

I Raggruppamenti Temporanei di Imprese

Profili sostanziali e *focus* sulla
possibilità di modificare la
compagine soggettiva

Avv. Pietro Ungari

Natura giuridica e *ratio* della disciplina dei RTI

Per «**raggruppamento temporaneo**», si intende nell'ordinamento nazionale un insieme di imprenditori, o fornitori, o prestatori di servizi, costituito, anche mediante scrittura privata, allo scopo di partecipare alla procedura di affidamento di uno specifico contratto pubblico, mediante presentazione di una unica offerta (art. 3, lett. *u*) Codice degli appalti)

Il raggruppamento temporaneo di imprese RTI (corrispondente nella disciplina interna alle previgenti Associazioni temporanee di imprese - ATI) è una **forma di collaborazione temporanea ed occasionale** tra operatori economici, riuniti al fine della partecipazione a gare per l'affidamento di pubblici appalti e per la loro esecuzione

La *ratio* sottesa alla loro introduzione nell'ordinamento è rappresentata dalla volontà di favorire la massima partecipazione di operatori economici alle procedure di affidamento pubbliche, in ottica anti-monopolistica e pro-concorrenziale, stante il principio comunitario della neutralità/indifferenza delle forme giuridiche dei partecipanti alle procedure (ex art. 19 della direttiva 2014/24/UE, che omaggia i capisaldi dell'intera materia rappresentati dai principi di libera prestazione dei servizi, parità di trattamento e non discriminazione)

Il tutto, peraltro, corrisponde all'interesse della stazione appaltante ad ampliare al massimo la platea concorrenziale, accrescendo la possibilità di scelta dell'offerta migliore

Ne deriva che:

- La scelta del modulo associativo non deve comportare un trattamento indiscriminatamente deteriore rispetto a quello previsto in generale per i singoli concorrenti
- Lo schema associativo di imprese non deve tradursi in uno strumento elusivo delle regole dirette ad imporre alle imprese particolari requisiti minimi necessari per partecipare alla gara d'appalto

- Trattasi pertanto di mere aggregazioni di imprese, le quali mantengono la **propria autonomia ed indipendenza** ai fini della gestione, degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali.
- I RTI sotto il profilo strutturale **non** hanno una personalità giuridica propria e **non** rappresentano neppure un autonomo centro di imputazione di interessi. Essi sono diretti all'espletamento della singola gara d'appalto, senza costituire un rapporto destinato a sopravvivere alla singola commessa pubblica
- Da ciò deriva che **i requisiti di capacità economica, finanziaria e tecnico-professionale richiesti per la partecipazione dovranno essere posseduti cumulativamente dagli operatori raggruppati** (art. 48, comma 3: Nel caso di lavori, i raggruppamenti temporanei e i consorzi ordinari di operatori economici sono ammessi se gli imprenditori partecipanti al raggruppamento, ovvero gli imprenditori consorziati, abbiano i requisiti di cui all'articolo 84 – requisiti SOA)
- Gli operatori economici così riuniti sono ammessi a partecipare alle gare di appalto mediante conferimento di **mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di loro** (qualificato mandatario), il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti (art. 45, comma 2, lett. d)
 - ❖ Segnatamente, la figura del RTI viene ricondotta dal legislatore al mandato «di per sé», dovendo intendersi la locuzione nel senso di un'obiettivo indifferenza verso l'assetto interno degli operatori raggruppati, che restano liberi di stipulare tra loro i negozi che ritengono più opportuni per perseguire lo scopo comune, senza che l'ordinamento imponga loro una particolare conformazione giuridica. Ne deriva:
 - i. la responsabilità solidale nei confronti dell'amministrazione di tutte le imprese raggruppate (vedi *infra*);
 - ii. il mandato speciale con rappresentanza alla capogruppo designata, risultante da scrittura privata autenticata;
 - iii. la gratuità del mandato;
 - iv. l'irrevocabilità del mandato (salvo giusta causa e, in tal caso, la sua revoca non ha in ogni caso effetto nei riguardi dell'amministrazione);
 - v. la rappresentanza anche processuale in capo al mandatario verso l'amministrazione, perdurante fino all'estinzione del rapporto;

■ Raggruppamenti temporanei di imprese, consorzi ordinari e consorzi stabili

Pur essendo tutte figure sostanzialmente riconducibili al medesimo principio eurounitario dell'ammissibilità di partecipazione alle procedure di gara di soggetti raggruppati, sussistono tra questi tre istituti giuridici sostanziali differenze:

- I RTI non danno vita ad un soggetto terzo rispetto alle singole imprese partecipanti;
- I **consorzi ordinari** possono dotarsi di un'organizzazione più o meno complessa a seconda delle finalità per cui sono stati costituiti, ma possono comunque operare con le sole strutture aziendali delle imprese consorziate
 - ❖ La differenza sussistente tra RTI e consorzi ordinari, pertanto, sul piano giuridico formale è limitata principalmente al negozio giuridico ostensibile alla stazione appaltante: nel primo caso si tratta di mandato con rappresentanza conferito ad un'impresa del raggruppamento; nel secondo si tratta invece, dell'atto costitutivo del consorzio. Mentre sul piano sostanziale, sussiste una sostanziale assimilazione tra le due figure (Cons. Stato, V, n. 246/1987)
- I **consorzi stabili** devono dotarsi di una comune ed autonoma struttura d'impresa attraverso cui essere in grado di eseguire direttamente i lavori affidati senza dover necessariamente avvalersi delle strutture aziendali delle imprese associate. E tale struttura deve avere una durata minima prestabilita (5 anni)

Ne consegue che:

- Un RTI non può essere costituito da un soggetto che abbia la veste di consorzio ordinario
- Un consorzio ordinario non può includere al suo interno un RTI
- Non possono fare parte dei consorzi o dei raggruppamenti, rispettivamente, altri consorzi ordinari o raggruppamenti (né aggregazioni di imprese aderenti al contratto di rete, né Gruppi Europei di Interesse Economico - GEIE)

*Nucleo di disposizioni comuni tra RTI e consorzi ordinari – assimilazione parziale della disciplina (art. 48 del Codice degli appalti):

- I requisiti di partecipazione devono essere posseduti dai soggetti facenti parte del consorzio ordinario o del RTI (art. 48, comma 3)
- Vigè l'obbligo di indicare le parti di lavori che saranno svolte dai singoli operatori
- Vigè la responsabilità solidale di tutti i soggetti facenti parte del consorzio ordinario o del RTI (con le specifiche differenze sussistenti in tema tra raggruppamenti verticali e orizzontali)
- Divieto di partecipazione a più di un RTI o consorzio ordinario o in una delle due forme se l'operatore partecipa singolarmente
- Divieto di associazione in partecipazione e divieto di modifica della composizione soggettiva (ferme le deroghe espressamente previste di cui si dirà *infra*)
- Effetti in termini di nullità del contratto annullamento dell'aggiudicazione, esclusione di tutti i concorrenti partecipanti al consorzio ordinario o al RTI in caso di violazione dei divieti legalmente previsti

■ La morfologia dei Raggruppamenti temporanei

Il legislatore distingue, nei casi di integrazione di imprese, le fattispecie in ordine alle quali l'apporto di ciascun raggruppato è qualitativamente diverso perché afferisce a prestazioni di diversa specializzazione, dalle fattispecie in ordine alle quali ciascun raggruppato partecipa alle medesime tipologie di attività

Da ciò deriva la distinzione tra:

- **Raggruppamenti orizzontali**, per tale intendendosi una riunione di operatori economici finalizzata a realizzare i lavori della stessa categoria
- **Raggruppamenti verticali**, per tale intendendosi una riunione di operatori economici nell'ambito della quale uno di essi realizza i lavori della categoria prevalente, mentre i lavori scorporabili sono assumibili da operatori mandanti
 - ❑ **Raggruppamenti misti**, che si profilano nel caso di raggruppamento temporaneo di tipo verticale al cui interno possono essere presenti sub raggruppamenti di tipo orizzontale
- ❖ La ragione di fondo per l'articolazione verticale/orizzontale dei RTI va rinvenuta essenzialmente nella necessità di assicurare la corrispondenza tra le categorie e le qualificazioni SOA necessarie per l'esecuzione dei lavori e quelle effettivamente possedute dalla compagine di operatori in raggruppamento

■ I Raggruppamenti verticali

Art. 48, comma 1: per raggruppamento temporaneo di tipo verticale si intende una riunione di operatori economici nell'ambito della quale uno di essi realizza i lavori della categoria prevalente; per lavori scorporabili si intendono i lavori come definiti all'articolo 3, comma 1, lettera oo-ter) assumibili da uno dei mandanti;

- ❖ «*lavori di 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
- ❖ «*lavori di categoria scorporabile*», la categoria di lavori, individuata 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 SIOS

I RTI verticali presuppongono lavori complessi in cui esiste una categoria prevalente ed opere scorporabili, l'articolazione delle opere deve essere prevista nel bando di gara; il mandatario deve possedere requisiti di idoneità poziori rispetto ai mandanti, in quanto la responsabilità che esso assume è solidalmente estesa a tutte le lavorazioni, restando obbligati i mandanti solo per le categorie scorporabili eseguite



- I requisiti di cui all'articolo 84 devono essere posseduti dal mandatario per i lavori della categoria prevalente e per il relativo importo; per i lavori scorporati ciascun mandante deve possedere i requisiti previsti per l'importo della categoria dei lavori che intende assumere e nella misura indicata per il concorrente singolo (art. 48 comma 6);
- I requisiti relativi alle lavorazioni scorporabili non assunte dalle mandanti sono posseduti dalla mandataria con riferimento alla categoria prevalente (art. 92, comma 3 d.P.R. 207/2010);
 - ❖ **Cooptazione:** Se il singolo concorrente o i concorrenti che intendano riunirsi in raggruppamento temporaneo hanno i requisiti di partecipazione, 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 (*id*, comma 5)

■ I Raggruppamenti misti

L'ultimo periodo del comma 6 dell'art. 48 prevede espressamente la possibilità di costituire un **raggruppamento temporaneo di tipo misto** (possibile, ovviamente, solamente in caso di astratta costituzione di un raggruppamento verticale, cioè in presenza di un appalto di lavori che contenga la previsione di categorie scorporabili a fianco della prevalente).

In particolare, è stato previsto che sia i lavori riconducibili alla prevalente che quelli riconducibili alle scorporabili possano essere assunti anche da imprenditori riuniti in raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale: ciò significa che qualora la stazione appaltante abbia previsto la contemporanea presenza delle due categorie di lavori – ammettendo in tal modo la costituzione di raggruppamenti verticali – tanto le prime quanto le seconde possono essere assunte da un raggruppamento di tipo orizzontale

■ I Raggruppamenti orizzontali

Art. 48, comma 1 (secondo periodo): per raggruppamento di tipo orizzontale si intende una riunione di operatori economici finalizzata a realizzare i lavori della stessa categoria.

Trattasi pertanto di un'integrazione tra imprese che effettuano prestazioni riferibili alla medesima categoria di lavori

- Pertanto, tutte le imprese del raggruppamento assumono una **responsabilità solidale** nei confronti della stazione appaltante, nonché dei subappaltatori e fornitori

Nel silenzio del bando di gara (cioè nel caso in cui la stazione appaltante non preveda prestazioni principali e prestazioni scorporabili), devono ritenersi possibili solamente raggruppamenti orizzontali

La stazione appaltante può indicare le misure ed i requisiti che devono essere posseduti dai singoli concorrenti raggruppati sulla base dei principi di proporzionalità e ragionevolezza ed avendo riguardo alla natura specifica dell'appalto. In ogni caso:

- i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara per l'impresa singola devono essere posseduti dalla **mandataria 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** (ciò per evitare un eccessivo frazionamento e la garanzia per la stazione appaltante data dalla solidità della mandataria)
- 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



Rapporti tra RTI ed avalimento

Un'impresa partecipante al raggruppamento può, in linea di principio, cedere un proprio requisito ad altra impresa dello stesso raggruppamento, mandataria o mandante.

Tuttavia, qualora il requisito oggetto di avalimento sia un **certificato di qualità**, il ricorso all'istituto comporta che l'ausiliata utilizzi per l'esecuzione dei lavori il sistema organizzativo dell'ausiliaria, avvalendosi del medesimo complessivamente e in modo continuativo per la durata dell'esecuzione dei lavori

▪ se il requisito viene fatto oggetto di avalimento interno al raggruppamento, l'impresa ausiliaria se ne priva a favore dell'impresa ausiliata, con la conseguenza che il requisito richiesto dalla *lex specialis* viene a mancare per almeno una delle imprese raggruppate, essendo il certificato di qualità documento unitario, non frazionabile e non utilizzabile contemporaneamente dai due operatori economici

➤ In sintesi, **il medesimo certificato di qualità non può essere “speso” contemporaneamente da due imprese del medesimo raggruppamento**, quando entrambe necessitano del suo possesso ai fini della qualificazione, perché:

- ✓ o l'ausiliaria si priverebbe del requisito ceduto/prestato all'altro raggruppato, divenendo così a sua volta carente del requisito richiesto dalla disciplina di gara in capo a tutti i componenti del RTI;
- ✓ o il requisito soggettivo verrebbe inopinatamente duplicato da parte dei medesimi raggruppati, in violazione della disciplina euro-unitaria ed interna sull'avvalimento.

A tale ultimo riguardo, va infatti evidenziato come (**Cons. Stato, sez. V, 13.09.2021 n. 6271**):

- per un verso, si verrebbe a determinare una sorta di inammissibile condivisione della medesima organizzazione aziendale; siffatta “confusione” non sarebbe affatto impedita dall'asserita diversità dei periodi di esecuzione delle quote di lavori assunti da ciascuna delle imprese del raggruppamento, in modo da evitare sovrapposizioni nell'ambito dell'unitario cronoprogramma; tali assunti attengono infatti alla fase esecutiva dei lavori, laddove l'unicità del possesso del requisito in capo a ciascuna impresa del raggruppamento è richiesta ex ante ai fini dell'ammissione alla procedura di gara;
- per altro verso, si avrebbe una compromissione della concorrenza

■ Il regime della responsabilità

Raggruppamenti orizzontali

Tutte le imprese partecipanti sono solidamente responsabili nei confronti dei subappaltatori, dei fornitori e della pubblica amministrazione

Raggruppamenti verticali

Ciascun operatore risponderà con un diverso regime di responsabilità limitata alle prestazioni di pertinenza, ferma la responsabilità solidale del mandatario per tutte le obbligazioni scaturenti dal contratto di affidamento

Principio di corrispondenza tra requisiti di qualificazione e quote di esecuzione

Art. 92, comma 2 d.P.R. 207/2010:

- vi è piena libertà in capo alle imprese partecipanti al raggruppamento di stabilire la quota di partecipazione al raggruppamento - per tale intendendosi la percentuale di «presenza» all'interno del raggruppamento -, **con il solo limite rappresentato “dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato o dal consorziato”**;
- Sussiste 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”

Pertanto, **l'impresa associata partecipa alle gare in base ai (e nei limiti dei) propri requisiti di qualificazione; deve esserci corrispondenza tra i requisiti di qualificazione posseduti dalla singola impresa e la quota di lavorazioni effettivamente eseguita; non è necessario (a differenza di quanto stabilito in passato) che vi sia piena corrispondenza tra quota di esecuzione dei lavori e quota di partecipazione al raggruppamento.**

Ciò che rileva è il rispetto dei requisiti di qualificazione!

- (Cons. Stato, Ad. Plen., 27 marzo 2019, n. 6) «In applicazione dell'art. 92, co. 2, DPR 5 ottobre 2010 n. 207, la mancanza del requisito di qualificazione in misura corrispondente alla quota dei lavori, cui si è impegnata una delle imprese costituenti il raggruppamento temporaneo in sede di presentazione dell'offerta, è causa di esclusione dell'intero raggruppamento, anche se lo scostamento sia minimo ed anche nel caso in cui il raggruppamento nel suo insieme (ovvero un'altra delle imprese del medesimo) sia in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all'esecuzione dell'intera quota di lavori (...). Non vale a superare le ragioni di annullamento dell'aggiudicazione il solo fatto che il Rti nel suo complesso vanterebbe le qualificazioni richieste, atteso che comunque uno dei suoi membri ne risulta privo rispetto alla percentuale di lavori dichiarata, e ciò dà luogo di per sé a un vizio di qualificazione determinante la necessaria esclusione del concorrente (cfr. in proposito anche Cons. Stato, V, 13 agosto 2020, n. 5030, in cui si pone in risalto che “ai fini dell'integrazione dei requisiti nell'ambito dei Rti [...] non è l'astratto possesso del requisito ad assumere rilievo in sé, bensì la concreta spendita di questo da parte del concorrente, non passibile di modifiche successivamente alla presentazione delle domande (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 27 marzo 2019, n. 6, cit; cfr. anche V, 23 aprile 2020, n. 2591; 31 luglio 2019, n. 5427)».

Nessun membro del RTI può, dunque, eseguire parti dell'appalto in misura superiore ai propri requisiti di qualificazione!

■ I raggruppamenti «sovrabbondanti»

Con la locuzione si intendono quei raggruppamenti temporanei costituiti da più operatori economici ciascuno dei quali in grado di partecipare singolarmente all'incanto (perché autonomamente munito dei requisiti richiesti dalla *lex specialis*)

La giurisprudenza ha affermato che l'ordinamento in generale non vieta questa tipologia di raggruppamenti, considerando la neutralità della tipologia negoziale raggiunta tra i privati partecipanti, soggette al solo limite della liceità e meritevolezza della causa, non potendo pertanto dirsi in astratto contrario al confronto concorrenziale.

Tuttavia, è stato precisato che la neutralità si arresta allorquando tale strumento sia concretamente posto in essere per eludere le regole sulla concorrenza (Cons. Stato, III, n. 3402/2021).

- In altri termini, lo strumento del RTI sovrabbondante non è illecito di per sé, ma può diventarlo qualora il raggruppamento tra imprese sia realizzato al fine di eludere le norme in materia di tutela della concorrenza (e *antitrust*), suscettibili di minare l'esito della gara pubblica nel caso concreto (c.d. *bid rigging*)

Alla luce di tali osservazioni, la legittimità di un provvedimento espulsivo di un RTI sovrabbondante deve essere valutata sulla base di tre requisiti:

- Le esigenze derivanti dalla natura specifica dei lavori
- La dimostrazione (da parte della stazione appaltante) della sussistenza di rischi concreta ed attuali di collusione delle imprese raggruppate
- La previsione della possibilità per le imprese raggruppate di dimostrare, in contraddittorio con l'amministrazione, l'assenza di qualsiasi intento elusivo delle regole concorrenziali



Diffidenza della giurisprudenza verso lo strumento del RTI sovrabbondante!

I divieti formali di partecipazione

- **È fatto divieto ai concorrenti di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti, ovvero di partecipare alla gara anche in forma individuale qualora abbia partecipato alla gara medesima in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti**

In tal modo si mira ad impedire che vi sia una duplicazione delle offerte da parte del medesimo concorrente.

Una violazione di tale divieto comporta l'estromissione dalla gara sia del singolo operatore che partecipi anche singolarmente che del RTI di cui fa parte.

- ❖ **È vietata l'associazione in partecipazione sia durante la procedura di gara sia successivamente all'aggiudicazione:** tale divieto appare ispirato dalla necessità di evitare che gli utili provenienti dallo svolgimento delle attività possano essere acquisiti da altro soggetto diverso dall'appaltatore, cioè non sottoposto al controllo dell'amministrazione aggiudicatrice; al contempo, esso è diretto a far sì che l'appaltatore non sia di fatto controllato da altri nello svolgimento della propria attività imprenditoriale della quale risponde nei confronti della stazione appaltante

- **Salvo quanto disposto ai commi 17 e 18, 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**

Il principio di immodificabilità della composizione soggettiva del raggruppamento va a sua volta correlato con altre disposizioni dell'ordinamento:

- a. art. 48, comma 11 che consente in caso di procedure ristrette, dialogo competitivo o negoziate che l'operatore economico invitato individualmente (o il candidato ammesso individualmente nella procedura di dialogo competitivo abbia la facoltà di presentare offerta o di trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti. In tal modo, si consente implicitamente una trasformazione dell'operatore da singolo a raggruppato
- b. Art. 92, comma 5 d.P.R. n.207/10, che consente al concorrente singolo ovvero ai concorrenti riuniti in RTI orizzontale che abbiano i requisiti di partecipazione di raggruppare altre imprese qualificate per tipologie ed importi diversi da quelli richiesti dal bando, a condizione che i lavori svolti da queste ultime non superino il 20% dell'importo complessivo dell'appalto e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni sia almeno pari all'importo dei lavori che saranno affidati (cooptazione delle imprese).
 - A riguardo, è stato precisato che il soggetto cooptato non acquista lo *status* di concorrente, né assume quote di partecipazione all'appalto, non è contraente e non presta garanzie; infine non può subappaltare né affidare altrimenti a terzi la propria quota di lavori (Cons. Stato, IV, n. 3344/2014). Inoltre, è necessaria una dichiarazione espressa ed inequivoca da parte del concorrente qualificato circa la volontà di procedere con la cooptazione (Cons. Stato, VI, n. 5749/2012).

Deroghe al principio di immutabilità soggettiva dei RTI

- ❑ La regola generale è quella del mantenimento dell'identità giuridica e sostanziale dell'offerente, in omaggio al principio di parità di trattamento e di trasparenza (art. 48, comma 9).

Tuttavia, sono consentite le modifiche soggettive della compagine del RTI previste all'art. 48 del Codice:

I. Modifiche necessitate da vicende patologiche di uno degli operatori riuniti in RTI

Ipotesi previste dalla legge, che contemplano fattispecie in cui la modifica si rende necessaria a causa di vicende sopravvenute ed indipendenti dalla volontà dell'operatore economico, e comunque non lesive dell'assetto concorrenziale:

- **Comma 17:** 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 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 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

■ **art. 95, comma 1, del d. lgs. n. 159 del 2011 (Codice antimafia):**

- **È consentita 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.
- ✓ La mandante colpita da provvedimento interdittivo deve essere sostituita **anteriamente** alla stipulazione del contratto. La sostituzione può essere effettuata entro trenta giorni dalla comunicazione delle informazioni del prefetto qualora esse pervengano successivamente alla stipulazione del contratto.



Concordato preventivo con continuità aziendale (art. 186 *bis*, comma 4, L. fallimentare):

l'impresa in concordato con continuità aziendale – qualora opportunamente autorizzata dal giudice fallimentare ed in presenza dei requisiti previsti dalla disciplina - può concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, **purché non rivesta la qualità di mandataria** e sempre che le altre imprese aderenti al raggruppamento non siano assoggettate ad una procedura concorsuale.



In altri termini, è ammessa la partecipazione di un RTI all'interno del quale vi sia una sola mandante in concordato preventivo con continuità aziendale

- La mandataria in concordato deve essere tempestivamente sostituita ai sensi dell'art. 48, comma 17, con altra impresa facente parte del raggruppamento, pena l'esclusione dell'intero RTI;
- La presenza di due mandanti in concordato con continuità comporta la necessità di sostituirne almeno una con altra impresa facente parte del raggruppamento ai sensi dell'art. 48, comma 18, pena - anche in tal caso - l'esclusione dell'intero RTI;
 - ❖ La presentazione di una domanda di **concordato in bianco o con riserva** (ai sensi dell'art. 161, comma 6, L. fallimentare) da parte di una delle mandanti **non integra una causa di esclusione automatica** per perdita dei requisiti generali, essendo rimesso in primo luogo al giudice fallimentare - in sede di rilascio dell'autorizzazione di cui all'art. 186 bis, comma 4 e al quale l'operatore che ha chiesto il concordato si deve tempestivamente rivolgere fornendo all'uopo le informazioni necessarie - valutare la compatibilità della partecipazione alla procedura di affidamento in funzione e nella prospettiva della continuità aziendale. L'autorizzazione giudiziale alla partecipazione alla gara pubblica deve intervenire entro il momento dell'aggiudicazione della gara (Cons. Stato, Ad. Plen., n. 10/2021)

■ Modalità di sostituzione dell'impresa uscente

In generale, l'evento che conduce alla sostituzione meramente interna, 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.

Tuttavia, 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 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 (**Cons. Stato, Ad. Plen., n. 10/2021**)

II. Modifiche necessitate da esigenze organizzative delle imprese raggruppate (recesso)

- **Comma 19:** è 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**



Il recesso è l'atto con il quale una delle parti si scioglie unilateralmente dal vincolo contrattuale ed è disciplinato in via generale dall'art. 1373 c.c., pur sussistendo nell'ordinamento specifiche previsioni legislative che concedono tale diritto, ne configurano le sue caratteristiche e i casi in cui può essere esercitato.

Una di queste è proprio il citato comma 19 dell'art. 48, il quale prevede che:

- il recesso è possibile purché il soggetto recedente venga sostituito non da un soggetto esterno, ma da uno o più soggetti dello stesso raggruppamento che rimangono e si fanno carico anche della sua quota di attività: pertanto la sostituzione può essere solo interna;
- il recesso è consentito esclusivamente per esigenze organizzative del raggruppamento;
- è autorizzato solo se le imprese rimanenti dispongono dei requisiti di qualificazione adeguati alle prestazioni ancora da eseguire;
- **il recesso non è ammesso se finalizzato ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara (vedi diapositiva 22).**

Comma 19-ter: 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

- **Cons. Stato, Sez. III, n. 5852/2021:** Sulla base di quanto enunciato dall'Adunanza Plenaria nn. 9 e 10/2021, deve ritenersi che il comma 19-ter dell'art. 48, estende espressamente la possibilità di modifica soggettiva per le ragioni indicate dai commi 17, 18 e 19 anche in corso di gara, con le precisazioni contenute nei detti commi e, dunque, deve escludersi l'ipotesi della perdita dei requisiti di cui all'art. 80, circoscritta espressamente alla sola fase esecutiva.
- **Cons. Stato, Sez. V, ordinanza n. 6959/2021:** rimessione all'Adunanza Plenaria della questione della modificabilità in riduzione del RTI per perdita da parte di uno dei componenti dei requisiti ex art. 80 anche in fase di gara:

*«Nella sentenza dell'Adunanza plenaria 27 maggio 2021, n. 10, la modificabilità del raggruppamento per la perdita di requisiti di cui all'art. 80 del codice dei contratti in capo alla mandataria o ad una delle mandanti in fase di gara è detta non ammissibile **incidentalmente**...»;*

«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»;

«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»;

«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»

N.B. Le uniche modifiche ammissibili alla compagine soggettiva dei RTI sono quelle «in riduzione»!

Non sono ammesse modifiche additive, poiché l'aggiunzione di soggetti esterni all'originaria composizione del raggruppamento, che ha presentato la propria offerta con una determinata composizione soggettiva, costituirebbe 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

- *«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'aggiunzione 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» (Cons. Stato, Ad. Plen., n. 9/2021)*

N.B. La modifica della compagine non deve essere finalizzata ad eludere la carenza originaria dei requisiti di partecipazione!

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 mancavano *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.

- In altri termini, **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 (v. **Cons. Stato, Sez. III, 2 aprile 2020, n. 2245**)

Pertanto, **ciò che rileva per la legittimità sia della sostituzione disciplinata ai commi 17-18 che del recesso di cui all'art. 19 è che la modificazione soggettiva in riduzione della compagine – qualunque sia la forma in concreto adottata – sia stata determinata da esigenze organizzative e senza intenti elusivi, per tali intendendosi quelle ipotesi nelle quali la carenza dei requisiti risalga già al momento della presentazione dell'offerta e non anche le ipotesi in cui detta carenza sia sopravvenuta alla domanda di partecipazione.**

L'elusione, quale limite della modifica in riduzione, quindi, va apprezzata in ragione del motivo posto alla base dell'operazione riduttiva e del tempo di emersione del relativo motivo. In altri termini, l'esercizio della facoltà non può sanare *ex post* una situazione in cui il soggetto recedente non poteva essere ammesso già al momento dell'offerta (cfr. **Cons. Stato, VI, 4858/2020**).



Ciò che veramente rileva, dunque, è il rispetto del limite dato dalla necessaria continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione, anche e per tutta la fase dell'esecuzione dei lavori

La riduzione della compagine del raggruppamento o del consorzio può trovare la propria giustificazione nell'esigenza di riorganizzazione derivante sia dalla perdita di un requisito da parte di un'impresa, sia da mere esigenze organizzative connesse con l'attività di impresa. La *ratio* consiste sia nell'incentivazione della libera concorrenza e della massima partecipazione sia nell'esigenza di garantire, per quanto possibile, la stabilizzazione dell'offerta risultata migliore nell'interesse pubblico della qualità delle opere, nonché, nella fase dell'esecuzione, la continuità e tempestività dei lavori.

Pertanto, qualora sia rispettato il limite anzidetto, la modifica soggettiva, a prescindere dal *nomen iuris* utilizzato (sostituzione o recesso), è consentita per esigenze organizzative del raggruppamento, per tali intendendosi sia il caso di acquisizione di nuove commesse estremamente impegnative che costringono l'impresa a rivedere l'impegno assunto nell'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto; sia 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 per effetto di una sopravvenuta situazione di insolvenza o di crisi aziendale

Grazie a tutti per
l'attenzione!

Roma, 3 novembre 2021