offerta, non sia diverso da quello che viene valutato dalla stazione appaltante e che, infine, si aggiudica la gara, non essendo ammissibile, sul piano del diritto UE, che proprio la fase pubblicitica, deputata alla scelta del miglior offerente, sia quella in cui attraverso la modifica soggettiva e l'aggiunta di un soggetto esterno alla gara si aggiri il principio della concorrenza e si ammetta in corso di gara un soggetto diverso da quello che ha presentato l'offerta.
- A conferma di ciò vale richiamare la Corte di Giustizia UE, che nella sentenza del 24 maggio 2016 in C-396/14 - pronunciata in un caso di modifica della composizione di un raggruppamento temporaneo per riduzione - ha chiarito che il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza significano, in particolare, che gli offerenti devono trovarsi su un piano di parità sia al momento in cui preparano le offerte sia al momento in cui queste vengono valutate dall'amministrazione aggiudicatrice e, in questi termini, detto principio e detto obbligo «costituiscono la base delle norme dell'Unione relative ai procedimenti di aggiudicazione degli appalti pubblici» (§ 37).

- 16.1. Il principio di parità di trattamento tra gli offerenti, che discende dalle libertà fondamentali del Trattato e che ha lo scopo di favorire lo sviluppo di una concorrenza sana ed effettiva tra le imprese che partecipano ad un appalto pubblico, impone che tutti gli offerenti dispongano delle stesse opportunità nella formulazione dei termini delle loro offerte e implica quindi che queste siano soggette alle medesime condizioni per tutti i concorrenti.

- 16.2. Né l'argomento valorizzato dalle difese delle appellanti, nel senso che l'eventuale modifica soggettiva del raggruppamento mediante addizione avverrebbe pur sempre lasciando immutata l'offerta già presentata in gara, il che renderebbe non pertinente il richiamo alla concorrenza e alla trasparenza, è persuasivo. La tesi sembra considerare infatti unicamente le procedure aperte o ristrette, ossia quelle modalità di scelta del contraente che autorevole dottrina definiva già nei primi anni '70 del secolo scorso come (modi) "di tipo meccanico", dove la parte privata non partecipa alla formazione del contenuto contrattuale e dove l'offerta, una volta presentata, è destinata a rimanere immutata (tutt'al più potrà essere "giustificata" in sede di verifica sull'anomalia). Senonché il sistema conosce da sempre anche modi (di scelta) "di tipo negoziato", nei quali la parte privata partecipa invece attivamente alla formazione del contenuto contrattuale e comunque ne discute con l'amministrazione contrattante, modalità che ricevono negli ultimi tempi un forte impulso nel diritto europeo, come dimostrano, ad esempio, la procedura competitiva con negoziazione, il dialogo competitivo, i partenariati per l'innovazione. Sono modalità, tra loro differenti, ma accomunate dall'elemento della negoziazione e dove è fisiologico che le offerte iniziali siano modificate nel corso della procedura (cfr. art. 29.5 e 30.6 della Direttiva 24/2014/UE), il che esclude, almeno in tali casi, il preteso carattere neutro ai fini della parità di trattamento di un'eventuale sostituzione e rende necessario riaffermare piuttosto l'immodificabilità ovvero l'identità del soggetto che ha presentato l'offerta iniziale con quello che formula l'offerta finale.

- 17. Questa stessa Adunanza, con la sentenza n. 8 del 4 maggio 2012, ha già chiarito da tempo che il principio di immutabilità soggettiva persegue lo scopo di consentire alla stazione appaltante di verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara e, di conseguenza, «precludere modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli, in grado di impedire le suddette verifiche preliminari» ovvero che «tale verifica venga vanificata», sicché le uniche modifiche soggettive elusive del dettato normativo sono quelle che portano all'aggiunta delle imprese partecipanti, non già alla loro riduzione (c.d. modifica per sottrazione) o al recesso di una partecipante, laddove, però, la modifica della compagine in senso riduttivo avvenga per esigenze proprie del raggruppamento o del consorzio, **non già per evitare la sanzione dell'esclusione dalla procedura di gara per difetto dei requisiti in capo ad un componente.**

- 18. La procedura di gara assume il carattere di strumento di scelta non solo dell'offerta migliore, ma anche del contraente più affidabile, come è stato acutamente notato in dottrina, e il principio di immodificabilità soggettiva risponde ad esigenze di sicurezza giuridica per la stazione appaltante durante l'iter di formazione e di esecuzione del contratto, oltre che al principio di concorrenza, di sicuro rilievo europeo, garantendosi così il primato giuridico della gara, la massima partecipazione, il principio di personalità del contratto, quale "specchio fedele" della gara stessa, come si è detto, e della sua tendenziale incedibilità, ammessa solo a determinate condizioni dalla legge (v., più in generale, l'art. 106, comma 1, lett. d), n. 2 del d. lgs. n. 50 del 2016).

Le deroghe, tassativamente previste, devono trovare un solido fondamento normativo, a livello europeo e nazionale, e rispondere anzitutto, seppur non solo, ad un preciso interesse pubblico, che giustifichi la deroga alla riapertura dell'appalto alla concorrenza per il venir meno della identità giuridica tra soggetto che ha formulato la proposta, che si aggiudica la gara e che esegue il contratto.

Ebbene, quanto meno per la fase della gara, un simile fondamento, a livello europeo, non è dato rinvenire, non al punto da consentire la modifica del raggruppamento temporaneo d'impresе con l'addizione di un soggetto esterno. In assenza di un tale fondamento, e al cospetto di una regola generale risalente di segno inverso di cui si è già detto, si impone quindi un'interpretazione comunitariamente orientata, ovvero conforme, della disposizione nazionale di cui al comma 19 ter dell'art. 48, privilegiando tra tutti i significati possibili quello che appare maggiormente conforme ai principi del Trattato e alle finalità della direttive in materia, nel senso che deve ritenersi consentita in sede di gara, per tutte le ragioni vedute, solo una modifica della composizione del raggruppamento c.d. per sottrazione ovvero per riduzione, la sola coerente con i principi di parità di trattamento e di concorrenza.

- Sul piano procedurale, l'evento che conduce alla sostituzione 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 proceduralizzata 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.
- 19. È alla luce di queste considerazioni, dunque, che deve ora fornirsi risposta al quarto quesito, **escludendo la sostituzione esterna per la figura della mandante, come anche logicamente per quella della mandataria.**

Principio da AP 9 2021

- l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter, del d. lgs. n. 50 del 2016, nella formulazione attuale, consente la sostituzione, nella fase di gara, del mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese, che abbia presentato domanda di concordato in bianco o con riserva a norma dell'art. 161, comma 6, l. fall, e non sia stata utilmente autorizzato dal tribunale fallimentare a partecipare a tale gara, solo se tale sostituzione possa realizzarsi attraverso la mera estromissione del mandante, senza quindi che sia consentita l'aggiunta di un soggetto esterno al raggruppamento; l'evento che conduce alla sostituzione 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 proceduralizzata 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.

AP 10 2021 (da CGA 37/2021)

- 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 proceduralizzata 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.

Motivazione AP 10/2021 (Spec.da punto 33.1)

- 22. La questione centrale del presente giudizio, devoluta alla cognizione di questa Adunanza plenaria, **concerne la 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).**
- 22.1. Occorre ricordare che il principio regolatore della materia, la tendenziale immodificabilità soggettiva dell'operatore economico partecipante alla gara in forma di raggruppamento temporaneo di imprese, è sancito in modo espresso dall'art. 48, comma 9, del d. lgs. n. 50 del 2016, il vigente codice dei contratti pubblici, 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.

- 22.2. Il c.d. correttivo al codice dei contratti pubblici, di cui al d. lgs. n. 57 del 2016, ha in parte ritoccato la disciplina originaria dell'art. 48 del codice dei contratti pubblici, estendendo 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; **permettendo, 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; vietando, 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.**
- 22.2. 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 di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione del mandatario ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'art. 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, 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.

- 22.3. Il successivo comma 18, ancora, prevede che, salvo quanto previsto dall'art. 110, comma 5, in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione di uno dei mandanti ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'art. 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, 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.
- 22.4. 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.
- 22.5. 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.

- 22.6. 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.
- 22.7 La questione posta dal Consiglio di Giustizia attiene, specificamente, proprio all'estensione, ora introdotta dal comma 19-*ter*, di queste 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.

- 23. Le disposizioni appena menzionate, che consentono nella fase dell'esecuzione del contratto la modificabilità soggettiva del raggruppamento solo in tassative, eccezionali, ipotesi, ora estese anche alla fase pubblicistica di gara, rispondono ad una duplice esigenza, fortemente avvertita sia a livello nazionale che, come si dirà, a livello europeo, 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, e dall'altro all'esigenza 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.

- 23.1. In questa prospettiva l'aggiunzione di soggetti esterni all'originaria composizione del raggruppamento, che ha presentato la propria offerta con una determinata composizione soggettiva, costituisce un *vulnus* non solo al fondamentale interesse pubblico alla trasparenza e, dunque, al buon andamento della pubblica amministrazione, dovendo l'*iter* della gara svolgersi secondo determinate e non alterabili – salvo deroghe espressamente consentite – scansioni procedurali che consentano la previa verifica dei requisiti in capo ai concorrenti che hanno presentato le offerte e, poi, la valutazione delle offerte nell'interesse pubblico all'aggiudicazione al miglior offerente, ma anche un *vulnus* al principio di parità di trattamento tra le imprese interessate all'aggiudicazione e, dunque, al valore primario della concorrenza nel suo corretto esplicarsi.
- 23.2. 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, in ragione di eventi imprevedibili tassativamente definiti del legislatore, che abbiano colpito taluno degli originari componenti, eventi che costituiscono all'evidenza eccezioni, di stretta interpretazione, al principio di immutabilità soggettiva.

- 23.3. 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** (v., sul punto, Cons. St., sez. V, 28 gennaio 2021, n. 833, Cons. St., sez. V, 27 agosto 2020, n. 5255 nonché l'ANAC nella delibera n. 555 del 12 giugno 2011 su istanza di parere precontenzioso ai sensi dell'art. 211, comma 1, del d. lgs. n. 50 del 2016) – **possa giustificare la modifica soggettiva, ma sempre e solo interna al raggruppamento** perché, diversamente, la fase dell'esecuzione presterebbe il fianco *ex post* all'aggiramento delle regole della trasparenza e della concorrenza, che presiedono alla fase della scelta del contraente, con l'inserzione postuma di soggetti esterni che nemmeno hanno preso parte alla gara e si troverebbero ad essere contraenti della pubblica amministrazione.

- 23.4. Questa Adunanza plenaria, di recente, ha chiarito che anche la fase esecutiva del contratto pubblico non è una “terra di nessuno”, indifferente all’interesse pubblico e a quello privato degli altri operatori che hanno preso parte alla gara, e che *«l’attuazione in concreto dell’offerta risultata migliore, all’esito della gara, e l’adempimento delle connesse prestazioni dell’appaltatore o del concessionario devono [...] essere lo specchio fedele di quanto risultato all’esito di un corretto confronto in sede di gara, perché altrimenti sarebbe facile aggirare in sede di esecuzione proprio le regole del buon andamento, della trasparenza e, non da ultimo, della concorrenza, formalmente seguite nella fase pubblicitica anteriore e prodromica all’aggiudicazione»* (Ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10).

- 24. Nella stessa concomitante direzione muove il diritto europeo dei contratti e, da ultimo, anche la Direttiva n. 24/2014/UE, laddove, nel *Considerando* n. 110, già ricordato dallo stesso Collegio rimettente, precisa che «*in linea con i principi di parità di trattamento e di trasparenza, l'aggiudicatario non dovrebbe essere sostituito da un altro operatore economico, ad esempio in caso di cessazione dell'appalto a motivo di carenze nell'esecuzione, senza riaprire l'appalto alla concorrenza*» e «*tuttavia, in corso d'esecuzione del contratto, in particolare qualora sia stato aggiudicato a più di un'impresa, l'aggiudicatario dell'appalto dovrebbe poter subire talune modifiche strutturali dovute, ad esempio, a riorganizzazioni puramente interne, incorporazioni, fusioni e acquisizioni oppure insolvenza*», sicché «*tali modifiche strutturali non dovrebbero automaticamente richiedere nuove procedure di appalto per tutti gli appalti pubblici eseguiti da tale offerente*».

- 25. 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'addizione 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, con una diversa distribuzione di diversi compiti e ruoli (tra mandante e mandataria o tra i soli mandanti), in modo da garantire l'esecuzione dell'appalto anche prescindendo dall'apporto del componente del raggruppamento ormai impossibilitato ad eseguire le prestazioni o, addirittura, non più esistente nel mondo giuridico (perché, ad esempio, incorporato od estinto).
- 26. È chiaro che 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 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.

- 27. Le stesse regole impongono *a fortiori*, per coerenza logica, che nella stessa procedura di gara il soggetto che ha preso parte alla gara, presentando l'offerta, non sia diverso da quello che viene valutato dalla stazione appaltante e, infine, si aggiudica la gara, non essendo ammissibile, evidentemente, che proprio la fase pubblicitaria, deputata alla scelta del miglior offerente, sia quella in cui attraverso la modifica soggettiva e l'addizione di un soggetto esterno alla gara si aggiri il principio della concorrenza e si ammetta in corso di gara un soggetto diverso da quello che ha presentato l'offerta.

- 28.2. La deroga al principio di immutabilità soggettiva dell'offerente, dunque, deve trovare un espresso e chiaro fondamento nel diritto dell'Unione, non potendo essa giustificarsi a livello sistematico, come sembra supporre il Collegio rimettente, nel richiamo al diverso istituto dell'avvalimento e all'eventuale sostituzione dell'impresa ausiliaria, trattandosi di istituti intesi a favorire il principio della massima partecipazione alla gara, a condizioni paritarie e trasparenti tra tutti i concorrenti, non già 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, come questa Adunanza plenaria ha da ultimo ricordato nella sentenza n. 5 del 18 marzo 2021.
- 29. In questa prospettiva, dunque, occorre qui ribadire che i contratti di diritto pubblico poggiano sul principio della personalità, in virtù del fatto che derivano da una procedura concorsuale che mira, da un lato, a premiare l'offerta migliore e, dall'altro, a tutelare l'interesse pubblico alla qualificazione tecnica, organizzativa, economica e morale delle imprese concorrenti.

- 29.3. Se questa è l'impostazione di partenza, con la duplice declinazione del principio appena ricordata (nella prospettiva sia della stazione appaltante che degli altri concorrenti), **si tratta in questo giudizio 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.**

- 29.4. 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, privilegiando la continuità ovvero la prosecuzione del rapporto contrattuale come anche della partecipazione alla procedura di gara, e in nome di questa continuità consenta ora, come afferma il giudice rimettente, la modifica del raggruppamento anche per addizione.
- 29.5. Eppure, in un *intervento più recente, extracodicistico* (con l'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, almeno nelle intenzioni volto ad assicurare ancora di più (del codice) la *sollecita esecuzione dei contratti pubblici, sempre il legislatore è sembrato invece circoscrivere l'orizzonte della modifica limitando l'avvicendamento solo (se realizzato) «con altra impresa del raggruppamento designato»*.
- 29.6. E se questo ha ritenuto di fare (o riaffermare) nella fase dell'esecuzione, a maggior ragione parrebbe logico doversi escludere che abbia voluto ammettere una **modifica additiva nella fase della gara, dove il profilo del rispetto della concorrenza è più acuto.**

- 30. La procedura di gara assume il carattere di strumento di scelta non solo dell'offerta migliore, ma anche del contraente più affidabile, come è stato acutamente notato in dottrina, e il principio di tendenziale immodificabilità soggettiva risponde ad esigenze di sicurezza giuridica per la stazione appaltante, durante l'*iter* di formazione e di esecuzione del contratto, oltre che al principio di concorrenza, di sicuro rilievo europeo, garantendosi così il primato giuridico della gara, la massima partecipazione, il principio di personalità del contratto, quale "*specchio fedele*" della gara stessa, come si è detto, e della sua tendenziale incedibilità, ammessa solo a determinate condizioni dalla legge (v., più in generale, il già richiamato art. 106, comma 1, lett. d), n. 2 del d. lgs. n. 50 del 2016).
- 31. Le deroghe, tassativamente previste, devono trovare un solido fondamento normativo, a livello europeo e nazionale, e rispondere anzitutto, seppur non solo, ad un preciso interesse pubblico (come è ad esempio e tradizionalmente, nella fase esecutiva, per la prosecuzione del rapporto contrattuale già avviato), che giustifichi la deroga alla riapertura dell'appalto alla concorrenza per il venir meno della identità giuridica tra il soggetto che ha formulato la proposta, il soggetto che si aggiudica la gara e il soggetto che esegue il contratto.

- 32. La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, dunque, è ferma nell'escludere la modifica del raggruppamento con l'aggiunta di un soggetto esterno, essendo consentita in sede di gara, per tutte le ragioni vedute, 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.
- 33. È alla luce di queste considerazioni, dunque, che deve ora fornirsi risposta ai quesiti posti dalla sentenza non definitiva n. 37 del 2021.

Continua – Soluzioni su AP 10 2021

- 33.1. La sostituzione esterna non è consentita né per la figura della mandataria né per quella della mandante e, in senso contrario, non assume alcun rilievo sul piano letterale né deve trarre in errore la diversa formulazione del comma 17 al rispetto al comma 18 dell'art. 48 del codice dei contratti pubblici, perché il riferimento del comma 18 all'operatore economico "subentrante" non allude certo all'ingresso nel raggruppamento di soggetto esterno, ma semplicemente 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».

- 33.2. 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.
- 33.3. 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), **essendo 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.**

- 33.4. Altrimenti, non sussistendo tali condizioni, così come ancora prevede l'ultimo periodo del comma 17 novellato dal d. lgs. n. 56 del 2017, la *«stazione appaltante deve recedere dal contratto»*.
- 33.5. Disposizione ancor più rigorosa, va solo qui ricordato 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.

- 34. Le disposizioni dell'art. 48 del d. lgs. n. 50 del 2016 non intendono certo “sanzionare” gli altri incolpevoli partecipanti al raggruppamento, che non abbiano alcuna responsabilità nell'evento che ha colpito la mandataria o la mandante, né 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, ma semplicemente 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.
- 34.1. È semmai l'aggiunta di un soggetto esterno all'originario raggruppamento a ledere non solo l'interesse pubblico al corretto svolgimento della gara e alla trasparenza nell'esecuzione del contratto aggiudicato al contraente più affidabile, ma anche lo stesso interesse alla concorrenza, tutelato dall'art. 41 Cost., degli altri partecipanti alla gara, che devono concorrere a parità di condizioni con soggetti che, tendenzialmente, abbiano preso parte a tutte le sue fasi a tutela della trasparenza e, insieme, della concorrenza stessa

- 34.2. Rispetto a questi interessi, ben delineati dalla Corte di Giustizia nella propria giurisprudenza e dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 85 del 2020, l'interesse del raggruppamento è senz'altro recessivo e non può prevalere per un malinteso senso della concorrenza che, paradossalmente, produrrebbe effetti anticoncorrenziali a livello più generale.
- 35. Né può accogliersi l'interpretazione riduttiva delle disposizioni qui in esame, proposta dalla sentenza n. 37 del 2021, laddove afferma che la loro applicabilità nel senso suggerito della sostituzione esterna presupporrebbe che il raggruppamento abbia tutti i requisiti di partecipazione al momento in cui scade il termine per presentare l'offerta e ne perda uno o alcuni in corso di gara, perché, in questo modo, il divieto di sostituzione opererebbe, in contrasto con la portata generale del principio di immodificabilità, solo per l'ipotesi di carenze soggettive esistenti al momento in cui è stata presentata l'offerta, più o meno maliziosamente taciute, e non già per eventi sopravvenuti in corso di gara: il senso stesso del principio è, invece, proprio quello di garantire che tendenzialmente sia lo stesso soggetto che ha presentato l'offerta ad aggiudicarsi la gara e ad eseguire il contratto, senza eludere i controlli e le verifiche a monte mediante la successiva inserzione di soggetti esterni al raggruppamento per eventi intervenuti proprio in corso di gara, ipotesi, questa, ben più frequente della carenza *ab origine* dei requisiti nel momento in cui l'offerta viene presentata.

- **36. E 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 (v., sul punto, le già richiamate pronunce di Cons. St., sez. V, 28 gennaio 2021, n. 833, Cons. St., sez. V, 27 agosto 2020, n. 5255 nonché l'ANAC nella delibera n. 555 del 12 giugno 2011 su istanza di parere precontenzioso ai sensi dell'art. 211, comma 1, del d. lgs. n. 50 del 2016).**

Consorzi Coop e stabili – art. 48 comma 7bis

- È consentito, per le ragioni indicate ai successivi commi 17, 18 e 19 o per fatti o atti sopravvenuti, ai soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), designare ai fini dell'esecuzione dei lavori o dei servizi, un'impresa consorziata diversa da quella indicata in sede di gara, a condizione che la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere in tale sede la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata.
- 19-bis. Le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche con riferimento ai soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b), c) ed e).

Appalti di servizi – Tema della corrispondenza delle quote di qualificazione e di esecuzione

- CDS IV 39/2021
- Nel recente precedente di questo Consiglio (Cons. Stato, sez. III, 21 gennaio 2019 n. 491), menzionato anche dal Giudice di prime cure, si è avuto modo di puntualizzare, testualmente, che:
 - a) Il vecchio codice dei contratti pubblici richiedeva in origine una triplice corrispondenza tra quota di partecipazione, quota di esecuzione e requisito di qualificazione. Infatti, l'art. 37, comma 13, d.lgs. 163 del 2006, vigente *ratione temporis*, prevedeva che “i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento”;
 - b) successivamente, la triplice corrispondenza è stata limitata agli appalti di lavori (dall'art. 1, comma 2-bis, lettera a), del d.l. 95/2012, conv. in legge 135/2012, che ha inserito all'art. 37, comma 13, l'incipit specificativo “Nel caso di lavori”), per poi essere definitivamente superata dall'art. 12, comma 8, del d.l. 47/2014, conv. in Legge 80/2014, che ha abrogato il comma 13;
- segue

- c) in vigenza del vecchio codice, l'Adunanza Plenaria è stata chiamata a pronunciarsi sulla questione se gli artt. 37, 41 e 42 del d.lgs. 163/2006, nella formulazione antecedente alla novella di cui alla legge n. 135/2012, prevedessero, anche per gli appalti di servizi, l'applicazione del principio di corrispondenza fra quota di capacità e quota di esecuzione della prestazione, a prescindere dalle espresse previsioni della lex specialis. Ed ha affermato che, in detto contesto normativo, negli appalti di servizi da affidarsi a raggruppamenti temporanei di imprese la legge non prevede più **“l'obbligo della corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione, fermo restando, però, che ciascuna impresa va qualificata per la parte di prestazioni che s'impegna ad eseguire, nel rispetto delle speciali prescrizioni e modalità contenute nella normativa di gara”** (cfr. Cons. Stato, Ad. pl., 28 agosto 2014 n. 27).
- d) **“dopo l'intervento dell'Adunanza Plenaria n. 27/2014 non può dubitarsi che negli appalti di servizi e forniture “non vige ex lege il principio di necessaria corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa e la quota della prestazione di rispettiva pertinenza, essendo la relativa disciplina rimessa alle disposizioni della lex specialis della gara...”**. Ne è stata tratta la conclusione che, **“non essendo richiesta dalla lex specialis la corrispondenza tra le quote di qualificazione e quelle di esecuzione (in quanto i requisiti di capacità tecnica erano previsti per l'intero raggruppamento, senza alcuna distinzione in relazione ai componenti), “in mancanza di una specifica previsione eterointegrativa, non poteva disporsi l'esclusione della concorrente”** (cfr. Cons. Stato, III, n. 6471/2018, concernente un appalto di servizi di custodia e digitalizzazione delle cartelle cliniche; e n. 4336/2017, concernente un appalto per l'acquisizione di un sistema informativo per i servizi trasfusionali)”.

La «cooptazione» di operatori economici

- Art. 92 c. 5 DPR n. 207/2020
- 5. Se il singolo concorrente o i concorrenti che intendano riunirsi in raggruppamento temporaneo hanno i requisiti di cui al presente articolo, possono raggruppare altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando, a condizione che:
 - - i lavori eseguiti da queste ultime non superino il venti per cento dell'importo complessivo dei lavori
 - - e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna sia almeno pari all'importo dei lavori che saranno ad essa affidati.

Cds V 1327/2014

- le imprese cooptate:
 - - non possono acquistare lo status di contraente,
 - - non possono acquistare alcuna quota di partecipazione all'appalto,
 - - non possono rivestire la posizione di offerente prima e di contraente dopo,
 - - non possono prestare garanzie,
 - - non possono in alcun modo subappaltare o dichiarare di affidare a terzi una quota dei lavori, perché non ne sono titolari e perché per definizione sono prive della attestazione SOA.
- L'istituto della c.d. cooptazione è, infatti, preordinato a consentire che imprese minori siano associate ad imprese maggiori e che, in questo modo, le prime maturino capacità tecniche diverse rispetto a quelle già possedute, facendo comunque salvo l'interesse della Stazione appaltante attraverso l'imposizione della qualificazione dell'intero valore dell'appalto da parte delle seconde e cioè delle imprese che associano.

Consiglio di Stato sez. V, 21/06/2017, n.3036

- è un istituto di carattere speciale che abilita un soggetto, privo dei prescritti requisiti di qualificazione (e, dunque, di Il ricorso alla cooptazione, alla luce del carattere eccezionale e derogatorio dell'istituto **deve, inoltre, necessariamente scaturire da una dichiarazione espressa ed inequivoca del concorrente, per evitare che un uso improprio della stessa consenta l'elusione della disciplina inderogabile in tema di qualificazione e di partecipazione alle procedure di evidenza pubblica"**.
- Pertanto, deve escludersi la figura della cooptazione **laddove la società asseritamente cooptata abbia tenuto un comportamento tale da manifestare "la volontà, oltre che di eseguire lavori, anche di impegnarsi direttamente nei confronti della Amministrazione appaltante al pari di una sostanziale associata"** (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, sez. IV, 3 luglio 2014, n. 3344).
- Nel caso in oggetto, tuttavia, **benché la Marav s.r.l. abbia sottoscritto tutti gli atti della procedura, risulta sempre in modo inequivoco il ruolo dalla stessa assunto di società "cooptata"** (così, espressamente, nella dichiarazione di impegno ATI di tipo cooptata, nella dichiarazione di nomina dei progettisti, nella dichiarazione esplicativa delle condizioni di vantaggio competitivo, nell'offerta economica, nell'offerta tempo), con la conseguenza che alcun dubbio può riconnettersi al ruolo svolto da quest'ultima.

Tar Campania, Napoli, I, 3209/2015

- Secondo consolidata giurisprudenza amministrativa (ex multis, Consiglio di Stato, Sez. V, 27 agosto 2013 n. 4278), la cooptazione è un istituto di carattere speciale che abilita un soggetto, privo dei prescritti requisiti di qualificazione (e, dunque, di partecipazione), alla sola esecuzione dei lavori nei limiti del 20%, in deroga alla disciplina vigente in tema di qualificazione SOA, sempreché abbia la categoria e la classifica corrispondente alla propria quota di lavori, per cui il soggetto cooptato:
 - - non può acquistare alcuna quota di partecipazione all'appalto,
 - - non può rivestire la posizione di offerente (prima) e di contraente (poi),
 - - non può prestare garanzie, al pari di un concorrente o di un contraente,
 - - non può subappaltare o affidare a terzi una quota dei lavori da eseguire.
- Posto che carattere indefettibile dell'istituto della cooptazione è la non indispensabilità della presenza dell'impresa cooptata, essendo espressamente presupposta la sussistenza dei requisiti di partecipazione in capo ai concorrenti, singoli o associati, occorre chiedersi se il rapporto che lega impresa concorrente ed impresa cooptata:
 - - sia di mero tipo collaborativo, collocandosi quest'ultima all'esterno del vincolo associativo di partecipazione,
 - - ovvero se si sia comunque in presenza di un fenomeno di tipo associativo, sebbene avente caratteristiche speciali.

segue

- **La prima soluzione**, che implica l'assoluta distinzione ontologica tra associazione e cooptazione, è giustificata in base al tenore letterale della citata norma regolamentare che riconosce la qualità di concorrenti alle sole imprese cooptanti: l'idea è condivisa da un orientamento secondo cui la cooptazione opera solo nella fase di esecuzione del contratto e deve fondarsi su una dichiarazione espressa ed inequivoca del concorrente al fine di non eludere la disciplina inderogabile in tema di qualificazione e partecipazione alle procedure di evidenza pubblica. L'istituto è finalizzato a far entrare nel sistema degli appalti pubblici imprese di modeste dimensioni, che non potrebbero altrimenti partecipare per mancanza dei requisiti prescritti, ma senza commistioni con l'ordinaria configurazione delle associazioni temporanee di imprese (orizzontali o verticali), da cui la cooptazione stessa deve distinguersi per espressa dichiarazione, risultante dalla domanda di partecipazione alla gara
- In tale situazione, detta impresa cooptata non sarebbe chiamata ad assumere alcun diretto obbligo con la stazione appaltante, essendo già gli altri concorrenti, singoli o associati, in possesso dei necessari requisiti di partecipazione e in grado di effettuare le prestazioni oggetto di gara (Consiglio di Stato, Sez. VI, 13 gennaio 2012 n. 115).

- **Secondo altro orientamento**, invece, la cooptazione, pur con le sue particolari caratteristiche, rappresenta una speciale tipologia di aggregazione che rientra nel genere dell'associazione temporanea, soggetta all'art. 37 (Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di concorrenti) del codice dei contratti pubblici (Consiglio di Stato, Sez. VI, 14 novembre 2012 n. 5749).
- Secondo tale indirizzo, la c.d. "associazione per cooptazione" costituisce pur sempre, dal punto di vista strutturale e formale, una peculiare figura di associazione temporanea d'impresa: in tal senso deporrebbe la stessa formulazione dell'art. 92 che, con la locuzione "raggruppare altre imprese" delinea una vicenda di tipo associativo, che si perfeziona fin dal momento della presentazione dell'offerta, rispetto alla quale non può ritenersi che l'impresa cooptata rimanga estranea alla stregua di un'impresa subappaltatrice (cfr. anche T.A.R. Puglia, Bari, 25 ottobre 2012 n. 1812).

- Va evidenziato che i caratteri di specialità dell'associazione per cooptazione rispetto al tipo generale di cui all'art. 37 del D.Lgs. n. 163/2006 consistono nell'esigenza che l'impresa cooptata sia qualificata per categorie e classifiche diverse da quelle richieste dal bando, essendo questo un corollario della sua facoltatività, e che per i lavori ad essa affidati, che non possono superare il 20% dell'importo complessivo dell'appalto, quest'ultima possieda interamente i requisiti speciali necessari.
- **La sua qualità di componente, sebbene non necessaria, nell'ambito dell'associazione temporanea impone all'impresa cooptata il possesso dei requisiti generali di partecipazione di cui all'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, nonché di quelli speciali, nei limiti di cui all'art. 92, quinto comma del D.P.R. n. 207/2010.**

Cds V n. 5287/2018

Rileva, in tal senso, l'indicazione contenuta nella "domanda di partecipazione e dichiarazione di impegno in caso di raggruppamento temporaneo di imprese non ancora costituito", le imprese associate, nel dichiarare la loro posizione, si presentano la Impec costruzioni s.p.a. come "Impresa capogruppo mandataria di costituenda Ati" e la Cosma s.r.l., come "cooptata di costituenda A.t.i."

Allo stesso modo, nel modello contenente l'offerta economica, le imprese concorrenti si presentano con la medesima qualificazione e, dunque, la Cosma s.r.l., ancora una volta, come "cooptata di costituenda A.t.i."

La formula denominatoria utilizzata è idonea a rendere la stazione appaltante edotta della scelta di partecipare alla procedura di gara nella forma dell'associazione di imprese composta da una capogruppo e da una impresa cooptata.

Tale modello associativo è, peraltro, pienamente confermato dalla dichiarazione di Cosma s.r.l. di impegnarsi all'esecuzione dell'opera nella misura del 20%.

- La volontà espressa con le predette dichiarazioni non è equivoca né ambigua e **la sottoscrizione degli atti della procedura – la domanda di partecipazione, l’offerta economica, la garanzia provvisoria – unitamente alla capogruppo, non dovuta per la cooptata, non vale a renderla incerta.**
- In tal senso, del resto, si è recentemente espressa questa quinta sezione del Consiglio di Stato, nella sentenza 21 giugno 2017, n. 3036 in relazione ad un caso analogo, **in cui la sottoscrizione da parte della impresa cooptata di tutti gli atti della procedura è stata ritenuta non rilevante a fronte di una chiara manifestazione di volontà di ricorrere alla cooptazione espressa dall’impresa cooptata.**
- 4.3. Per le esposte considerazioni sono irrilevanti i motivi per i quali Cosma s.r.l. ha ritenuto necessario sottoscrivere la domanda di partecipazione, l’offerta economica e la garanzia provvisoria, se per adeguarsi alla prescrizione dell’art. 15 del disciplinare come ribadito dalla difesa della stazione appaltante anche nel presente grado del giudizio ovvero per fini meramente cautelativi, poiché, in ogni caso risulta l’univoca dichiarazione di partecipare alla procedura quale impresa cooptata della Impec costruzioni s.p.a., che vale ad escludere ogni intento di assumere la posizione di concorrente nei confronti della stazione appaltante. Lo dimostra, peraltro, il fatto che, anche nella sottoscrizione degli atti della procedura, Cosma s.r.l. ha dichiarato di agire quale “cooptata di costituenda ATI”.

Imprese cooptate e requisiti di ordine generale

ANAC AG 27 – 10 22/07/2010

non emerge, né dal testo normativo, né da altri elementi di natura interpretativa, che la deroga riguardi anche il possesso dei requisiti c.d. generali di cui all'art. 38 del d.Lgs. 163/06, il quale si riferisce indistintamente a tutti "i soggetti" per quali prevede – fra l'altro – come causa di esclusione "l'aver commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali ...".

Tale interpretazione è necessaria conseguenza peraltro da quanto specificamente indicato dall'art. 95 co. 4 del d.P.R. 554/99, ai sensi del quale, affinché un'impresa possa acquisire lo status di cooptata occorre necessariamente che si tratti di impresa qualificata, ai sensi dell'art. 40 del d.Lgs. 163/06. La qualificazione che, come è noto, presuppone, fra l'altro, ex art. 40, co. 3, lett. b), il possesso dei requisiti di carattere generale, tra i quali vi è senza dubbio la regolarità della situazione contributiva previdenziale ed assistenziale, accertata tramite il certificato DURC.

laddove la cooptata non sia possesso dei requisiti di carattere generale questa non possa legittimamente partecipare alla procedura.

Alla luce di quanto sopra, si deve pertanto rilevare come la circostanza che all'impresa c.d. cooptata sia riferibile un certificato DURC da cui emerga una situazione di irregolarità contributiva assistenziale e/o previdenziale, dovrebbe, laddove ne venga definitivamente accertata la gravità nonché la rilevanza ai sensi dell'art. 38 del d.Lgs. 163/06, determinare l'integrazione della causa di esclusione dalla procedura de qua sopra citata per l'ATI.

- TRGA BZ 354/2016
- Il Collegio ritiene che la prescrizione contenuta nel punto 5.3, numero 1.4, lett.c), del bando integrale di gara si ponga in aperto contrasto con il citato art. 92, comma 5, del D.P.R. n. 207 del 2010 e con il carattere e la disciplina dell'istituto come sopra descritto.
- Invero, la clausola citata impone alle imprese cooptate di partecipare alla gara "nel rispetto delle modalità richieste alle imprese che compongono un raggruppamento...", cioè richiede a dette imprese di presentare e sottoscrivere tutta la documentazione amministrativa, quella a corredo e quella relativa ai requisiti generali, al pari delle imprese che formano il raggruppamento temporaneo, "con la sola eventuale eccezione...dell'intestazione della cauzione", costringendo le imprese cooptate a rivestire la parte di offerente (essendo tenute a sottoscrivere la domanda di ammissione e l'offerta), assumendo la veste di partecipanti al raggruppamento temporaneo.

- In altre parole, mentre il comma 5 del citato art. 92, impone alle imprese cooptanti il solo obbligo della qualificazione nella misura pari all'importo dei lavori che saranno loro affidati e il solo limite percentuale delle opere da eseguire, alla luce del carattere derogatorio dell'istituto, **il bando impugnato costringe, invece, le imprese cooptate a dimostrare l'esistenza dei requisiti generali (non richiesti dal citato comma 5 dell'art. 92)**, ingenerando così confusione tra la figura dell'impresa cooptata e quella di impresa facente parte del raggruppamento temporaneo ai sensi dei commi 2 e 3 dello stesso art. 92. Come già sottolineato, il raggruppamento temporaneo e la cooptazione sono due istituti diversi per chiara volontà del legislatore: al raggruppamento cooptante viene richiesto di possedere tutti i requisiti per partecipare alla gara, mentre all'impresa cooptante solo i requisiti di qualificazione "anche per categorie e importi diversi da quelli richiesti nel bando". Non è perciò consentito effettuare una commistione tra i due istituti: se, come nel caso in esame, il bando richiede anche all'impresa cooptata di sottoscrivere gli atti di gara, non si comprende infatti che differenza ci sia tra un'impresa mandante e un'impresa cooptata.

- Il legislatore, definendo “concorrente” solo l’impresa singola o in raggruppamento temporaneo intende distinguere chiaramente il ruolo dell’impresa mandante da quello dell’impresa cooptata. Per quest’ultima impresa il legislatore ha riservato un ruolo nella sola fase esecutiva della gara, coerentemente con la finalità dell’istituto, al di fuori del vincolo associativo di partecipazione.
- Contrariamente a quanto affermato dalla ricorrente, **l’obbligo di dimostrare il possesso dei requisiti di ordine generale di cui all’art. 38 del D.P.R. n. 163 del 2006 non può essere legittimamente esteso dal bando anche alle imprese cooptate, perché in aperto contrasto con l’art. 92, comma 5, dello stesso decreto, che è norma di carattere eccezionale, come più volte sottolineato** (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 6 maggio 2013, n. 2449 e Sez. III, 14 novembre 2012, n. 5758).
- La richiesta all’impresa cooptata di dimostrare il possesso di requisiti diversi da quelli prescritti dal comma 5 dell’art. 92 contrasta con il disposto e con la ratio della norma, fino a vanificarne la portata, posto che si traduce nella richiesta di requisiti che debbono essere posseduti dall’impresa mandataria e dalle imprese mandanti di un raggruppamento temporaneo orizzontale.

Il comma 11 dell'art. 48 Dlgs. n. 50/2016

- 11. In caso di procedure ristrette o negoziate (*ANAC 569 2020 anche sotto soglia*), ovvero di dialogo competitivo, l'operatore economico invitato individualmente, o il candidato ammesso individualmente nella procedura di dialogo competitivo, ha la facoltà di presentare offerta o di trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti.

Tar Lz 12084/2020

- Ritiene il Collegio che la precisazione resa dalla Stazione Appaltante con il chiarimento in esame avesse riguardo all'impossibilità per i soggetti prequalificati di aggregare i soggetti estranei alla fase di ammissione, apertura che avrebbe determinato un aggravio procedimentale, imponendo la necessità di una verifica ex novo dei requisiti di ammissione; **a una tale conclusione conduce il disposto dell'art. 48, comma 11, che va coordinato con l'art. 61, comma 3, del Codice dei contratti, il quale consente ai soli prequalificati di prendere parte alla gara; per converso, era da ritenere ammissibile la riunione in ATI di imprese prequalificatesi separatamente, non vigendo alcun espresso divieto in tal senso.**
- Viceversa, la tesi attorea secondo la quale il chiarimento in esame avrebbe avuto l'effetto di impedire tout court l'aggregazione di operatori **economici prequalificati come concorrenti singoli, si pone in contrasto con la disciplina di riferimento richiamata, nonché con gli orientamenti dei giudici europei, che si esprimono in senso confermativo della legittimità dell'aggregazione fra prequalificati, osservando come in tal caso i concorrenti invitati si pongano in continuità con le operazioni preselettive già svolte, rispettando l'identità giuridica e sostanziale tra gli operatori prequalificati** (Corte di giustizia UE, sezione V, 11 luglio 2019, C-697/17, Telecom Italia s.p.a.) **e dei giudici nazionali** (Tar Puglia, Lecce, Sez. III, 28 gennaio 2019, n. 156; Tar Lazio, Sez. II bis, 19 febbraio 2018, n. 1880; Cons. Stato, Sez. VI, 20 febbraio 2008, n. 588).

CGA 1038/2019

- - la regola di immodificabilità testé citata, redatta avendo riguardo alla struttura delle procedure di gara aperte, richiede di essere debitamente adeguata a quelle, invece, di tipo ristretto;
- - la divisione in due fasi dello schema della procedura ristretta non esclude la sostanziale unitarietà del relativo procedimento di evidenza pubblica, all'interno del quale la fase di preselezione è avvinta da un nesso funzionale a quella di valutazione delle offerte;
- - per le procedure ristrette, pertanto, in coerenza con la norma che vede limitata la possibilità di presentare offerte alle imprese già selezionate nella fase di prequalificazione, la suddetta regola di immodificabilità della composizione dei raggruppamenti deve ritenersi operante sin dalla fase di prequalifica;
- - questa soluzione, infine, è coerente con l'indicazione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza n. 8 del 4 maggio 2012, par. 5.2) per cui lo scopo che con il relativo divieto si persegue "è quello di consentire alla stazione appaltante, in primo luogo, di verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara e, correlativamente, di precludere modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli, e dunque, in grado di impedire le suddette verifiche preliminari", laddove diversamente i controlli precedenti sarebbero svuotati di senso (cfr. del resto anche le enunciazioni di C.d.S., sez. VI, 8 marzo 2006, n.1267).

segue

- 6d La controinteressata si richiama, inoltre, al disposto dell'art. 48, comma 11, del d.lgs. n. 50/2016, il quale ammette, in caso di procedure ristrette o negoziate (o di dialogo competitivo), "l'operatore economico invitato individualmente" a "presentare offerta o (di) trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti."
- In contrario è agevole notare, tuttavia, che la fase di prequalificazione avviata con il bando in atti si era formalmente conclusa, dopo la seduta del 4 luglio 2018 sfociata nell'indicazione delle ditte favorevolmente scrutinate per ciascun lotto, con i conseguenti inviti diramati loro il seguente giorno 5.
- Ciò posto, tra le relative ditte concorrenti per il lotto 7 non figurava affatto la nuova mandataria s.r.l. Cantieri Navali Aprile, che pure avrebbe preso il posto della soc. Maren; né vi era contemplata la nuova mandante s.r.l. Refri Cond.. Nessuna delle due potrebbe quindi giovare della norma appena citata.
- L'unico operatore, tra quelli di nuovo ingresso nel R.T.I. aggiudicatario, che aveva superato -a titolo individuale- la formale prequalificazione e ricevuto il conseguente invito a partecipare alla fase successiva era stato la s.r.l. Naval Proget (della quale la soc. Cantieri Navali Aprile sarebbe dovuta essere una mera ausiliaria). Ma nemmeno questa è in condizione di giovare del citato art. 48 comma 11, in quanto nel raggruppamento resosi aggiudicatario essa rivestiva la mera posizione di mandante, e non già quella -prevista da tale norma- di mandataria.

Tar Marche 774/2019

- Con il quinto motivo parte ricorrente lamenta la violazione degli artt. 36, comma 2, lett. c), e 63 del d.lgs. n. 50 del 2016, per avere l'Amministrazione ammesso alla procedura (negoziata e senza previa pubblicazione di un bando) un concorrente, inteso sia come Raggruppamento che come singoli partecipanti, non invitato; il riferimento è all'ing. Davide Isola. Inoltre, entro il termine di scadenza risulterebbe pervenuta, oltre alla domanda dell'odierna ricorrente, quella della Ditta Alessandro Sasso e non quella del Raggruppamento "Progettisti per la Mobilità", il che confermerebbe l'assunto secondo cui alla procedura era stato invitato solo l'ing. Sasso.
- 6.1. La censura non può essere condivisa, perché detto ultimo professionista, appunto invitato a partecipare, ha legittimamente scelto di farlo nella forma del raggruppamento anziché singolarmente (non essendovi a ciò alcun impedimento). Detta possibilità trova, peraltro, copertura legislativa, dal momento che l'art. 48, comma 11, del d.lgs. n. 50 del 2016 stabilisce che *"in caso di procedure ristrette o negoziate, ovvero di dialogo competitivo, l'operatore economico invitato individualmente, o il candidato ammesso individualmente nella procedura di dialogo competitivo, ha la facoltà di presentare offerta o di trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti"*.

- Peraltro, giova in proposito citare un filone giurisprudenziale secondo cui *“qualora l'amministrazione abbia individuato gli operatori economici idonei a partecipare ad una procedura negoziata e, pertanto, invitati a partecipare alla stessa, non può negarsi ad un operatore economico non invitato, che sia comunque venuto a conoscenza di una simile procedura e che si ritenga in possesso dei requisiti di partecipazione previsti dalla legge di gara, di presentare la propria offerta, salvo il potere dell'amministrazione di escluderlo dalla gara per carenze dell'offerta o degli stessi requisiti di partecipazione ovvero perché l'offerta non è pervenuta tempestivamente (rispetto alla scadenza del termine indicata nella lettera di invito agli operatori invitati) e sempre che la sua partecipazione non comporti un aggravio insostenibile del procedimento di gara e cioè determini un concreto pregiudizio alle esigenze di snellezza e celerità che sono a fondamento del procedimento semplificato delineato dall'art. 122, comma 7, e 57, comma 6, del d.lg. n. 163/2006: conseguentemente anche gli altri partecipanti, in quanto invitati, non possono dolersi della partecipazione alla gara di un operatore economico e tanto meno dell'aggiudicazione in favore di quest'ultimo della gara, salva evidentemente la ricorrenza di vizi di legittimità diversi dal fatto della partecipazione in quanto non invitato. Una simile interpretazione è conforme non solo e non tanto al principio del favor participationis, costituendo piuttosto puntuale applicazione dell'altro fondamentale principio di concorrenza cui devono essere ispirate le procedure ad evidenza pubblica e rappresentando contemporaneamente anche un ragionevole argine, sia pur indiretto e meramente eventuale, al potere discrezionale dell'amministrazione appaltante di scelta dei contraenti”* (cfr. TAR Sicilia Catania, sez. I, 4 giugno 2019, n. 1380; in termini, TAR Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 25 ottobre 2018, n. 397).

Tar Lecce

- il Collegio che l'art. 48 del Decreto Legislativo n° 50/2016 (*"Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici"*), al comma 11, prevede che *"In caso di procedure ristrette o negoziate (...) l'operatore economico invitato individualmente (...) ha la facoltà di presentare offerta o di trattare per se' o quale mandatario di operatori riuniti"*.
- Secondo questa Sezione, come già rilevato nella ordinanza cautelare n. 532/2018 di rigetto dell'istanza cautelare proposta dal ricorrente, la predetta norma va interpretata, sistematicamente, in conformità all'art. 28 della Direttiva 26 febbraio 2014, n. 2014/24/UE (*"Procedura ristretta"*) - statuyente, per quanto di rilievo, che *"1. Nelle procedure ristrette qualsiasi operatore economico può presentare una domanda di partecipazione in risposta a un avviso di indizione di gara (...), fornendo le informazioni richieste dall'amministrazione aggiudicatrice per la selezione qualitativa"* e che *"2. Soltanto gli operatori economici invitati in tal senso dalle amministrazioni aggiudicatrici in seguito alla valutazione delle informazioni fornite potranno presentare un'offerta"* - e all'art. 61, comma 3, del Decreto Lgs. n° 50/2016 nel quale (come rilevato dalla stessa difesa di parte ricorrente) è stata trasposta la predetta norma della direttiva europea, nel senso di consentire all'operatore invitato (all'esito della fase di pre-qualificazione) come singolo di presentare un'offerta (anche) in Raggruppamento Temporaneo di Professionisti, ma solo con soggetti già pre-qualificatisi separatamente come singoli in vista della gara; sicchè *"la possibilità di presentare offerte nel caso di procedure ristrette è da considerare, pertanto, limitata alle imprese già selezionate nella fase di pre-qualificazione"* (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II bis, 19 febbraio 2018, n. 1880).

- Depongono in favore della sopra indicata interpretazione sistematica della norma (anche) le condivisibili argomentazioni evidenziate nella citata decisione del T.A.R. Lazio, Roma, n. 1880/2018 a sostegno della legittimità (e della conformità alla disciplina di cui all'articolo 48, comma 9, del D. Lgs. n. 50/2016) della esclusione di un R.T.I. da una procedura ristretta per la intervenuta (inammissibile) modifica della impresa mandante tra la fase di prequalifica e la successiva fase dell'offerta; argomentazioni che si ritengono applicabili, *mutatis mutandis*, anche nella concreta fattispecie per cui è causa. Trattasi del *“pieno rispetto non solo del principio di unitarietà della procedura”* di evidenza pubblica che, in caso di procedure ristrette, è caratterizzata, dalla sussistenza di un nesso funzionale tra la fase di pre-qualificazione e quella di valutazione delle offerte (*“le quali - proprio per le peculiarità che le connotano - impongono un'accurata valutazione dei rapporti intercorrenti tra di esse”*), ma anche del principio *“della par condicio e del principio del buon andamento dell'attività amministrativa sotto il profilo dell'economicità (risultando evidente come una soluzione diversa e contraria comporterebbe necessariamente una nuova verifica da parte della stazione appaltante dei requisiti di partecipazione sussistenti in capo all'impresa subentrante e, in generale, al R.T.I.)”*, in ragione dei quali, dunque - in caso di procedure ristrette - *“il divieto di modificazione della compagine soggettiva in corso di gara al di fuori dei casi legislativamente consentiti, idonea a salvaguardare la par condicio e a garantire la corretta conoscenza da parte dell'Amministrazione dei requisiti delle concorrenti, non può che operare a fare data dalla fase di prequalifica”*.

- L'orientamento di questa Sezione, secondo cui un concorrente prequalificatosi singolarmente non può poi partecipare alla gara in raggruppamento temporaneo con soggetti che non si sono prequalificati, è pertanto, in linea, da un lato, con il chiaro disposto dell'art. 28, comma 2, della Direttiva 26 febbraio 2014, n. 2014/24/UE sopra riportato e del corrispondente art. 61, comma 3, del D. Lgs. 50/2016 e, dall'altro, con *la ratio* del divieto di modificazione della compagine soggettiva in corso di gara di cui all'articolo 48, comma 9, del D. Lgs. n. 50/2016, che è quella "*di consentire alla stazione appaltante, in primo luogo, di verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara e, correlativamente, di precludere modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli*" (Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 04/05/2012, n. 8), a salvaguardia della *par condicio* dei concorrenti e del principio del buon andamento dell'attività amministrativa.

- A riprova della correttezza della tesi sopra esposta e della considerazione che una soluzione diversa e contraria comporterebbe necessariamente un “*vulnus*” al principio della *par condicio* e del buon andamento dell’attività amministrativa, si consideri che, nella concreta fattispecie in esame, come rilevato dalla difesa della Provincia, da un lato, *“la documentazione richiesta dall’Ente, ai fini amministrativi (Busta A), nella lettera di invito a formulare offerta, era ed è ben più snella di quella precedente. Infatti, la S.A., nel caso di specie, si è limitata a richiedere ai concorrenti la conferma dei requisiti già dichiarati precedentemente. Tale formula risulta palesemente non applicabile e non replicabile in caso di connotazione di un nuovo/diverso concorrente e/o, comunque, di soggetti non noti e non pre-qualificati e, ove dovesse essere ritenuta ammissibile, porrebbe l’amministrazione nelle condizioni di dover aggravare, senza certezza dei risultati istruttori, i tempi della procedura stessa”*; dall’altro, *“come emerge dalla documentazione in atti, è solo al momento dell’invito che sono stati specificati criteri e relativi punteggi, in un momento in cui la fase di pre-qualificazione era completata e i concorrenti (selezionati tramite sorteggio) risultavano individuati in via definitiva”*, sicché l’ammissione di soggetti non pre-qualificati in raggruppamento con l’odierno ricorrente introdurrebbe un elemento di danno (anche solo potenziale) per gli altri concorrenti ammessi.
- Alla luce di quanto sopra, nel caso di specie, la decisione di escludere dalla gara l’odierno ricorrente (prequalificatosi singolarmente) in ragione della sua partecipazione alla gara in raggruppamento temporaneo con soggetti che non si sono prequalificati, va riconosciuta, pertanto, scevra dai vizi denunciati e, anzi, si rivela conforme alla disciplina di cui all’articolo 48, comma 11, del D. Lgs n. 50/2016, come correttamente interpretata, nonché ai principi generali in materia di gare pubbliche e alla *lex specialis*, e, pertanto, doverosa.

Le ulteriori forme di partecipazione plurima

I consorzi ordinari

- I consorzi ordinari di operatori economici *ex art. 2602 c.c.*, sono una sorta di variante della figura del raggruppamento temporaneo e sono sottoposti alla medesima disciplina (art. 48 Codice in quanto compatibile), con la differenza che in tal caso il mandato è sostituito dall'atto costitutivo del consorzio e le funzioni della mandataria sono svolte dagli organi del medesimo consorzio.

Le reti di imprese

- Le reti di imprese, costituiscono un nuovo strumento di cooperazione tra imprese, introdotto ad opera della legge 9 aprile 2009, n. 33, di conversione del d.l. 10 febbraio 2009, n. 5, basato sulla stipula di un contratto di rete e sulla redazione di un programma, in cui sono definiti gli scopi e le modalità collaborative.
- È uno strumento estremamente flessibile che può articolarsi in modi differenti, a seconda degli obiettivi perseguiti dai suoi componenti.

- Per espressa previsione normativa ad esso si applica la disciplina prevista per i raggruppamenti di imprese con i dovuti adeguamenti, a seconda che si tratti:
 - l) di rete dotata di organo comune con potere di rappresentanza, ma priva di soggettività giuridica.
- In tale ipotesi l'organo comune, se in possesso dei requisiti necessari, può svolgere il ruolo di mandataria. Tuttavia è necessario che il contratto di rete sia redatto per atto pubblico o scrittura privata autenticata e presentato in copia autentica, nonché che le singole imprese retiste sottoscrivano l'offerta o la domanda di partecipazione. In merito alla qualificazione, le quote di partecipazione sono da riferirsi all'aggregazione tra le imprese retiste che partecipa all'appalto (AVCP, determinazione 23 aprile 2013, n. 3).

- **II) di rete dotata di organo comune privo di potere di rappresentanza o di rete sprovvista di organo comune;** In questi casi si applicano integralmente le disposizioni relative ai raggruppamenti temporanei (AVCP, determinazione 23 aprile 2013, n. 3).
- **III) di rete dotata di organo comune e di soggettività giuridica.** Nelle suddette ipotesi, la rete di imprese partecipa a mezzo dell'organo comune, se in possesso dei requisiti previsti per la mandataria. Salva diversa prescrizione del bando, la domanda o l'offerta presentata dall'organo comune, assieme alla copia autentica del contratto di rete, costituiscono elementi idonei ad impegnare tutte le imprese partecipanti. Quanto alla qualificazione, anche in questo caso le quote di partecipazione sono da riferirsi all'aggregazione tra le imprese retiste che partecipa all'appalto (AVCP, determinazione 23 aprile 2013, n. 3).