

***Raggruppamenti temporanei di Operatori economici.
Motivi di esclusione ex art. 80 o assenza dei requisiti di un
raggruppato: esclusione irrimediabile di tutto il R.T.O.E. o possibile
recesso del raggruppato inidoneo?***

Il pregio del tanto decantato (oggi non più, anzi deprecato da quasi tutti quelli che lo avevano voluto) Codice dei contratti, è quello di superare ogni immaginazione nel risultare incerto, ambiguo e fonte di dubbi per tutti, stazioni appaltanti e Operatori economici.

Più si prosegue nell'operatività del Codice, più si incontrano motivi di dubbio e, a distanza di quasi 5 anni [1] questa volta in relazione ai Raggruppamenti temporanei di Operatori economici (RTOE o RTI o ATI, ma anche RTP o ATP, a seconda del caso e della fantasia) disciplinati dall'articolo 48.

Eravamo certi, nessuno aveva ragione di dubitarne, che in caso di RTOE, qualora uno dei raggruppati, senza differenze tra mandatario o mandante, incorresse in uno dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 del Codice dei contratti [2], l'intero RTOE dovesse essere irrimediabilmente escluso.

Alla stessa stregua appare (o forse appariva) certo che se uno dei raggruppati non fosse in possesso dei requisiti di selezione, economico-finanziari o tecnico-organizzativi e professionali, costituisse causa di esclusione dell'intero RTOE. L'esistenza di una corposa giurisprudenza sul punto consente di omettere ogni richiamo a conferma di quanto appena detto. A maggior conferma di tale assunto sono stati anche definiti casi limite, ad esempio:

--- l'esclusione per carenza dei requisiti in capo a un operatore economico mandante ha costituito causa di esclusione dell'intero RTOE anche qualora quest'ultimo fosse stato in possesso dei requisiti in misura «sovrabbondante», ovvero in misura superiore a quelli richiesti dalle regole della gara anche in assenza del mandante inidoneo (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 27 marzo 2019, n. 6, richiamata anche da Sezione IV, 9 luglio 2020, n. 4401);

--- in un appalto suddiviso in lotti, l'esclusione coinvolge tutti i lotti ai quali ha partecipato il RTOE, anche in composizione diversa, e anche per i lotti dove tale componente inidoneo non fosse presente (Consiglio di Stato, Sezione V, 2 febbraio 2021, n. 964). [3]

Né a confutazione potevano essere chiamati arresti giurisprudenziali solo apparentemente difformi, riguardanti casi particolari, quali un mandante che solo formalmente ha omesso talune dichiarazioni sui propri requisiti ma in scrupolosa osservanza dei moduli predisposti dalla Stazione appaltante sui quali faceva legittimo affidamento, oppure la mancata dichiarazione di una precedente risoluzione contrattuale imputabile a terzi (Consiglio di Stato,

¹ Sarebbe agevole dire a distanza di quasi 15 anni, perché le questioni qui poste erano già presenti, almeno in linea di principio, nel Codice abrogato del 2006.

² Dubbi potevano porsi sui motivi di esclusione cosiddetti extravaganti, non riferibili all'art. 80, come la mancata visita dei luoghi, o la mancata accettazione di quei fantastici documenti inutili come i protocolli di legalità o i patti di integrità. Qualcuno si scandalizzerà ma questa è la realtà: documenti inutili se non per farne vanto nelle conferenze stampa e nelle interviste dei prefetti (anche questi ultimi di dubbia utilità).

³ Seppure tale pronuncia riguardi una consorziata di Consorzio stabile, la conclusione potrebbe essere applicabile, a maggior ragione, ai RTOE, almeno in ragione dell'equiparazione tra le diverse tipologie di offerenti, operata dal comma 19-bis, introdotto nell'art. 48 dal decreto legislativo n. 56 del 2017.

Sezione V, 7 maggio 2019 n. 2917).

Da ultimo il Consiglio di Stato, Sezione V, 28 gennaio 2021, n. 833, ha rigettato l'appello contro l'esclusione del RTOE dove una mandante aveva pendenze contributive ex articolo 80, comma 4, in linea con un orientamento che sembrava consolidato.

Orientamento che subisce uno scossone in seguito alla formulazione intrinsecamente contraddittoria (secondo alcuni solo apparentemente contraddittoria, come si vedrà nel seguito) dell'articolo 48, commi 9 e da 17 a 19-ter, del Codice. In particolare, i commi 17 e 18, che riproducono i commi 18 e 19 dell'abrogato Codice del 2006 e sul quale si era formata una abbastanza nutrita giurisprudenza (seppure non univoca nella individuazione del subentrante all'operatore che fesse incorso nelle cause ostate elencate da tali commi) [4], dispongono la possibilità di sostituire o estromettere un operatore economico raggruppato, qualora, **nel corso di esecuzione del contratto**, incorra in una di tali cause ostate, facendo salva la possibilità per la Stazione appaltante di consentire la continuazione nell'esecuzione del contratto alle seguenti condizioni:

- a) se colpito dai motivi ostate fosse stato il mandatario, il RTOE doveva individuare un altro mandatario, purché in possesso dei requisiti richiesti al mandatario (comma 17);
- b) se colpito dai motivi ostate fosse stato un mandante, il mandatario poteva espellere il mandante "decaduto" (o meglio, accettarne il recesso) e assumere in proprio le prestazioni già accollate a quest'ultimo o individuare un nuovo mandante, nell'ambito del raggruppamento (comma 18);
- c) in ambedue i casi purché continuassero a sussistere in capo al RTOE i requisiti di qualificazione adeguati alla parte di contratto ancora da eseguire.

In tutti i casi, il nuovo mandatario o il nuovo mandante andavano reperiti all'interno del RTOE (possibilità di sostituzione, dopo il recesso, con un operatore economico già presente nel raggruppamento) senza l'inclusione di un nuovo operatore economico, ovvero con divieto di modifica in ampliamento del raggruppamento [5]. In altri termini può essere tollerato un RTOE "a geometria variabile" a condizione che il perimetro dei suoi componenti non sia aperto verso l'esterno (sul punto Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 4 maggio 2012, n. 8). Prendiamo pure per buono questo orientamento, anche se non mancano precedenti molto più restrittivi, nel senso della non modificabilità in assoluto della composizione del RTOE nella fase che precede l'esecuzione [6].

Ma il vero punto fermo era che le condizioni che portavano alla modifica della composizione del RTOE dovevano verificarsi «*in corso di esecuzione*», come recita l'inciso ben preciso e inequivocabile presente in ambedue i commi 17 e 18. Inciso che, per la verità, poteva dirsi pleonastico: se i fatti di cui si tratta fossero verificati in fase di gara o tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto, avrebbero portato rispettivamente all'esclusione dell'intero RTOE dalla gara o alla revoca dell'aggiudicazione, com'è stato incontrovertito e universalmente accettato.

Il nuovo Codice del 2016, diversamente dal Codice abrogato, ha previsto un comma 19,

⁴ *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.*

⁵ *Da ultimo T.A.R. Puglia, Bari, 15 gennaio 2021, n. 92 (non appellata).*

⁶ *T.A.R. Sardegna, Cagliari, 14 agosto 2020, n. 455 (non appellata) e arresti di secondo grado ivi richiamati.*

secondo il quale «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». Pacifico il primo periodo, che consiste nella "legificazione" di un ragionevole e condivisibile orientamento del Consiglio di Stato; meno il secondo periodo che potrebbe comportare la difficoltà di discriminare la modifica fatta per esigenze organizzative da quella finalizzata a eludere la mancanza di un requisito di partecipazione [7], che richiederebbe un'indagine psicologica o etico-comportamentale,

Senonché con il decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56 (primo correttivo), all'articolo 48 sono stati aggiunti ulteriori due commi, ovvero:

--- il comma 19-bis: «Le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche con riferimento ai soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b), c) ed e)»; fin qui, nulla quaestio, non c'era ragione per una disciplina differenziata dei consorzi rispetto ai raggruppamenti; va detto però che l'estensione ai consorzi toglie molte argomentazioni, anche della giurisprudenza, in materia di consorzio inidoneo che travolge nell'esclusione il consorzio del quale fa parte [8];

--- il comma 19-ter: «Le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verificano in fase di gara»; qui sorge l'equivoco: come possono applicarsi norme con riferimenti "circolari"? Il recesso del componente inidoneo (del RTOE o del Consorzio) è ammesso anche in fase di gara, in alternativa all'esclusione, in forza del rinvio a norme che limitano tale facoltà alla diversa fase di esecuzione. Non era meglio sopprimere l'inciso incriminato «in corso di esecuzione» (peraltro non presente nel Codice abrogato del 2006)?

Si è già citato Consiglio di Stato, Sezione V, 28 gennaio 2021, n. 833, secondo il quale l'inciso «in corso di esecuzione» andrebbe riferito solo al venir meno dei requisiti soggettivi di cui all'articolo 80, ed essendo quest'ultima condizione introdotta con lo stesso provvedimento legislativo che, al comma 19-ter, ha esteso alla fase di gara l'applicazione del recesso del raggruppato inidoneo previsto dai commi 17 e 18, tale estensione non riguarda i requisiti soggettivi (rectius: i motivi di esclusione) ex articolo 80. In altri termini il collegio sembra fare una lettura "parcellizzata" dei commi 17 e 18, per fattispecie distinte, nel seguente modo: «La stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico [del raggruppamento e in permanenza dei requisiti di qualificazione] nei seguenti casi:

a) 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, sia in fase di gara che in corso di esecuzione [in forza del comma 19-ter];

⁷ E qui l'equivoco si aggrava: non si possono confondere i requisiti di partecipazione (segnatamente ex articoli 83 e seguenti) con i motivi di esclusione (ex art. 80), mentre qui sembrano sovrapponibili o quantomeno posti sullo stesso piano, ignorando la rilevanza delle definizioni e della terminologia usata.

⁸ Restando incontroversa l'esclusione reciproca di consorzio e consorziata indicata nei casi di cui all'art. 48, comma 7, trattandosi di fattispecie estranea ai casi disciplinati dai commi da 17 a 19-ter.

b) perdita, **in corso di esecuzione**, dei requisiti di cui all'articolo 80;

c) nei casi previsti dalla normativa antimafia [dove la distinzione tra la fase di gara e la fase di esecuzione è lasciata appesa alla siepe come un salame]».

Solo il caso a), sarebbe coinvolto dall'innovazione legislativa del comma 19-ter, per cui la sostituzione o il recesso dell'operatore inidoneo sarebbero ammessi anche in fase di gara [9], mentre nel caso b), il recesso e la sostituzione causati dal venir meno dei requisiti soggettivi (ovvero dalla sopravvenienza dei motivi di esclusione) ex articolo 80, sarebbero possibili solo in fase di esecuzione. In quell'occasione il collegio sembra aver risolto così l'antinomia alla base di queste note, trascurando almeno due particolari.

In primo luogo, distinguere nettamente le condizioni ostative dei commi 17 e 18 (fallimento, liquidazione ecc.) dai motivi di cui all'articolo 80 non pare una grande scelta, visto che le predette condizioni ostative sono riprodotte al comma 5, lettera b), dello stesso articolo e, indirettamente, dall'articolo 83, comma 4; la stessa cosa si può dire del caso c) dal momento che i casi previsti dalle norme antimafia ricadono nel perimetro dell'articolo 80, comma 2.

In secondo luogo, non è risolto il contrasto con l'articolo 95, comma 1, del decreto legislativo n. 159 del 2011, che ammette la sostituzione dell'impresa colpita dalle misure antimafia solo in presenza di ambedue le seguenti condizioni:

--- se si tratta della mandante [10], quindi non della mandataria;

--- se si verifica anteriormente alla stipulazione del contratto, quindi senz'altro non «*in corso di esecuzione*», ma forse possibile «*in fase di gara*», coinvolgendo i commi 2 e 6 dell'articolo 80.

Trascuriamo, per esigenze di economia generale, l'ulteriore eccezione di cui all'articolo 94, comma 3, del decreto legislativo n. 159 del 2011 [11] e fermiamoci all'incrocio incestuoso tra l'articolo 80 del Codice dei contratti e gli articoli 93 e 94 del Codice antimafia, incrocio che si estende anche oltre questo caso [12].

Comunque, l'ultima pronuncia citata, aldilà del caso particolare, si collocava nel perimetro restrittivo dell'esclusione dell'intero RTOE in caso di inidoneità di un suo componente.

Tranquilli? Tutt'altro. Ecco che T.A.R. Toscana, Firenze, 10 febbraio 2021, n. 217, riscrive la storia, affermando la possibilità di modifica soggettiva dei RTOE (sempre nel perimetro "interno" degli stessi) non solo in fase di esecuzione bensì anche in fase di gara [13] qualora i motivi di esclusione di cui all'articolo 80 si verificano in capo a uno degli operatori raggruppati.

Si potrebbe sorvolare su quest'ultimo arresto del giudice di primo grado invocando una inesistente gerarchia della giurisdizione di secondo grado, ma la decisione del collegio toscano

⁹ Ragionevolmente da intendersi più che in fase di gara, come prima della stipula del contratto, per non lasciare nel limbo il segmento temporale trascurato dal legislatore, intercorrente tra l'aggiudicazione (che conclude la fase di gara) e la fase di esecuzione (che di norma inizia con la stipula del contratto).

¹⁰ Se taluna delle situazioni da cui emerge un tentativo di infiltrazione mafiosa ... interessa un'impresa **diversa da quella mandataria** che partecipa ad un'associazione o raggruppamento temporaneo di imprese, le cause di divieto o di sospensione non operano nei confronti delle altre imprese partecipanti quando la predetta impresa sia estromessa o sostituita anteriormente alla stipulazione del contratto.

¹¹ Non si procede a revoca o recesso nel caso in cui l'opera sia in corso di ultimazione ovvero, in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi.

¹² Limitiamoci al caso dell'operatore economico che si aggiudica un appalto dopo aver superato indenne i motivi antimafia ex art. 80, comma 2, per tutti i soggetti elencati al comma 3, ma poi non può stipulare il contratto in presenza di misure antimafia relative a soggetti estranei al comma 3 (es. conviventi stabili).

¹³ O comunque prima della stipula del contratto.

è interessante perché non ignora il recentissimo orientamento contrario di palazzo Spada, ma lo esamina fino alla sua demolizione totale. Nell'occasione richiama a proprio sostegno un diverso precedente (Consiglio di Stato, Sezione II, 4 aprile 2020, n. 2245) [14].

Secondo il giudice territoriale «*l'inciso aggiunto dal correttivo "... ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80" [è] coerente ed omogeneo ... ai mutamenti intervenuti in corso di esecuzione. In particolare, la locuzione "in corso di esecuzione" ... è **neutra o al più superflua** dato il contesto in cui è inserita. Mentre, il comma 19-ter estende la richiamata disciplina delle modifiche soggettive **anche** alla fase di gara, senza ... differenziazione all'interno delle ipotesi dei commi 17, 18 e 19*». Né a conclusione diversa si giunge con il comma 19, dove stabilisce che la modifica soggettiva «*non è ammessa se finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara*», dal momento che tale condizione ostativa alla modifica si impone solo se il motivo di esclusione ex articolo 80 [15] fosse originario (ovvero sussistente al momento della presentazione dell'offerta), mentre se sopravvenuto in corso di gara (o a maggior ragione in corso di esecuzione) il RTOE può sostituire il componente "in difetto".

In conclusione, T.A.R. Toscana, richiamando Consiglio di Stato, Sezione II, 4 aprile 2020, n. 2245, ha ritenuto che «*l'obiettivo del legislatore è quello di garantire la partecipazione degli operatori "sani" costituiti in raggruppamento, evitando che la patologia di un operatore travolga ingiustamente anche gli altri ... Alla stregua di tale ratio legis **non v'è ragione di operare distinzioni fra le varie sopraggiunte cause di esclusione***». Quindi solo la causa di esclusione presente al momento della presentazione dell'offerta mantiene in vita l'articolo 80 per i raggruppamenti temporanei e i consorzi, mentre una volta scaduto il termine per la presentazione delle offerte (entrati nel vivo della fase di gara, come se dalla data di pubblicazione del bando alla data di scadenza del citato termine non si fosse nella fase di gara) i RTOE possono bypassare tranquillamente i motivi di esclusione di cui all'articolo 80, facendo recedere il proprio componente inidoneo, sempre che nel RTOE sopravvivano integralmente i requisiti di selezione (o per la parte di prestazioni ancora da effettuare se l'evento avviene in corso di esecuzione).

Bene, o meglio, male. Alla domanda se un RTOE, ammesso regolarmente alla competizione, debba essere escluso se in fase di gara un suo componente incorre in una delle cause di esclusione di cui all'articolo 80, l'unica risposta possibile è «*boh!*». Non si prova nemmeno ad immaginare le conseguenze nelle gare con l'inversione procedimentale e il coinvolgimento della immodificabilità della graduatoria, questione già di per sé controversa.

In attesa di una soluzione incontrovertibile, sarà di interesse la prossima pronuncia dell'Adunanza Plenaria, investita della questione dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, con ordinanza 20 gennaio 2021, n. 37.

Certo, se passerà la soluzione più favorevole agli offerenti, si dovrà spiegare perché un RTOE ammesso regolarmente alla gara, dove un suo componente non rinnova l'attestazione SOA o la certificazione di qualità vada escluso con revoca dell'eventuale aggiudicazione, mentre se il suo componente, foss'anche mandatario, viene accertato come mafioso può essere fatto recedere e sostituito.

¹⁴ *Che peraltro non riguardava precisamente un caso "in corso di gara" bensì un caso "posteriore all'aggiudicazione", comunque anteriore alla fase di esecuzione, un dettaglio sul quale si può sorvolare.*

¹⁵ *E qui il collegio, prende atto che le condizioni ostative di cui ai commi 17 e 18 si sovrappongono o comunque sono ricomprese nei motivi di esclusione ex art. 80 come accennato in precedenza.*