Pubblicato il 25/01/2022

N. 00002/2022REG.PROV.COLL.

N. 00018/2021 REG.RIC.A.P.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 18 di A.P. del 2021, proposto da C.M.B. Società Cooperativa Muratori e Braccianti di Carpi in proprio e in qualità di mandataria del costituendo R.t.i,, Itinera s.p.a. , quale mandante del costituendo R.t.i., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Marco Annoni, Giuseppe Morbidelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Marco Annoni in Roma, via Udine 6;

contro

Consorzio Stabile Medil s.c.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Abbamonte, Arturo Cancrini, Gianluigi Pellegrino, Mariano Maggi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Autostrade per l'Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Arrigo Varlaro Sinisi e Massimo Gentile, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via Sebino, 29,

e con l'intervento di

ad opponendum:

Valori sc..a r.l. Consorzio Stabile, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Patrizia Stallone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana (Sezione Seconda) n. 00217/2021, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autostrade per L'Italia s.p.a. e di Consorzio Stabile Medil s.c.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 dicembre 2021 il Cons. Oberdan Forlenza e uditi per le parti gli avvocati Giuseppe Morbidelli, Marco Annoni, Andrea Abbamonte, Mariano Maggi, Gianluigi Pellegrino, Massimo Gentile, Francesco Vagnucci, in sostituzione dell'Avv. Patrizia Stallone, e Arturo Cancrini.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.Con l'ordinanza 18 ottobre 2021 n. 6959, la V Sezione del Consiglio di Stato ha rimesso a questa Adunanza Plenaria la causa in esame, perché la stessa, salva la

facoltà di decidere la causa nel merito, esprima il proprio avviso in ordine a seguenti quesiti:

- "se sia possibile interpretare l'art. 48, commi 17, 18 e 19 – ter d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 nel senso che la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese in caso di perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 da parte del mandatario o di una delle mandanti è consentita non solo in fase di esecuzione, ma anche in fase di gara";
- in caso di risposta positiva al primo quesito, "precisare la modalità procedimentale con la quale detta modifica possa avvenire, se, cioè, la stazione appaltante sia tenuta, anche in questo caso, ed anche qualora abbia già negato la autorizzazione al recesso che sia stata richiesta dal raggruppamento per restare in gara avendo ritenuto intervenuta la perdita di un requisito professionale, ad interpellare il raggruppamento, assegnando congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno tale da poter riprendere la propria partecipazione alla gara".

2. La controversia in esame attiene alla gara ristretta per l'affidamento dei "lavori di ampliamento della terza corsia tratto Firenze Sud – Incisa, Lotto 2B+1S, da progressiva km 306+986 a km 318+511", per importo a base d'asta di € 317.356.622,78.

Espletata la fase di prequalifica, erano invitati a presentare offerta, tra gli altri, il r.t.i. – raggruppamento temporaneo di imprese con C.M.B. Società cooperativa Muratori e Braccianti di Carpi come mandataria e Itinera s.p.a. quale mandante e il r.t.i. con Consorzio Stabile Medil s.c.p.a. quale mandataria e Consorzio Stabile S.A.C. s.c. a r.l. e Consorzio Stabile Valori s.c. a r.l. quali mandanti.

Nella graduatoria conclusiva delle operazioni di gara il r.t.i. Medil risultava primo graduato, ed era, pertanto, sottoposto a verifica di congruità ai sensi dell'art. 97, comma 3, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

In corso di espletamento della verifica di anomalia, il 27 aprile 2020 il r.t.i. Medil inviava ad A.s.p.i. una nota con la quale rappresentava la "possibilità di una mera riduzione della compagine del RTI" per aver la mandante Consorzio Valori espresso la volontà di recedere dal raggruppamento ai sensi dell'art. 48, comma 19, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50; allegava una tabella con la nuova articolazione delle quote di partecipazione delle imprese al raggruppamento in seguito al recesso della mandante. Verificata la congruità dell'offerta, la commissione giudicatrice formulava proposta di aggiudicazione a favore del r.t.i. Medil, il quale, tuttavia, con provvedimento del 27 novembre 2020, veniva escluso dalla procedura di gara.

Nel provvedimento di esclusione, il r.u.p.

- rilevato, preliminarmente, che il recesso del Consorzio Valori e la conseguente richiesta di rimodulazione del raggruppamento formulata dalla capogruppo mandataria, "non indica[va] in alcun modo quali siano le concrete e sopravvenute esigenze organizzative in ragione delle quali la mandante Valori intend[esse] recedere dal costituendo RTI Medil";
- dato conto di avere adottato, immediatamente prima della presentazione della predetta richiesta di rimodulazione del raggruppamento in seguito a recesso, nei confronti del Consorzio Valori cinque risoluzioni contrattuali per grave inadempimento in fase di esecuzione di altrettanti contratti di appalto di lavori, nonché due provvedimenti di revoca dell'aggiudicazione per suo fatto colpevole, in ragione dei quali era già stata disposta l'esclusione da una procedura di gara in corso di svolgimento e la revoca di un'aggiudicazione per la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) e c-ter) d.lgs. n. 50 del 2016;
- ritenuto, pertanto, che il Consorzio Valori si fosse reso responsabile nei confronti di A.s.p.i. di "significative e persistenti carenze nell'esecuzione di precedenti contratti d'appalto che hanno causato la risoluzione per inadempimento contrattuale" rilevanti come causa di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett.

c-ter del codice dei contratti pubblici, come pure di condotte qualificabili come "gravi illeciti professionali" di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del codice "tali da rendere dubbia l'integrità e l'affidabilità", per essere gli inadempimenti "numerosi, ravvicinati nel tempo e coevi allo svolgimento della procedura di gara in oggetto";

- rigettava la richiesta di autorizzazione alla modifica soggettiva del raggruppamento in riduzione ai sensi dell'art. 48, comma 19, del codice per mancata esplicitazione delle esigenze organizzative che legittimavano la richiesta di recesso del Consorzio Valori dal raggruppamento e, comunque, considerato il breve lasso di tempo trascorso tra i provvedimenti di risoluzione e di revoca e la comunicazione di recesso, per essere detta richiesta (da ritenersi) "finalizzata ad eludere la perdita di un requisito di partecipazione alla gara da parte della mandante Valori" in quanto incorsa nelle cause di esclusione predette;

- in conclusione, disponeva l'esclusione dalla procedura di gara del r.t.i. Medil per mancanza dei requisiti di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) e c – ter) d.lgs. n. 50 del 2016 in capo alla mandante Valori.

3. Il Consorzio Stabile Medil impugnava, con ricorso e successivi motivi aggiunti, il provvedimento di esclusione dalla procedura nonché il successivo provvedimento del 7 dicembre 2020, di aggiudicazione della gara al secondo graduato, r.t.i. C.M.B.

Il ricorso era articolato sostanzialmente in tre censure:

a) violazione di legge: la stazione appaltante aveva violato il combinato disposto dell'art. 48, commi 17, 18, 19, 19 – bis e 19 – ter, da leggersi nel senso che la modifica soggettiva del raggruppamento per perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 del codice dei contratti pubblici da parte del mandatario ovvero di uno dei mandanti non determina l'esclusione del raggruppamento dalla procedura anche se si verifica in fase di gara (oltre che nella fase di esecuzione del contratto);

b) vizi procedurali: la stazione appaltante aveva disposto l'esclusione senza comunicare l'avvio del procedimento e, dunque, senza consentire di partecipare e

interloquire sulle supposte ragioni di inaffidabilità e, così, in violazione dell'art. 3 l. n. 241 del 1990;

c) eccesso di potere: le pregresse vicende professionali che avevano portato al giudizio di inaffidabilità nei suoi confronti erano state ricostruite in maniera inesatta, per cui la decisione di escluderla si fondava su di una motivazione non veritiera, illogica, irragionevole ed era conseguenza di un grave difetto di apprezzamento e di macroscopico sviamento (in gran parte dei casi, si era pervenuti alla risoluzione del contratto non per suoi inadempimenti ma per la condotta della stazione appaltante e le due revoche erano dovute alla negazione del legittimo esercizio della sua facoltà di sciogliersi dal vincolo derivante dall'aggiudicazione).

Si costituivano in giudizio A.s.p.i. e C.M.B., quest'ultima proponendo anche ricorso incidentale con il quale contestava la valutazione di congruità dell'offerta del r.t.i. Medil.

Il TAR Toscana, sez. II, con sentenza 10 febbraio 2021, n. 217, accoglieva il ricorso e i motivi aggiunti, ritenendo preferibile la lettura delle disposizioni citate nel primo motivo di ricorso, nel senso di ritenere consentita la modifica soggettiva del raggruppamento anche in corso di gara, qualora uno dei componenti incorra nella perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80, in quanto:

a) maggiormente aderente al testo delle norme: i commi 17, 18 e 19 hanno ad oggetto sopravvenienze nella fase di esecuzione del contratto, e tra queste è indicata anche la perdita dei requisiti di cui all'art. 80, il comma 19 – ter, richiamando quei commi nel loro complesso, senza operare alcuna differenziazione, ne estende l'intera disciplina alla fase di gara, ivi compresa, dunque, la possibilità dell'insorgenza della causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, del codice;

b) coerente con la ratio della novella legislativa che aveva introdotto il comma 19 – ter) all'interno dell'art. 48 del codice dei contratti pubblici con l'intento di derogare al principio di immodificabilità alla composizione del raggruppamento per evitare

che un intero raggruppamento fosse escluso dalla gara a causa di eventi sopraggiunti comportanti la perdita dei requisiti di ordine generale da parte di un'impresa componente e, così, garantire la partecipazione degli operatori "sani" costituti in raggruppamento, salvaguardando al contempo l'interesse pubblico della stazione appaltante a non perdere offerte utili;

c) risultava rispettata la condizione per la quale la modifica soggettiva non deve perseguire finalità elusive della mancanza di un requisito di partecipazione; il che impone che si possa acconsentirvi solo in caso di "perdita" sopravvenuta di un requisito già sussistente alla data della domanda di partecipazione e non anche nel caso di "mancanza" originaria dello stesso;

d) supportata dall'interpretazione logica e costituzionalmente orientata: tutte le vicende sopravvenute previste dai commi 17 e 18, per le quali è consentita la modifica soggettiva del raggruppamento in fase di gara, sono altrettanti casi di perdita di requisiti di ordine generale, tutti ugualmente richiesti dall'art. 80 per la partecipazione, onde sarebbe contrario ai principi di ragionevolezza, uguaglianza, proporzionalità e logicità prevedere conseguenze diverse (l'esclusione dalla gara a fronte della permanenza in gara) a seconda che l'impresa raggruppata sia interessata da una procedura fallimentare o raggiunta da una interdittiva antimafia ovvero sia interessata, ad esempio, dalla sopravvenienza di un DURC negativo o di un accertamento sull'avvenuta commissione di un grave illecito professionale, senza che sia possibile, per dar giustificazione, distinguere tra una maggiore imputabilità soggettiva di un evento rispetto ad un altro, visto che in materia di appalti le cause di esclusione assumono rilievo a livello oggettivo a prescindere dall'atteggiamento psicologico del concorrente;

e) di più facile applicazione a livello pratico, per consentire la continuazione della procedura con il medesimo raggruppamento, sia pure in diversa composizione.

La sentenza concludeva nel senso che A.s.p.i. avrebbe dovuto consentire la rimodulazione del raggruppamento previa apertura di un dialogo procedimentale, mentre il ricorso incidentale di C.M.B. era dichiarato inammissibile e comunque infondato poiché articolato in censure generiche e parziali.

4. Proposto appello da C.M.B., con ordinanza del 14 maggio 2021, n. 2583, questo Consiglio di Stato, sez. V, ha accolto l'istanza di sospensione dell'esecutività della sentenza, proposta dall'appellante.

In particolare, il primo motivo dell'appello proposto da C.M.B. (con il secondo si contesta il rigetto del ricorso incidentale) è diretto a censurare la sentenza di primo grado, poiché in sostanza, secondo l'appellante, va preferita una interpretazione dell'art. 48, commi da 17 a 19 – ter), d.lgs. n. 50 del 2016, nel senso che la modifica soggettiva del raggruppamento per perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 del codice da parte della mandataria o di una delle mandanti è da ritenersi consentita solo nel caso in cui essa si verifichi nel corso dell'esecuzione del contratto, non anche in sede di gara.

In primo luogo, i commi 17 e 18, sin dalla loro originaria formulazione, avevano riguardo a vicende sopravvenute nella fase di esecuzione del contratto. E il d.lgs. n. 56 del 2017, introducendo in tali commi la possibilità di modificare il raggruppamento temporaneo anche "in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80", e contestualmente estendendo, con il comma 19 – ter), la disciplina delle modifiche soggettive anche a vicende verificatesi in corso di gara, aveva inteso escludere dai casi in cui è consentita la modifica soggettiva in corso di gara proprio la perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 del codice. A voler diversamente opinare, infatti, l'inciso "in corso di esecuzione" inserito nelle due disposizioni che non si dubitava affatto avessero applicazione (a vicende avvenute) in corso di esecuzione, avrebbe una funzione "neutra o al più superflua".

In secondo luogo, occorre rendere coerenti le disposizioni che prevedono la modifica soggettiva dei raggruppamenti temporanei di imprese con il principio di necessaria conservazione dei requisiti soggettivi per la partecipazione ad una procedura di gara in capo a ciascun componente del raggruppamento dall'avvio della procedura sino all'aggiudicazione ispirata, a sua volta, ai principi di par condicio tra i concorrenti, di celerità e di stabilità del novero dei partecipanti. Se la deroga a tale principio è giustificata in fase di esecuzione per l'esigenza di assicurare il completamento dell'opera, tale esigenza non ricorre quando la procedura non si è ancora conclusa, né vale la distinzione proposta dalla sentenza impugnata tra originaria mancanza dei requisiti, mai superabile, e perdita sopravvenuta che, invece, potrebbe giustificare la modifica soggettiva.

In terzo luogo, vi sarebbe una valida ragione per distinguere tra sopravvenienze e precisamente, da un lato tra sottoposizione a procedura concorsuale o applicazione di misura interdittiva antimafia – situazioni per le quali è consentita la modifica del raggruppamento anche in sede di gara – e, dall'altro lato, perdita dei requisiti di cui all'art. 80, vicenda preclusiva della modificazione soggettiva. Mentre la situazione di insolvenza si può determinare indipendentemente da qualsiasi comportamento dell'operatore economico, potendo essa derivare da ritardi nei pagamenti dei committenti; e la misura interdittiva ha natura preventiva e cautelare, assunta sulla base di circostanze che prescindono dall'operatività concreta della società, viceversa la perdita dei requisiti ex art. 80, attiene direttamente al corretto esercizio dell'attività di impresa.

5. L'ordinanza di rimessione – evidenziato come il tema centrale per la risoluzione della controversia attenga alla interpretazione dell'art. 48 del codice dei contratti pubblici, dedicato ai "Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici", e, in particolare, ai suoi commi dal 17 al 19 – ter), che disciplinano le vicende modificative in senso soggettivo del raggruppamento temporaneo - rileva

un contrasto di interpretazione tra sentenze pronunciate da questo Consiglio di Stato.

Difatti, con la sentenza della Sez. V, 28 gennaio 2021, n. 833, si è affermato che, a seguito dell'introduzione del comma 19 – ter) all'interno dell'articolo 48, è consentita la sostituzione del mandante in fase di gara per le vicende sopravvenute previste dal comma 18 con esclusione, però, della perdita dei requisiti di cui all'art. 80 del codice dei contratti pubblici che, per il medesimo comma 18, è prevista quale causa di sostituzione della mandante nella sola fase di esecuzione; tale conclusione viene argomentata proprio in considerazione della scelta del legislatore che, in uno all'introduzione del comma 19 – ter), modificava i commi 17 e 18 specificando che la perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 consentiva, sì, la modificazione del raggruppamento ma sempre che fosse avvenuta "in corso di esecuzione" e, dunque, in quanto "sarebbe, …, 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".

Di contro, la Terza Sezione, con la sentenza 2 aprile 2020, n. 2245, ha ritenuto che il comma 19 – ter dell'art. 48 estenda espressamente la modifica soggettiva a tutte le vicende richiamate dai commi 17 e 18 (oltre che dal comma 19) - ivi compresa la perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 del codice - anche alla fase di gara, poiché limitarne la portata, in ragione della locuzione "in corso di esecuzione" inserita nei predetti commi, sarebbe in contraddizione palese con il contenuto innovativo del nuovo comma, in modo da privarlo di significato.

A ciò va aggiunto, tuttavia, che questa Adunanza Plenaria, con sentenza 27 maggio 2021, n. 10, investita della questione della 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), ha affermato (al par. 23.3.) che "nella sola fase di 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"; concetto ribadito al par. 36.

Successivamente, la Terza Sezione, con sentenza 11 agosto 2021, n. 5852, ha rimeditato il proprio orientamento alla luce delle indicazioni interpretative fornite dall'Adunanza plenaria, escludendo la modificazione in senso riduttivo del raggruppamento in corso di gara in conseguenza della perdita dei requisiti di cui all'art. 80 del codice dei contratti pubblici.

6. Tanto precisato, l'ordinanza di rimessione osserva quanto segue:

- nella sentenza n. 10/2021 di questa Adunanza Plenaria, la modificabilità del raggruppamento per la perdita di requisiti di cui all'art. 80 del codice in capo alla mandataria o ad una delle mandanti in fase di gara è detta non ammissibile solo incidentalmente;

- l'interpretazione delle disposizioni rilevanti è sicuramente connotata da alto livello di problematicità in quanto:

"il dato letterale . . . non pare decisivo. . . : l'inciso "in corso di esecuzione" riferito al caso di perdita dei requisiti di partecipazione, senza che lo si dica inutile o

superfluo come fatto dal giudice di primo grado, od anche illogico, potrebbe essere stato avvertito dal legislatore come precisazione necessaria per evitare il possibile dubbio interpretativo che il richiamo ai "requisiti di cui all'art. 80" vale a dire a quei requisiti – e a quell'articolo del codice – la cui verifica si compie in fase procedurale avrebbe potuto far sorgere circa l'effettivo ambito applicativo della disposizione".
A ciò si aggiunga che:
"risponde a logica l'argomento per il quale se il legislatore, introducendo il comma 19 – ter all'interno dell'art. 48, avesse voluto far eccezione alla deroga e ripristinare il principio di immodificabilità del raggruppamento in caso di perdita dei requisiti generali di cui all'art. 80 del codice in fase di gara, la via maestra sarebbe stata quella di operare la distinzione all'interno dello stesso comma 19 – ter, senza dar vita ad un arzigogolo interpretativo; rinviando alle "modifiche soggettive" contemplate dai commi 17, 18 e 19, invero, la norma pianamente dice suscettibili di portare alla modifica del raggruppamento in fase di gara tutte le sopravvenienze ivi previste, compresa la perdita dei requisiti generali";
"ad ogni modo non si può negare che occorra superare in sede interpretativa una distonia e contraddizione tra le norme che sembra ricorrere su di un duplice piano: sul piano interno, poiché non può negarsi che, a voler seguire una certa interpretazione tra le due possibili, si finisce coll'ammettere la modifica soggettiva del raggruppamento in corso di gara in caso di impresa sottoposta a procedura concorsuale o raggiunta da interdittiva antimafia e non invece nel caso in cui la stessa abbia perduto qualcuno dei requisiti generali di partecipazione: vero che ciascuna vicenda ha la sua peculiarità, ma resta il fatto che la permanenza in gara o l'esclusione di un operatore economico dipende da situazioni che tutte possono essere ricondotte *quoad effectum* (e, dunque unitariamente assunte in sede di interpretazione del dato normativo) alla perdita dell'integrità dell'operatore economico per la sua condotta professionale (es. il mancato versamento di contributi previdenziali o il

mancato pagamento dei tributi, ma anche il dubbio circa l'idoneità morale conseguente all'adozione di uno dei provvedimenti della normativa antimafia) o alla perdita dell'affidabilità circa la sua capacità di eseguire le prestazioni oggetto del contratto in affidamento (i pregressi inadempimenti, specialmente se intervenuti con la stessa stazione appaltante, ma anche lo stato di decozione comportante l'assoggettamento alla procedura concorsuale), e delle quali indubbiamente quelle che consentono la modifica soggettiva risultano per più versi maggiormente allarmanti per l'interesse pubblico delle altre per le quali si vuole escluso;

sempre sul piano interno, perché è consentita la modifica soggettiva del raggruppamento anche in caso di perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 in fase di esecuzione, quand'ormai la stazione appaltante ha ben poche possibilità di vagliare l'affidabilità del raggruppamento per come riorganizzatosi al venir meno di un suo componente, con ogni possibile incertezza sulla residuata capacità di esecuzione, e non in fase di gara quando è ancora in tempo ad effettuare ogni verifica sui rimanenti componenti;

sul piano esterno, perché se è vero che la deroga al principio di immodificabilità dei raggruppamenti per sopravvenuto assoggettamento a procedura concorsuale di un soggetto aggregato o per adozione nei suoi confronti di una misura prevista dalla normativa antimafia evita che le vicende dell'uno possano ripercuotersi su tutti gli altri, in situazioni in cui non sia incisa la capacità complessiva dello stesso raggruppamento che, riorganizzatosi al suo interno, sia ancora in grado di garantire l'esecuzione dell'appalto (da ultimo, così è spiegata la deroga proprio dall'Adunanza plenaria n. 10 del 2021, al par. 25) – a sua volta eliminando quelle giustificate preoccupazioni (di non poter aggiudicarsi e concludere l'esecuzione dell'appalto per colpa di uno degli associati) . . . con la finalità di favorire le aggregazioni di imprese, e, in ultima analisi, ampliare il campo degli operatori economici che possono aspirare all'aggiudicazione di pubbliche commesse – è fuor di dubbio, seguendo questa via

di ragionamento, che queste stesse ragioni possano condurre a dire giustificata la deroga all'immodificabilità del raggruppamento per la perdita dei requisiti generali di partecipazione e, specularmente, a dire non giustificato un diverso trattamento di detta vicenda;

quanto sopra è tanto più vero ove si consideri che nessuna delle ragioni che sorreggono il principio di immodificabilità della composizione del raggruppamento varrebbero a spiegare in maniera convincente il divieto di modifica per la perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 in sede di gara: non la necessità di evitare 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 quanto, una volta escluso dall'Adunanza plenaria nella sentenza n. 10 del 2021 la c.d. sostituzione per addizione, tale evenienza non potrà giammai verificarsi quale che sia la vicenda sopravvenuta per la quale sia venuto meno uno dei componenti del raggruppamento, né la tutela della par condicio dei partecipanti alla procedura di gara, che è violata solo se all'uno è consentito quel che all'altro è negato . . .;

c) infine . . . se vietare la modifica soggettiva al raggruppamento del quale uno dei componenti sia incorso in perdita dei requisiti di partecipazione in fase di gara, ma che sia comunque capace di eseguire il contratto in affidamento, non apporta alcun vantaggio alla stazione appaltante per la quale, rispettata quest'ultima condizione, quale che sia il numero dei componenti il raggruppamento, resta comprovata l'affidabilità dell'operatore, innegabile, invece, è il vantaggio per le imprese che, da un lato, hanno la necessità di raggrupparsi per poter competere in taluni segmenti di mercato, e dall'altro, subirebbero ingiustamente effetti negativi di altrui condotte che non hanno in alcun modo potuto evitare".

Sulla base delle argomentazioni innanzi riportate, essendosi già verificato (e prospettandosi ancora possibile) un contrasto giurisprudenziale per differente

interpretazione delle norme innanzi citate, la Quinta Sezione con l'ordinanza in esame rimette la causa a questa Adunanza Plenaria, perché venga fornita risposta ai quesiti sopra riportati e, eventualmente, venga decisa la causa nel merito.

7. Dopo il deposito di memorie e repliche, all'udienza pubblica di trattazione la causa è stata riservata in decisione.

DIRITTO

8. L'Adunanza Plenaria ritiene che la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (Codice dei contratti pubblici) da parte del mandatario o di una delle mandanti, è consentita non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara, in tal senso interpretando l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter del medesimo Codice.

Ne consegue che, laddove si verifichi la predetta ipotesi di perdita dei requisiti, la stazione appaltante, in ossequio al principio di partecipazione procedimentale, è tenuta ad interpellare il raggruppamento e, laddove questo intenda effettuare una riorganizzazione del proprio assetto, onde poter riprendere la partecipazione alla gara, provveda ad assegnare un congruo termine per la predetta riorganizzazione.

9. Al fine di meglio inquadrare il "punto di diritto" rimesso all'esame di questa Adunanza Plenaria occorre evidenziare, in punto di fatto, come nel caso oggetto del presente giudizio la modificazione soggettiva in riduzione del raggruppamento appellato sia stata dapprima ricercata dal r.t.i. Medil attraverso il recesso della mandante (ipotesi disciplinata dall'art. 48, comma 19, d.lgs. n. 50/2016) e solo successivamente, una volta negata l'autorizzazione al recesso, si sia evidenziata la questione interpretativa dei commi 17, 18 e 19-ter dell'art. 48 e dunque se la modificazione soggettiva del raggruppamento da questi ultimi prevista per il caso di perdita di un requisito di partecipazione ex art. 80, co. 5, in capo alla mandataria o

alla mandante, sia applicabile anche in fase di gara e non solo in fase di esecuzione del contratto.

Ciò comporta che l'Adunanza Plenaria deve:

- sia fornire, in funzione nomofilattica, l'interpretazione dei commi 17, 18 e 19-ter dell'art. 48 (se, cioè, come si è detto, la modificazione in riduzione del raggruppamento ivi contemplata sia possibile anche in fase di gara);
- sia chiarire (preliminarmente) se il diniego di autorizzazione al recesso di cui al comma 19 influisca (anche eventualmente in senso impeditivo) sulla applicabilità della modificazione prevista dai commi 17 e 18.

Ciò si evince dalla stessa ordinanza di rimessione, laddove questa, nel formulare i quesiti e riferendosi alle "modalità procedimentali" onde pervenire (se ritenuto ammissibile) alla modificazione soggettiva ai sensi dei commi 17 e 18 in fase di gara, chiede, in sostanza, se tali norme siano concretamente applicabili "anche qualora (la stazione appaltante) abbia negato l'autorizzazione al recesso che sia stata richiesta dal raggruppamento per restare in gara" e se, in caso affermativo, la medesima stazione appaltante abbia (o meno) l'obbligo di "interpellare il raggruppamento, assegnando congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto" in modo da poter "riprendere la propria partecipazione alla gara".

10.1. Come è noto, l'art. 48, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 prevede, in via generale, il divieto di modificazione della composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti "rispetto a quella risultante dall'impegno in sede di offerta", fatto salvo quanto disposto ai successivi commi 17 e 18, che costituisce ipotesi di "eccezione" al predetto principio generale.

Più precisamente, i commi 17 e 18 dispongono:

(comma 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".

(comma 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".

Quanto all'ambito di applicazione di tali disposizioni, questa Adunanza Plenaria, con sentenza 27 maggio 2021 n. 10, ha già avuto modo di affermare i seguenti principi di diritto:

"a) l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter, del d. lgs. n. 50 del 2016, nella formulazione attuale, consente la sostituzione meramente interna del mandatario o del mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese con un altro soggetto del raggruppamento stesso in possesso dei requisiti, nella fase di gara, e solo nelle ipotesi di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria,

concordato preventivo o di liquidazione o, qualora si tratti di imprenditore individuale, di morte, interdizione, inabilitazione o anche liquidazione giudiziale o, più in generale, per esigenze riorganizzative dello stesso raggruppamento temporaneo di imprese, a meno che – per questa ultima ipotesi e in coerenza con quanto prevede, parallelamente, il comma 19 per il recesso di una o più imprese raggruppate – queste esigenze non siano finalizzate ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara;

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

I commi 17, 18 e 19-ter dell'art. 48 del Codice dei contratti sono stati interpretati, dunque, nel senso di consentire, ricorrendone i presupposti, esclusivamente la modificazione "in diminuzione" del raggruppamento temporaneo di imprese, e non anche quella cd. "per addizione", che si verificherebbe con l'introduzione nella compagine di un soggetto ad essa esterno. Si è in tal senso affermato:

"La deroga all'immodificabilità soggettiva dell'appaltatore costituito in raggruppamento, tale da evitare in fase esecutiva la riapertura dell'appalto alla concorrenza e, dunque, l'indizione di una nuova gara, è solo quella dovuta, in detta fase, a modifiche strutturali interne allo stesso raggruppamento, senza l'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).

È chiaro che la modifica sostituiva c.d. per addizione costituisce ex se una deroga non consentita al principio della concorrenza perché ammette ad eseguire la prestazione un soggetto che non ha preso parte alla gara secondo regole di correttezza e trasparenza, in violazione di quanto prevede attualmente l'art. 106, comma 1, lett. d), n. 2, del d. lgs. n. 50 del 2016, più in generale, per la sostituzione dell'iniziale aggiudicatario".

10.2. Una ulteriore eccezione al principio generale di immodificabilità della composizione del raggruppamento, benché non richiamata dal comma 9 dell'art. 48, è introdotta dal comma 19, che prevede:

"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".

Da un lato, dunque, il comma 9 dell'art. 48 introduce un principio generale di "immodificabilità" della composizione del raggruppamento; dall'altro lato, i commi 17, 18 e 19, quali norme di eccezione alla norma generale, introducono una pluralità di esclusioni a tale principio, tali per la verità (stante il loro numero) da renderne sempre meno concreta l'applicazione.

L'ampiezza dell'ambito applicativo delle eccezioni si dimostra, a maggior ragione, alla luce di quanto previsto dal comma 19-ter dell'art. 48, in base al quale "le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verifichino in fase di gara".

10.3. Occorre evidenziare come le norme di eccezione di cui ai commi 17 e 18 disciplinano fattispecie diverse da quella di cui al comma 19. Ed infatti:

- mentre le ipotesi disciplinate dal comma 17 (con riferimento al mandatario) e dal comma 18 (con riferimento ad uno dei mandanti) attengono a vicende soggettive, puntualmente indicate, del mandatario o di un mandante, conseguenti ad eventi sopravvenuti rispetto al momento di presentazione dell'offerta;
- invece l'ipotesi di cui al comma 19 attiene ad una modificazione della composizione del raggruppamento derivante da una autonoma manifestazione di volontà di recedere dal raggruppamento stesso, da parte di una o più delle imprese raggruppate, senza che si sia verificato nessuno dei casi contemplati dai commi 17 e 18, ma solo come espressione di un diverso e contrario volere rispetto a quello di partecipare, in precedenza manifestato. Ed il recesso in tanto è ammesso, non tanto in base ad una più generale valutazione dei motivi che lo determinano, ma in quanto le imprese rimanenti "abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire" e sempre che la modifica soggettiva derivante dal recesso non sia "finalizzata ad eludere un requisito di partecipazione alla gara".

Si tratta, dunque, nel caso disciplinato dal comma 19, di eccezione al principio generale di immodificabilità della composizione del raggruppamento del tutto diversa da quelle di cui ai commi 17 e 18, di modo che la possibilità che la stazione appaltante non ammetta il recesso di una o più delle imprese raggruppate non esplica alcun effetto sulle diverse ipotesi di eccezione, relative alle vicende soggettive del mandatario o di uno dei mandanti, disciplinate dai citati commi 17 e 18 dell'art. 48.

Quanto sin qui esposto in ordine ai rapporti tra ipotesi di cui ai commi 17 e 18 e distinta ipotesi di cui al comma 19 appare di particolare rilievo nel caso oggetto del presente giudizio, poiché, come esattamente osservato dall'ordinanza di rimessione, era "il recesso della mandante che il raggruppamento intendeva in prima battuta far valere quale causa di modificazione soggettiva in riduzione della compagine, e solo quando la stazione appaltante, negando la sua autorizzazione, ha impedito che l'effetto modificativo dovuto al recesso si producesse, ha assunto rilievo la (diversa) vicenda modificativa costituita dalla perdita di un requisito di partecipazione ex art. 80, comma 5 del codice dei contratti".

Il diniego di autorizzazione al recesso non assume, quindi, alcun ruolo (tantomeno di "precedente impeditivo") al fine della soluzione del quesito interpretativo rimesso a questa Adunanza Plenaria, stante la evidenziata differenza della previsione di cui al comma 19 rispetto alle previsioni di cui ai commi 17 e 18.

In altre parole, risolta la questione afferente all'autorizzazione al recesso con il diniego di autorizzazione, il comma 19 non trova alcuna residua applicazione nel caso oggetto del presente giudizio, dovendosi invece affrontare, a tal fine, il problema di interpretazione dei commi 17, 18 e 19-ter, e dunque se – come chiede l'ordinanza di rimessione - la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese in caso di perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 da parte del mandatario o di una delle mandanti sia consentita anche in fase di gara, e non solo in fase di esecuzione.

11.1. Il problema interpretativo dei commi 17, 18 e 19-ter dell'art. 48 del Codice dei contratti è ingenerato dall'antinomia normativa, ivi presente e che come tale richiede soluzione, frutto di una tecnica legislativa non particolarmente sorvegliata.

E' opportuno preliminarmente precisare che tale problema non può dirsi superato e risolto per effetto di quanto incidentalmente affermato da questa stessa Adunanza

Plenaria, con la propria citata decisione n. 10 del 2001 (v. par. 23.3), al contrario di come invece ritengono l'appellante e la costituita amministrazione.

Come condivisibilmente osservato anche dall'ordinanza di rimessione, la questione della estensione della perdita dei requisiti di cui all'art. 80 non rappresentava affatto la questione centrale di quel giudizio, né tale problema interpretativo forma espressamente oggetto dei principi di diritto enunciati dalla citata sentenza n. 10/2001 (né di questi costituisce il presupposto logico-giuridico), principi solo in relazione ai quali si esplica l'effetto nomofilattico voluto dall'art. 99 c.p.a.

Si è trattato, dunque, di una affermazione incidentale, non conseguente ad una disamina argomentativa peraltro non necessaria, stante l'estraneità di questo aspetto al *thema decidendum*.

11.2 Tanto precisato, occorre ricordare che i commi 17 e 18, nella loro originaria formulazione, si occupavano di specifiche sopravvenienze, quali la sottoposizione a procedura concorsuale (fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione), ovvero, nel caso di imprenditore individuale, la morte, l'interdizione e l'inabilitazione, ovvero ancora i "casi previsti dalla normativa antimafia".

In tali ipotesi, le disposizioni predette consentivano, rispettivamente, la prosecuzione del rapporto di appalto con altro operatore in qualità di mandatario, purché in possesso dei requisiti di qualificazione adeguati ai lavori, servizi o forniture ancora da eseguire e, nel caso di sopravvenienza relativa ad una delle mandanti, consentivano l'indicazione da parte del mandatario di altro operatore economico subentrante in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, prevedendo altresì che, in caso di mancata indicazione, fosse lo stesso mandatario tenuto all'esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché in possesso dei requisiti adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire.

Il riferimento, in entrambe le disposizioni, ai "lavori ancora da eseguire" rendeva chiaro – come sottolinea anche l'ordinanza di rimessione – "che la fase cui le disposizioni avevano riguardo era quella di esecuzione del contratto di appalto".

A fronte di ciò, l'art. 32, comma 1, lett. h) del d. lgs. 19 aprile 2017 n. 56 ha introdotto nel testo dell'art. 48, per quel che interessa nella presente sede, due modifiche:

- la prima nei commi 17 e 18, aggiungendo alle sopravvenienze già ivi presenti anche il "caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'art. 80";
- la seconda, consistente nell'introduzione del comma 19-ter, il quale prevede che "le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verifichino in fase di gara".

Per un verso, dunque, il riferimento espresso al "corso dell'esecuzione", contenuto nei commi 17 e 18, farebbe propendere per ritenere l'ipotesi di "perdita dei requisiti di cui all'art. 80", come limitata ad una sopravvenienza che si verifichi in quella fase; per altro verso, l'ampia dizione del comma 19-ter rende applicabili tutte le modifiche soggettive contemplate dai commi 17 e 18 (quindi anche la predetta "perdita dei requisiti di cui all'art. 80"), anche in fase di gara.

11.2. Tale contraddizione o incompatibilità tra norme, sussumibile nella fattispecie generale dell'"antinomia normativa", risulta ancora più problematica per l'interprete, attesa la contestualità temporale delle disposizioni che le prevedono, riferibili ed introdotte dalla medesima fonte.

Ciò rende l'antinomia non risolvibile applicando normali criteri interpretativi, quali il criterio gerarchico ovvero il criterio della competenza della fonte, ovvero ancora i criteri cronologico o temporale o quello di specialità, trattandosi in questo caso di introduzione di norme per il tramite della medesima fonte.

Né particolari elementi utili all'interprete possono essere ricavati, in applicazione dell'art. 12 disp. prel cod. civ., dalla lettera delle disposizioni, ovvero dalla "volontà del legislatore".

Quanto alla lettera delle disposizioni, essa non si presenta particolarmente "affidabile", tale cioè da poter desumerne un senso "fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse", non essendo in particolare coordinati gli enunciati introdotti dal d. lgs. n. 56 del 2017 con quelli originari del Codice; e di ciò costituisce dimostrazione, oltre ad altri casi non rilevanti nella presente sede, lo stesso intervento interpretativo effettuato da questa Adunanza Plenaria con la propria sentenza n. 10/2021.

Quanto alla interpretazione secondo criterio psicologico o soggettivo (cui in parte si riporta la stazione appaltante: v. pagg. 4-5 memoria del 27 novembre 2021), essa non può essere utilmente esercitata, facendo leva sulla relazione illustrativa al d. lgs. n. 56/2017, trattandosi in questo caso poco più di una parafrasi del testo normativo.

11.3. Allo stesso tempo, non è possibile negare che si tratti di antinomia cd. assoluta (o, secondo altre classificazioni, "totale") – che si ha allorché nessuna delle due norme può essere applicata alla circostanza considerata senza entrare in conflitto con l'altra – sostenendo che, in realtà, vi sarebbe solo una incompatibilità apparente di enunciati, state la natura "generale" della norma espressa dal comma 19-ter e la natura "parziale" di quella ricavabile dagli incisi dei commi 17 e 18.

E' questo il caso che ricorrerebbe allorché si intenda sostenere che il richiamo effettuato dall'art. 19-ter (norma generale) alle "modifiche soggettive ivi contemplate" (cioè nei commi 17 e 18) vada inteso come riferito alle predette modifiche "come disciplinate" dai medesimi commi 17 e 18 (e dunque, anche nei limiti per esse imposti). Da ciò conseguirebbe che mentre la norma del comma 19-ter sarebbe tranquillamente applicabile (nel suo effetto espansivo riferito alla fase di gara) a tutte le modifiche soggettive salvo quelle derivanti "dalla perdita dei requisiti di cui all'art. 80", l'enunciato "in corso di esecuzione" a queste ultime riferito introdurrebbe una norma speciale che sottrae i casi considerati alla disciplina del comma 19-ter.

A questa tesi - sia pure con diversità di accenti e di formulazione e senza che il problema venga espressamente affrontato in termini di antinomia normativa - possono essere riportate anche precedenti decisioni del Consiglio di Stato, indicate nell'ordinanza di rimessione, laddove si afferma che sarebbe "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" (Cons. Stato, sez. V, 28 gennaio 2021 n. 833 e sez. III, 11 agosto 2021 n. 5852).

Ed è alla tesi in precedenza esposta che si riportano sia l'appellante, quando parla di "effetto abrogativo" inammissibile, laddove sostiene che un ampliamento della sopravvenienza della "perdita dei requisiti di cui all'art. 80" comporterebbe un "effetto abrogativo" dell'inciso "in corso di esecuzione", presente nei commi 17 e 18 /(v. pag. 6 memoria del 2 dicembre 2021), sia la stazione appaltante, la quale fa leva sulla natura eccezionale, e quindi di stretta interpretazione, delle norme che derogano al principio generale di immodificabilità del raggruppamento temporaneo di imprese (art. 48, co. 9).

Benché non priva di elementi meritevoli di esame, anche questa tesi interpretativa non può essere condivisa.

Ed infatti, perché possa sostenersi la ricorrenza di una ipotesi particolare di antinomia (secondo talune classificazioni definita "parziale" o "unilaterale), occorrerebbe:

- o che uno dei due enunciati nomativi aggiungesse una specificazione (ad esempio, nel caso di specie, ad una certa fase della gara), tale da escludere (eccettuare) un singolo caso dalla classe di fattispecie altrimenti disciplinata dalla norma generale; nel caso di specie, invece, le fattispecie si presentano perfettamente coincidenti;
- ovvero (e quantomeno) che l'esclusione della singola fattispecie fosse prevista dalla stessa norma generale, con una delle formule usualmente utilizzate dal legislatore (ad esempio: "fatto salvo quanto previsto…etc."), e dunque, nel caso di specie, avrebbe

dovuto essere il comma 19-ter (norma generale) ad escludere la specifica ipotesi della "perdita dei requisiti di cui all'art. 80" dalla classe di fattispecie degli articoli 17 e 18 per le quali interviene l'effetto ampliativo anche alla fase di gara.

Invece, in difetto di previsione espressa del legislatore, l'esclusione della predetta fattispecie sarebbe il frutto di una doppia operazione dell'interprete, il quale dovrebbe dapprima applicare l'estensione prevista dal comma 19-ter alle molteplici fattispecie di cui ai commi 17 e 18 e poi limitare tale estensione ad una sola di esse per effetto di una esclusione che agirebbe per così dire "di rimbalzo" sulla norma generale. In questo caso, per effetto di un duplice percorso interpretativo (secondo un tragitto, per così dire, di "andata e ritorno"), l'interprete più che risolvere un problema di antinomia finisce per auto-attribuirsi una potestà normativa ex novo.

All'esclusione di tale ipotesi interpretativa perviene, in sostanza, anche l'ordinanza di rimessione, laddove sostiene come risponda "a logica" "l'argomento per il quale, se il legislatore, introducendo il comma 19-ter all'interno dell'art. 48, avesse voluto fare eccezione alla deroga e ripristinare il principio di immodificabilità ….la via maestra sarebbe stata quella di operare la distinzione all'interno dello stesso comma 19-ter, senza dare vita ad un arzigogolo interpretativo".

Ed al fine di escludere l'interpretazione "restrittiva", valga, da ultimo, rilevare come questa sia conseguenza di una considerazione "sovrastimata" dell'inciso "in corso di esecuzione", posto che problemi interpretativi non molto dissimili potrebbero porsi – volendo utilizzare il metodo interpretativo qui non condiviso - anche per il fatto che il legislatore, nel momento stesso in cui introduceva il comma 19-ter, non ha eliminato dai commi 17 e 18 i riferimenti ai lavori, servizi o forniture "ancora da eseguire"; cioè proprio quei riferimenti che, prima delle modifiche introdotte dal d. lgs. n.56/2017, costituivano il fondamento dell'interpretazione limitativa delle sopravvenienze soggettive alla sola fase di esecuzione.

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

A tali fini, giova innanzi tutto osservare come una interpretazione che escluda la sopravvenienza della perdita dei requisiti ex art. 80 in fase di gara, per un verso introdurrebbe una disparità di trattamento tra varie ipotesi di sopravvenienze non ragionevolmente supportata; per altro verso, perverrebbe ad un risultato irragionevole nella comparazione in concreto tra le diverse ipotesi, poiché sarebbe consentita la modificazione del raggruppamento in casi che ben possono essere considerate più gravi – secondo criteri di disvalore ancorati a valori costituzionali che l'ordinamento deve tutelare, come certamente quella inerente a casi previsti dalla normativa antimafia - rispetto a quelli relative alla perdita di requisiti di cui all'art. 80.

Inoltre, si verificherebbe un caso di concreta incapacità a contrattare con la pubblica amministrazione da parte di imprese in sé "incolpevoli", riguardando il fatto impeditivo sopravvenuto una sola di esse, così finendo per costituire una fattispecie di "responsabilità oggettiva", ovvero una inedita, discutibile (e sicuramente non voluta) speciale fattispecie di *culpa in eligendo*.

Se uno dei principi fondamentali in tema di disciplina dei contratti con la pubblica amministrazione - tale da giustificare la previsione stessa del raggruppamento temporaneo di imprese - è quello di consentire la più ampia partecipazione delle imprese, in condizione di parità, ai procedimenti di scelta del contraente (e dunque favorirne la potenzialità di accedere al contratto, al contempo tutelando l'interesse pubblico ad una maggiore ampiezza di scelta conseguente alla pluralità di offerte), una interpretazione restrittiva della sopravvenuta perdita dei requisiti ex art. 80, a

maggior ragione perché non sorretta da alcuna giustificazione non solo ragionevole, ma nemmeno percepibile, finisce per porsi in contrasto sia con il principio di eguaglianza, sia con il principio di libertà economica e di par condicio delle imprese nei confronti delle pubbliche amministrazioni (come concretamente declinati anche dall'art. 1 della l. n. 241/1990 e dall'art. 4 del codice dei contrati pubblici).

Ed infatti, come condivisibilmente affermato dall'ordinanza di rimessione, "nessuna delle ragioni che sorreggono il principio di immodificabilità della composizione del raggruppamento varrebbero a spiegare in maniera convincente il divieto di modifica per la perdita dei requisii di partecipazione ex art. 80 in sede di gara: non la necessità 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, in quanto, una volta esclusa dall'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 10 del 2021 la c.d. sostituzione per addizione, tale evenienza non potrà giammai verificarsi quale che sia la vicenda sopravvenuta per la quale sia venuto meno uno dei componenti del raggruppamento; né la tutela della par condicio dei partecipanti alla procedura di gara, che è violata solo se all'uno è consentito quel che all'altro è negato".

Nel caso in esame, quindi, l'antinomia trova soluzione inquadrando il caso concreto e le norme antinomiche ad esso applicabili nel più generale contesto dei principi costituzionali ed eurounitari, fornendo una interpretazione che renda applicabile una sola di esse in quanto coerente con detti principi, e che consente una regolazione del caso concreto con essi compatibile.

In tal modo, l'interpretazione determina – in presenza di norme incompatibili ma provenienti da fonti di pari livello e contestualmente introdotte dalla medesima fonte – la applicazione di una sola di esse (quella, appunto, compatibile con le fonti sovraordinate della Costituzione e del diritto dell'Unione Europea) e la non applicazione dell'altra, recessiva perché contraria ai più volte richiamati principi.

Tale operazione interpretativa – lungi dal porsi come inedita "costruzione giuridica" – costituisce, per un verso (sia pure in presenza di due norme incompatibili e non di una sola con riferimento ad un caso da esse disciplinato) solo una più articolata applicazione del metodo di interpretazione secondo Costituzione; per altro verso, costituisce metodo interpretativo non del tutto ignoto allo stesso legislatore ordinario, laddove questi prevede (art. 15 disp. prel. cod. civ.) la possibile abrogazione di norme "per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti". Se vi è, dunque, la possibilità di verificare l'intervenuta abrogazione di una norma rimettendo al giudice/interprete la verifica della incompatibilità tra due norme temporalmente successive, non sembrano sussistere impedimenti a che la medesima operazione possa riguardare norme incompatibili non successive ma coeve.

E ciò anche in attuazione del "principio di coerenza" dell'ordinamento giuridico, che impone il superamento delle antinomie, rimettendo all'interprete, chiamato ad individuare ed applicare la regola di diritto al caso concreto, di verificare le possibilità offerte dall'interpretazione, senza necessariamente (e prima di) evocare l'intervento del giudice delle leggi.

13. Il riconoscimento della possibilità di modificare (in diminuzione) il raggruppamento temporaneo di imprese, anche nel caso di perdita sopravvenuta dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 del Codice dei contratti, determina che, laddove si verifichi un caso riconducibile a tale fattispecie, la stazione appaltante, in applicazione dei principi generali di cui all'art. 1 della l. n. 241/1990 e all'art. 4 d. lgs. n. 50/2016, debba interpellare il raggruppamento (se questo non abbia già manifestato la propria volontà) in ordine alla volontà di procedere alla riorganizzazione del proprio assetto interno, al fine di rendere possibile la propria partecipazione alla gara.

In modo non dissimile da quanto avviene ai fini del soccorso istruttorio, la stazione appaltante concederà un termine ragionevole e proporzionale al caso concretamente verificatosi, riprendendo all'esito l'ordinario procedimento di gara.

Tali considerazioni non necessitano della formulazione di un principio di diritto, in quanto pianamente desumibili dall'ordinamento giuridico amministrativo vigente.

14. Alla luce delle considerazioni sin qui esposte, l'Adunanza Plenaria formula il seguente principio di diritto:

"la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (Codice dei contratti pubblici) da parte del mandatario o di una delle mandanti, è consentita non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara, in tal senso interpretando l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter del medesimo Codice".

9. L'Adunanza Plenaria dispone la restituzione del giudizio alla sezione rimettente, per ogni ulteriore decisione nel merito e sulle spese ed onorari del giudizio, ivi compresi quelli inerenti alla presente fase.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), pronunciando sull'appello proposto da C.M.B., società cooperativa muratori e braccianti di Carpi, come in epigrafe meglio indicata (n. 2512/2021 r.g.):

- enuncia il principio di diritto di cui in motivazione;
- restituisce per il resto il giudizio alla sezione rimettente.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio del 13 dicembre 2021.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 dicembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Luigi Maruotti, Presidente

Carmine Volpe, Presidente

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Marco Lipari, Presidente

Michele Corradino, Presidente

Hadrian Simonetti, Consigliere

Andrea Pannone, Consigliere

Oberdan Forlenza, Consigliere, Estensore

Giulio Veltri, Consigliere

Giancarlo Luttazi, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

IL PRESIDENTE
Filippo Patroni Griffi

L'ESTENSORE **IL SEGRETARIO**
Oberdan Forlenza