

QUADERNO NOMOS APPALTI

Avv. Gianni Fischione

Sulla cumulabilità dei rimedi del *self cleaning* e del'estromissione dalla gara nel nuovo Codice Appalti approvato con D.Lgs. n 36/23.

Roma – Ottobre 2024

1. Il comma terzo dell'art 97 D. Lgs. n. 36/23 (per brevità Codice 2023 o Codice) dispone, con riferimento al settore dei lavori, delle forniture e dei servizi¹, quanto segue: << *I commi 1 e 2 si applicano anche ai consorzi ordinari. Si applicano altresì ai consorzi fra imprese artigiane, nonché ai consorzi stabili limitatamente alle consorziate esecutrici e alle consorziate aventi i requisiti di cui i consorzi si avvalgono*>>².

Il comma 1 dell'art 97 Codice prevede la possibilità dell'impresa raggruppata interessata da un *default* di requisito generale (la norma parla di cause automatiche e non automatiche di esclusione ex artt. 94 e 95 Codice, norme che contemplano l'esclusione dalla gara per la carenza dei requisiti generali ivi menzionati) di adottare misure di *self cleaning* per non essere esclusa dalla gara e , dunque, dal raggruppamento; in sostanza è contemplato il beneficio del *self cleaning* anche in capo all'impresa raggruppata e anche con effetto sulle gare in corso di svolgimento, sia con riferimento a carenze originarie del requisito, sia per il caso di sopravvenuta perdita del requisito .

¹ Il comma 7-bis dell'art 48 d lgs 50/16 non si occupava della sostituzione della consorziate esecutrice nel settore delle **forniture** (la norma menziona solo i lavori e i servizi); né tale profilo risultava oggetto di altra norma del D. Lgs 50 cit. . La delineata carenza sembrava dovuta ad una plateale svista del legislatore. Invero, non c'era nessuna ragione per differenziare, in relazione al profilo qui in esame, il regime delle forniture da quello dei servizi e dei lavori, considerato che nel caso di ATI, la cui normativa sulla sostituzione era richiamata dal comma 7-bis cit , il regime sulla sostituzione si applica anche alle forniture. Quindi, in base ad un'interpretazione logico-sistematica il comma 7 bis andava applicato anche nel caso di contratti di forniture. Ora, nel comma 3 dell'art 67 Codice la sostituzione dell'assegnataria non era circoscritta a questo o a quell'appalto, sicché il relativo regime andava e va senz'altro applicato ai lavori, ai servizi e alle forniture.

² Per pronto riferimento si riporta l'intero testo dell'art. 97 Codice: << **[Comma 1]** Fermo restando quanto previsto dall'articolo 96, commi 2, 3, 4, 5 e 6, il raggruppamento non è escluso qualora un suo partecipante sia interessato da una causa automatica o non automatica di esclusione o dal venir meno di un requisito di qualificazione, se si sono verificate le condizioni di cui al comma 2 e ha adempiuto ai

seguenti oneri:

a) in sede di presentazione dell'offerta:

1) ha comunicato alla stazione appaltante la causa escludente verificatasi prima della presentazione dell'offerta e il venir meno, prima della presentazione dell'offerta, del requisito di qualificazione, nonché il soggetto che ne è interessato;

2) ha comprovato le misure adottate ai sensi del comma 2 o l'impossibilità di adottarle prima di quella data;

b) ha adottato e comunicato le misure di cui al comma 2 **prima dell'aggiudicazione**, se la causa escludente si è verificata successivamente alla presentazione dell'offerta o il requisito di qualificazione è venuto meno successivamente alla presentazione dell'offerta. **[Comma 2]** Fermo restando l'articolo 96, se un partecipante al raggruppamento si trova in una delle situazioni di cui agli articoli 94 e 95 o non è in possesso di uno dei requisiti di cui all'articolo 100, il raggruppamento può comprovare di averlo estromesso o sostituito con altro soggetto munito dei necessari requisiti, fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata. Se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, il raggruppamento non è escluso dalla procedura d'appalto. Se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, l'operatore economico è escluso con decisione motivata. **[Comma 3]** I commi 1 e 2 si applicano anche ai consorzi ordinari. Si applicano altresì ai consorzi fra imprese artigiane, nonché ai consorzi stabili limitatamente alle consorziate esecutrici e alle consorziate aventi i requisiti di cui i consorzi si avvalgono >>.

Quanto precede si desume, più in particolare, dalle previsioni che in apertura dei commi 1 e 2 dell'art 97 Codice fanno salva l'applicazione dell'art. 96, il quale si occupa, appunto, del *self cleaning* da parte dell'operatore che partecipa alla gara *uti singulus*.

Il comma 2 dell'art. 97 prevede l'estromissione e la sostituzione (quest'ultima se necessaria)³ della raggruppata dall'ATI/RTI quando essa risulti in *default* di requisito generale o speciale ; ciò per evitare il contagio e la conseguente esclusione di tutto il raggruppamento a causa del *deficit* di una tra le imprese del raggruppamento stesso.

Il regime dei commi 1 e 2 è stato elaborato dal legislatore con riferimento alle imprese raggruppate in ATI/RTI e la sua estensione, *ope legis*, ai consorzi ordinari è in linea con la tradizionale impostazione normativa, confermata anche dal Codice, che equipara i consorzi ordinari alle ATI. In tal senso è palese la Relazione del Consiglio di Stato allo Schema del Codice del 7 dicembre 2023 (in seguito, per brevità, **Relazione**) secondo la quale << *L'istituto* (ossia, la disciplina sulla sostituzione di cui ai commi 1 e 2, **ndr**) è applicabile ai consorzi ordinari in ragione delle stesse motivazioni che hanno giustificato il riferimento del comma 1 ai raggruppamenti d'impresa, in quanto entrambi mandataria delle imprese della compagine (Ad. plen. n. 5 del 2021 con riferimento ai consorzi ordinari) >>⁴.

La estensione, sempre *ope legis*, ai consorzi stabili comporta, invece, adattamenti applicativi considerato la radicale differenza tra il modulo dell'ATI, centrato su una posizione paritetica delle imprese raggruppate (tutte sono contitolari della posizione di concorrente/aggiudicatario/contraente in quanto l'ATI/RTI non ha soggettività giuridica) rispetto a quello del consorzio stabile, ove titolare della posizione di concorrente/aggiudicatario/contraente è il solo consorzio stabile anche nel caso di indicazione di una consorziata ai fini dell'esecuzione (c.d. consorziata assegnataria).

³ All'estromissione si accompagna necessariamente la sostituzione se occorre supplire ai requisiti di ordine speciale dell'impresa raggruppata estromessa; questo accade nel caso di estromissione in sede di gara, ma può non verificarsi in sede di esecuzione, come nel caso in cui, ad esempio, venga estromessa un'impresa che, comunque, ha già eseguito la sua quota di prestazioni.

⁴ Va, però, precisato, che l'ATI non è mandataria delle imprese raggruppate, posto che essa non ha soggettività giuridica, né ha un proprio organo deputato a rappresentare le imprese raggruppate, compito questo che spetta alla mandataria del costituito raggruppamento (art 68, comma 7, Codice).

2. Con riferimento al comma 3 dell'art 97 dello Schema del Codice ⁵ , la **Relazione** afferma quanto segue: <<omissis..... ai consorzi stabili l'istituto [della sostituzione di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 67 Codice; ndr] è stato applicato alle consorziate esecutrici e alle consorziate che “prestano” i requisiti. In quest'ultimo caso l'applicazione dell'istituto si rende necessaria in quanto le consorziate che prestano i requisiti sono assimilabili agli ausiliari: il rapporto che si instaura è “molto simile a quello dell'avvalimento” (Ad. plen. 18 marzo 2021 n. 5), e quindi soggiace al regime di quest'ultimo, per il quale è la stessa **Corte di giustizia ad avere applicato l'istituto della sostituzione (3 giugno 2021 in causa C-210/20)**.

Si è altresì ritenuto di estendere l'istituto alle consorziate designate all'esecuzione da parte del consorzio stabile. Il consorzio stabile infatti, da un lato, costituisce una stabile struttura di impresa collettiva, che presenta una propria soggettività giuridica con autonomia anche patrimoniale, distinta e autonoma rispetto alle aziende dei singoli imprenditori (Ad. plen. 18 marzo 2021 n. 5) e, dall'altro lato, non è assimilabile ad una società, specie in ragione della possibilità di designare nell'offerta una consorziata esecutrice, che si affranca quindi dalla posizione di mero partecipante al consorzio per acquisire rilevanza in quanto soggetto interessato all'esecuzione. Pertanto se, da un lato, la non assimilabilità del consorzio stabile ad una società non consente di ritenere estensibile ad esso la possibilità di modificare la compagine sociale senza interazioni con la stazione appaltante, stante la permanenza della società come persona giuridica autonoma dalle persone dei soci, dall'altro lato, la stessa presenza del consorzio stabile (che ha presentato l'offerta) impedisce di ritenere che l'offerta sia presentata dalla stessa consorziata esecutrice, così non impedendo di poter usufruire dell'istituto della sostituzione (che verrebbe altrimenti a modificare la stessa identità del soggetto offerente). Si è quindi ritenuto un approdo equilibrato quello di consentire la sostituzione della consorziata esecutrice escludendo con altro soggetto in possesso dei necessari requisiti, in

⁵ Il testo del comma 3 dell'art 97 dello Schema del Codice è conforme al comma 3 dell'art 97 del Codice .

modo da assicurare la permanenza in gara di detti tipi di consorzi superando la regola dell'immodificabilità (soggettiva) dell'offerta. >>.

Tale motivazione è complessivamente condivisibile per le ragioni che seguono .

Con riferimento alla sostituzione delle consorziate aventi i requisiti di cui i consorzi stabili “**si avvalgono**” si osserva quanto segue. Tale categoria ricomprende le consorziate *mere conferenti* dei requisiti o c.d. consorziate non assegnatarie .

E' evidente che nella **Relazione** il termine avvalimento è usato senza volersi riferire all'istituto dell'avvalimento ex art 104 Codice (avvalimento in senso proprio/stretto); si esprime un concetto di utilizzazione dei requisiti di ordine speciale della consorziata senza invocare l'istituto dell'avvalimento ex art 104 Codice, con le correlate formalità e condizioni.

In effetti, è pacifico in giurisprudenza e in dottrina che il consorzio stabile utilizza i requisiti delle consorziate, di tutte le consorziate (assegnatarie e non) in forza della peculiare conformazione della causa mutualistica voluta dal legislatore, senza ricorso all'istituto dell'avvalimento.

E' un'invariante della normativa dei contratti pubblici (salvo una brevissima parentesi di una temporanea versione dell'art 47 D. Lgs. n. 50/16), confermata dallo stesso art. 67 Codice e di questo è ben consapevole il Consiglio di Stato che nel richiamato passaggio della Relazione rappresenta che non si può non ammettere la sostituzione della consorziata non esecutrice considerata, da un lato, la mera sussistenza di una qualche **analogia** tra la sua posizione e quella dell'ausiliaria in senso stretto (<<... è “molto simile a quello dell'avvalimento”>>); dall'altro, l'esigenza di rispettare in sede applicativa la *ratio* della sentenza della CGUE 3 giugno 2021 in causa C-210/20 sulla sostituzione dell'impresa ausiliaria.

Il prestito del requisito da parte delle consorziate è peculiare, si da indurre la **Relazione** a inserirlo tra virgolette <<alle consorziate che “prestano” i requisiti.....>>).

In tale direzione, se si ammette la sostituzione in caso di avvalimento vero e proprio che comporta la sostituzione di un'impresa (l'ausiliaria) distinta rispetto al concorrente/aggiudicatario/contraente, a maggior ragione deve ammettersi la sostituzione di un mero organo interno (la consorziata non

assegnataria) del consorzio stabile, soggetto quest'ultimo sul quale fa capo in via esclusiva la posizione di concorrente /aggiudicatario/contraente.

Del resto, lo Schema del Codice (accompagnato dalla **Relazione**) e il Codice stesso prevedono la sostituzione (non senza forzatura del modulo del consorzio stabile) alle condizioni e termini previsti dall'art. 97, commi 1 e 2, Codice che si riferiscono alle imprese raggruppate in ATI e non anche ai sensi dei commi 5 e 6 dell'art 104 Codice che disciplinano la sostituzione dell'operatore economico che presta i requisiti nel caso di avvalimento in senso proprio.

Si conferma, quindi, che nel comma 3 dell'art 97 Codice il termine << *avvalgono* >> è usata come mero sinonimo di "utilizzano".

Giova evidenziare che a differenza del Codice del 2023, il Codice 2016 (art. 48, comma 7 bis, D. Lgs. n. 50/16) non disciplinava la sostituzione della consorziata non assegnataria, ma solo quella dell'assegnataria. Cionondimeno, la sostituzione della consorziata non assegnataria poteva, a nostro avviso, ritenersi ammessa in via interpretativa sia in ragione del fatto che risultava incoerente escluderla nel contesto di un ordinamento che ammetteva la sostituzione per posizioni più importanti (quella della consorziata assegnataria e quella di soggetti contitolari del ruolo di concorrente/aggiudicatario/contraente quali la mandataria e le mandanti di un ATI), sia in forza dell'art 63 Direttiva UE 2014/24 (sull'art 63 si tornerà in seguito in quanto norma cardine che ha comportato l'estensione nell'ordinamento interno delle ipotesi di sostituzione).

A tale conclusione è pervenuta anche la giurisprudenza secondo la quale : << *...omissis... Solo le consorziate designate per l'esecuzione dei lavori partecipano alla gara e concordano l'offerta, assumendo una responsabilità in solido con il consorzio stabile nei confronti della stazione appaltante (art. 47, comma 2 del Codice dei contratti). Per le altre il consorzio si limita a mutuare, ex lege, i requisiti oggettivi, senza che da ciò discenda alcuna vincolo di responsabilità solidale per l'eventuale mancata o erronea esecuzione dell'appalto.*

9.2. Si è dinanzi, in quest'ultimo caso, ad un rapporto molto simile a quello dell'avvalimento

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

10. Una forma di avvalimento attenuata dall'assenza di responsabilità dunque. 10.1. Questa constatazione, se intermediata attraverso l'elaborazione logica, è di per sé sufficiente a giustificare l'applicazione alla fattispecie in esame dell'art. 89, comma 3 del Codice dei contratti.

*A mente della disposizione citata, infatti la stazione appaltante (in luogo di disporre l'esclusione in cui inesorabilmente incorrerebbe un concorrente nell'ambito di un raggruppamento o di un consorzio ordinario o stabile) impone all'operatore economico di "sostituire" i soggetti di cui si avvale "che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione". **Ergo, se è possibile, in via eccezionale, sostituire il soggetto legato da un rapporto di avvalimento, a fortiori dev'essere possibile sostituire il consorziato nei confronti del quale sussiste un vincolo che rispetto all'avvalimento è meno intenso.***

*...omissis... **Non v'è ragione, dunque, per riservare al consorzio che si avvale dei requisiti di un consorziato "non designato", un trattamento diverso da quello riservato ad un qualunque partecipante, singolo o associato, che ricorre all'avvalimento.** Nell'uno, come nell'altro caso, in virtù dell'art. 89, comma 3 del Codice dei contratti, ove il requisito "prestato" venga meno, l'impresa avvalsa potrà, rectius, dovrà essere sostituita.omissis.... 12. Tirando le fila di quanto sopra argomentato, può in conclusione affermarsi, in risposta al quesito posto a mezzo dell'ordinanza di rimessione, il seguente principio: "La consorziata di un consorzio stabile, **non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori**, è equiparabile, ai fini dell'applicazione dell'art. 63 della direttiva 24/2014/UE e dell'art. 89, comma 3 del d.lgs. n. 50/2016, all'impresa ausiliaria nell'avvalimento, sicché la perdita da parte della stessa del requisito impone alla stazione appaltante di ordinarne la sostituzione" ...omissis.... >> (Cons Stato, Ad. Pl. n. 5/21, cit.; la fattispecie oggetto di tale sentenza*

si riferiva alla versione dell'art. 47 D. Lgs. n. 50/16, poi modificata, che ammetteva l'utilizzo, da parte del consorzio stabile, dei requisiti della consorziata non assegnataria solo attraverso l'istituto dell'avvalimento).

3. Occorre precisare che la sentenza della CGUE , Sez. IX, 3/6/2021, c-210/20, si riferisce all'art 63 Direttiva UE 2014/24 , il quale concerne la sostituzione per le ipotesi di prestito del requisito **comunque poste in essere dagli operatori** , senza, dunque, un riferimento all'istituto dell'avvalimento in senso stretto.

In particolare, l'art 63 Direttiva UE 2014/24 prevede, tra l'altro, quanto segue: << *un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi* *L'amministrazione aggiudicatrice impone che l'operatore economico sostituisca un soggetto che non soddisfa un pertinente criterio di selezione o per il quale sussistono motivi obbligatori di esclusione* >> .

Il frammento normativo costituito dalla locuzione << *a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami*>> impone di riconoscere che la richiamata normativa eurounitaria è finalizzata ad attribuire una sorta di diritto a sostituire un operatore economico (che non soddisfa un requisito) a favore di una o più imprese ad esso operatore legata/e nel contesto di una gara e ciò in presenza di **qualsiasi modulo di collaborazione in concreto adottato dalle imprese**, compreso, quindi, quello del consorzio stabile. In tale direzione depone anche la norma di chiusura del paragrafo 1 dell'art 63 cit. per effetto del quale << *Alle stesse condizioni, un raggruppamento di operatori economici di cui all'articolo 19, paragrafo 2, può fare valere le capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti* >>).

Nel contempo, l'art 63 cit. prevede la sostituzione *tout court*: quindi, il sostituto ben può essere, a nostro avviso, un soggetto non originariamente qualificato e, comunque, un terzo rispetto al soggetto che originariamente partecipa alla gara .

In effetti, la norma contempla anche tale evenienza del terzo in veste di sostituto perché si applica all'ipotesi di base in cui un'impresa concorrente fa ricorso all'avvalimento in senso stretto e si vede costretta a sostituire l'ausiliaria : l'ausiliaria subentrante è, di norma , un terzo rispetto all'ausiliata e all'originaria ausiliaria (sull'ammissibilità della c.d. variazione additiva dell'ATI si tornerà nell'ultimo paragrafo del presente lavoro).

Resta fermo che la norma *de qua* pone in materia un regime unitario ai fini della sostituzione (“*Alle stesse condizioni...*”), senza distinzioni in ragione del modulo di collaborazione adottato, che ha rilievo neutro.

Sull'importanza di dare un *effetto utile* all'art 63 cit. e, comunque, sull'importanza di dare concretezza alla possibilità di sostituire l'impresa deficitaria, senza introdurre limiti non previsti dalla normativa, si è, come accennato, pronunciata anche la giurisprudenza eurounitaria secondo la quale l'art 63 cit. osta ad una normativa nazionale che non consenta il salvataggio dell'impresa superstita addirittura anche nel caso di originaria carenza del requisito in capo al soggetto che ad essa presta i requisiti (e non solo nel caso di carenza sopravvenuta del requisito stesso).

In particolare, la CGUE (Sez. IX, 3/6/2021, c-210/20), ha ritenuto che : **a)** l'art. 63 Direttiva UE 2014/14 osta ad una norma che prevede l'esclusione automatica di un offerente nel caso in cui un soggetto sulle cui capacità tale offerente intende fare affidamento abbia trasmesso informazioni false; **b)** l'articolo 63 cit. , in combinato disposto con l'articolo 57, paragrafo 4, lettera h), di tale Direttiva e alla luce del principio di proporzionalità, deve essere interpretato nel senso che esso **osta a una normativa nazionale** in forza della quale la S.A. deve automaticamente escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico qualora un'impresa ausiliaria, sulle cui capacità esso intende fare affidamento, abbia reso una dichiarazione non veritiera quanto all'esistenza di condanne penali passate in giudicato, senza poter imporre o quantomeno permettere, in siffatta ipotesi, a tale offerente di sostituire detto soggetto.

4. Con riferimento alla **sostituzione delle consorziate assegnatarie/esecutrici** si osserva quanto segue.

L'offerta del consorzio stabile non è imputabile all'assegnataria per le ragioni rese esplicite anche dal Consiglio di Stato nella Relazione (l'offerta è riconducibile al solo consorzio stabile, dotato di soggettività), quindi la sostituzione della consorziata assegnataria non impatta sul principio della immodificabilità.

La norma dell'art 97, comma 3, Codice non serve, quindi, a superare la regola dell'immodificabilità, contrariamente a quanto sembrerebbe lasciare intendere la Relazione (<<*in modo da assicurare la permanenza in gara di detti tipi di consorzi superando la regola dell'immodificabilità (soggettiva) dell'offerta....>>) ma, a nostro avviso, più semplicemente a confermare che esso non viene in discussione.*

Peraltro, il principio della immodificabilità dell'offerente trova ormai diverse deroghe e il comma 2 dell'art 97, il quale prevede la sostituzione di una delle imprese raggruppate in ATI (costituita o costituenda), ne è palese riprova.

Del resto, il ruolo della consorziata assegnataria è quello di una particolare *partecipante* alla procedura gara solo in quanto ne viene esternato il ruolo (di assegnataria) alla S.A. senza essere materialmente l'offerente e senza vantare un diritto all'aggiudicazione e/o alla stipula del relativo contratto.

Resta fermo che la consorziata assegnataria chiamata in sostituzione non è tenuta, secondo l'orientamento senz'altro prevalente della giurisprudenza, a possedere i requisiti speciali per eseguire le prestazioni oggetto di assegnazione, così come non era tenuta l'assegnataria estromessa, ciò salve le eccezioni espressamente previste dal legislatore .

Aggiungiamo, infine, che anche la sostituzione dell'assegnataria ben può essere giustificata per effetto dell'art 63 Direttiva UE 2014/24 e della sentenza della CGUE IX, 3/6/2021, c-210/20.

5. L'art 97 cit. prevede, come accennato, sia la facoltà dell'impresa raggruppata/consorzata in *default* di requisito di adottare misure di *self cleaning* per non essere esclusa, sia la facoltà delle restanti imprese raggruppate di estromettere dall'ATI/consorzio la raggruppata deficitaria per non essere anche esse escluse.

Non appare del tutto lineare il rapporto tra i predetti “*strumenti di salvataggio*”, ossia quello dell'adozione delle misure di *self cleaning* e quello della sostituzione /estromissione.

E' dubbio se il tentativo della consorzata (assegnataria o non) di attivare utilmente le misure di *self cleaning* (ai sensi dell'art. 97, comma 1, Codice) concretizzi un suo diritto opponibile all'ATI/consorzio che intenda estrometterla. In altri termini, non è chiaro se l'ATI/consorzio possa procedere all'estromissione/sostituzione della raggruppata/consorzata in *default* di requisito prima che essa abbia adottato le misure di *self cleaning* e che queste siano state giudicate non idonee dalla Stazione Appaltante.

E' bene sottolineare che la questione si pone in quanto i commi 1 e 2 dell'art. 97 Codice (la cui applicazione è estesa dal comma 3 dell'art. 97 anche ai consorzi stabili) consentono, come accennato, due distinti rimedi (rispettivamente, cercare di rimanere nell'ATI adottando misure di *self cleaning* da sottoporre all'apprezzamento della S.A.; estromissione e sostituzione della raggruppata in *default* di requisito dall'ATI per evitare l'esclusione anche delle imprese superstiti)⁶ potenzialmente cumulabili (come nel caso di estromissione successiva al giudizio di non idoneità da parte della S.A. delle misure di *self cleaning* adottate dall'impresa deficitaria), ma, nello stesso tempo, gli artt. 96 e 97 Codice impongono il rispetto di una tempistica (peraltro non del tutto ben definita).

In effetti, si impone all'impresa raggruppata e al RTI (per quanto di spettanza) di comunicare alla S.A. tempestivamente, entro determinate fasi della procedura, l'esistenza di un' evenienza atta ad

⁶ Con la locuzione “imprese superstiti” tende a definirsi la posizione delle imprese raggruppate in un RTI diverse da quella del medesimo raggruppamento colpita da *deficit* di un requisito.

incidere sul possesso dei requisiti e le misure di *self cleaning* adottate (art. 96, commi 3 e 4 , Codice)

Inoltre, è stabilita la regola in forza del quale: << *In nessun caso l'aggiudicazione può subire dilazioni in ragione dell'adozione delle misure di cui al comma 6* >> (art. 96, comma 5, Codice, richiamato dall'art. 97 Codice), precisandosi, altresì, che se la S.A. ritiene che le misure di estromissione/sostituzione **sono intempestive**, il raggruppamento è escluso con decisione motivata (art 97, comma 2, ultima parte, Codice).

Le predette *chances* si atteggiano, a nostro avviso, in modo differente se applicate a soggetti in situazione paritetica (quali sono le imprese raggruppate in ATI/RTI, essendo tutte e ciascuna contitolari della posizione di concorrente/aggiudicatario/contraente) rispetto a soggetti che non lo sono (quali le consorziate, assegnatarie o non, rispetto al consorzio stabile, essendo solo quest'ultimo titolare della posizione di concorrente/aggiudicatario/contraente).

Nel caso di ATI, proprio in ragione della predetta posizione paritetica, l'art. 97 cit. sembra configurare una sorta di diritto dell'impresa raggruppata (*in default* di un requisito) anche verso le altre imprese raggruppate, a conservare la posizione di componente del RTI, sicché quest'ultime potrebbero procedere all'estromissione/esclusione solo qualora l'impresa deficitaria abbia infruttuosamente offerto le misure di *self cleaning* adottate, oppure abbia rinunciato allo strumento del *self cleaning*; resta fermo che il rimedio dell'estromissione potrà essere in concreto praticato se i tempi della procedura di gara lo consentiranno.

Sembra deporre in tal senso, a nostro avviso, la reiterata e chiara statuizione volta a far salva l'applicazione dell'art 96 Codice proprio nel mentre si riconosce la facoltà del RTI di procedere all'estromissione/sostituzione.

Orbene, nel caso di consorzio stabile, considerato che titolare esclusivo della posizione di concorrente/aggiudicatario/contraente è il consorzio stesso, a questo va riconosciuto, a nostro avviso, il diritto di procedere subito alla estromissione/sostituzione della consorziata per evitare una penalizzazione conseguente all'applicazione del richiamato comma 5 dell'art 96, per effetto del quale

in nessun caso l'aggiudicazione può subire dilazioni in ragione dell'adozione delle misure di *self cleaning*; quanto precede anche nel caso di consorziata assegnataria, la quale pure non è titolare della posizione di concorrente/aggiudicatario/contraente.

A nostro avviso, la primazia del ruolo del consorzio stabile svilisce, a differenza di quanto osservato con riferimento al modulo delle ATI, l'importanza della reiterata statuizione volta a far salva l'applicazione dell'art 96 Codice proprio nel mentre si riconosce la facoltà di procedere all'estromissione/sostituzione.

In definitiva, il consorzio stabile può procedere direttamente con la revoca dell'assegnazione ed eventualmente con l'estromissione della consorziata assegnataria e/o di quella non assegnataria , salva una diversa operatività prevista negli atti consortili.

6. In ordine alle modalità e termini a disposizione dei soggetti interessati si osserva quanto segue.

Il Codice, da un lato, impone all'impresa consorziata e al consorzio stabile cui aderisce (per quanto di spettanza) di comunicare tempestivamente, entro determinate fasi della procedura, la sussistenza di un' evenienza atta ad incidere sul possesso dei requisiti e le misure adottate; dall'altro, e in via generale, stabilisce la richiamata regola in forza del quale giammai l'aggiudicazione può subire dilazioni in ragione dell'adozione delle misure di *self cleaning* (art. 96, comma 5, Codice).

Le tempistiche degli incombeni relativi alle misure contemplate dall'art 97 Codice (comunicazione sulle misure di *self cleaning* adottate dalla consorziata in default di requisito e comunicazione per esternare l'estromissione/sostituzione della consorziata) sembrano sovrapporsi⁷, determinando qualche incertezza operativa per evitare la quale appare opportuna un'implementazione della relativa regolamentazione.

⁷ Ai sensi dell'art 97, comma 1, Codice, il consorzio stabile è tenuto alla comunicazione sulla estromissione/sostituzione anche quando l'impresa raggruppata è interessata da cause non automatiche di esclusione (<< *partecipante sia interessato da una causa automatica o non automatica di esclusione o dal venir meno di un requisito di qualificazione* >>) , il che conferma la sovrapposizione temporale di cui si discorre , non potendosi sanzionare la raggruppata (e a maggior ragione il consorzio stabile) prima della verifica/valutazione sulle cause non automatiche in danno della raggruppata stessa.

In tale prospettiva, appare opportuno che la S.A. integri le indicazioni contenute negli artt. 96 e 97 Codice con specifiche clausole negli atti di gara (ad es. determinazione dei termini per valutazione delle misure di *self cleaning*), ciò al fine di massimizzare la trasparenza e la *par condicio*. I tempi a disposizione degli operatori economici dovranno essere dalla Stazione Appaltante calibrati in ragione della doppia opzione prevista dal legislatore (fase dell'adozione delle misure di *self cleaning* da parte della raggruppata/consorzata e relativa valutazione di idoneità delle misure stesse; fase di estromissione/sostituzione della raggruppata/consorzata le cui misure di *self cleaning* siano risultate non idonee) e tenuto conto dell'interesse pubblico sotteso ad accelerare l'affidamento del contratto e la esecuzione delle correlate prestazioni.

Anche dal lato delle imprese consorziate appare opportuno che con gli atti consortili si disciplini la materia e i correlati profili di responsabilità e/o si prevedano pertinenti clausole di manleva *inter partes*, soprattutto per il caso in cui l'esperimento della fase di adozione e valutazione delle misure di *self cleaning* dovesse in concreto incidere negativamente sulla tempistica per esercitare la facoltà di adottare le misure dell'estromissione/esclusione.

La stessa **Relazione** rimarca l'esigenza di tempestività delle condotte delle parti interessate per non ledere il principio di *par condicio*: <<omissis.... *Quanto alla procedimentalizzazione della facoltà di sostituzione, si è optato per una disciplina "snella": a fronte dell'onere dell'operatore economico di comunicare tempestivamente il verificarsi della causa di esclusione e delle misure adottate (o dell'intenzione di adottarle se sono venute meno in corso di gara o prima e l'operatore economico ha comprovato l'impossibilità di porvi rimedio per tempo) ed è stato ribadito nel successivo comma 2 che la intempestività della adozione delle misure comporta l'esclusione* >> .

Comunque, la sovrapposizione temporale sembra finalizzata a evitare lungaggini/ perditempo laddove la S.A. dovesse ritenere non idonee le misure di *self cleaning* adottate dall'impresa consorzata; in tale prospettiva, nelle more del giudizio di idoneità sulle predette misure, il consorzio stabile potrebbe già proporre, in via condizionata (rispetto al giudizio negativo sulle misure di *self cleaning* adottate dalla singola raggruppata), l'estromissione/ sostituzione.

L'impossibilità di adottare le misure di *self cleaning* nel tempo ordinario cui fa riferimento l'art 96 Codice non sembra destinata a coincidere con i soli casi di *vis maior o factum principis* pena un'eccessiva restrizione di tale esimente; si tratterà all'uopo di una valutazione di congruità delle circostanze di tempo e luogo dovendosi fare applicazione del principio di proporzionalità ex art. 57 Direttiva UE 2014/24.

Giova evidenziare che in passato, la giurisprudenza aveva affermato - a fronte dell' esigenza di sostituzione di una raggruppata in ATI ed in un contesto normativo che non sembrava prevedere il diritto dell'impresa raggruppata di offrire misure di *self cleaning* per rimanere nell'ATI - che le Stazioni Appaltanti erano tenute ad assicurare la fase della c.d. *sostituzione proceduralizzata*⁸.

⁸ Con riferimento alla pregressa normativa sui contratti pubblici la giurisprudenza ha configurato, come accennato, l'istituto della c.d. sostituzione proceduralizzata; inoltre ha osservato che le questioni sulla tempistica relativa alle modifiche /sostituzioni nel contesto di un RTI vanno risolte in **chiave bifasica**, tenendo conto dei principi generali sul procedimento amministrativo e dell'esigenza di tutela del concorrente che, ignorando in buona fede la sussistenza un pregiudizio in suo danno, non può utilmente e prontamente azionare i rimedi previsti dall'ordinamento in suo favore. In particolare è stato affermato che il procedimento che conduce, dopo l'estromissione della mandataria, alla sostituzione della stessa va ricostruito: << ...omissis... in "*chiave bifasica*" omissis [quindi, ndr]..... *la richiesta di sostituzione debba essere introdotta a seguito dell'iniziativa della stazione appaltante, che abbia appreso (come nel caso in questione) della vicenda ostativa che ha colpito la mandataria. Esigenze sistematiche (di coordinamento con la normativa sul cd. procedimento) e di economicità del procedimento di gara suggerirebbero che, appreso della situazione a carico della mandataria, la stazione appaltante interpellasse le mandanti (magari attraverso l'inoltro di un preavviso di espulsione dalla gara) assegnando un termine per esercitare la facoltà di sostituzione della mandataria. In ogni caso, ove l'Amministrazione pervenga direttamente all'esclusione (come avvenuto nel caso in questione), ben potranno le mandanti esercitare la facoltà di sostituzione, in coerenza con la ricostruzione di cui alla richiamata decisione di questo C.G.A. n.34/2016. Deve anche ritenersi, ad avviso del Collegio, che, qualora anteriormente alla conclusione della gara le mandanti vengano a conoscenza della causa di esclusione, possano spontaneamente proporre l'estromissione della capogruppo e la sostituzione della stessa, in ragione di esigenze di speditezza della procedura. Ma poiché si tratta sovente di vicende delle quali le imprese riunite possono non avere alcuna conoscenza, deve ritenersi consentito loro di esercitare la facoltà di sostituzione fino al momento in cui acquisiscano la notizia della vicenda che interessa la mandataria dalla stazione appaltante (che abbia notificato interpellato 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.....>> (CGARS, sentenza non def. n. 37/21).*

La sentenza n. 37/21 cit. richiama un conforme orientamento, segnatamente CGARS n.34/16, che si riferiva alla fase di esecuzione del contratto; qui la *chiave bifasica* più idonea è stata articolata nel previo recesso della PA dal contratto originariamente stipulato e nella sostituzione di questo con altro contratto che prevedeva altra capogruppo. Dunque, la c.d. *chiave bifasica* si articola su elementi che variano di caso in caso, tenuto conto soprattutto del parametro della conoscibilità (non si comprende bene perché la sentenza CGARS n. 37/21 attribuisca, poi, rilievo decisivo, vigente la pregressa normativa, alla fase dell'offerta, potendo l'offerta, a nostro avviso, costituire il punto nodale solo se il *deficit* di requisito risulti noto in sede di offerta e le imprese raggruppate in ATI non abbiano apprestato in tale fase i rimedi previsti dalla legge per non essere escluse dalla gara).

La sentenza n. 37/21 si riferisce ad una fattispecie concernente la fase di gara; comunque, essa, riscontrato sulla materia interpretazioni divergenti, ha posto all'Ad. Pl. del Consiglio di Stato alcune questioni di diritto; di quest'ultime si è occupata la sentenza Cons. Stato, Ad. Pl. n. 10/21.

E' stato, altresì, osservato quanto segue: <<omissis...., il solo venir meno di una delle imprese mandanti per la perdita dei requisiti di cui all'art. 80 non determina ex se l'esclusione dell'intero raggruppamento senza la preventiva verifica della possibilità di procedere ai sensi dell'art. 48, comma 17: pertanto, nel caso in cui l'irregolarità del DURC in corso di gara riguardi l'impresa mandante di raggruppamento temporaneo il mandatario può indicare un altro operatore in subingresso, che abbia i requisiti di idoneità, oppure eseguire l'appalto - qualora abbia ottenuto o ottenga l'aggiudicazione - direttamente o a mezzo degli altri mandanti che abbiano gli adeguati requisiti di qualificazione. Ne consegue che laddove si verifichi la predetta ipotesi di perdita dei requisiti,omissis...., 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, deve provvedere ad assegnare un congruo termine per la predetta riorganizzazione.>> (Cons. Stato, V, n. 4725/23; si veda anche Cons. Stato, Ad. Pl.

7. Si passa , ora, ad esaminare la questione dell'applicazione del regime della etromissione/sostituzione in fase di gara e in fase di esecuzione del contratto. In merito è opportuno premettere lo stato della normativa e della giurisprudenza prima del Codice 2023. I commi 17 e 18 dell'art 48 D. Lgs. n. 50/16 (la cui applicazione era estesa ai consorzi stabili dal comma 7 bis dell'art. 48 D. Lgs. n. 50/16) si riferivano alla *fase esecutiva* del rapporto, come emergeva già dal mero dato letterale delle norme *de quibus*; in particolare, quanto al comma 17 laddove precisava che << *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**.... >>; quanto al comma 18 laddove si stabiliva: << *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*>> .*

n. 9/21 , secondo la quale *l'evento* che conduce alla sostituzione deve essere portato a conoscenza dal raggruppamento alla S.A. al fine di consentirle, secondo un principio di c.d. "sostituibilità proceduralizzata", di assegnare all'operatore un termine congruo e proporzionato per la riorganizzazione del proprio assetto interno così da riprendere la partecipazione alla gara).

E' stato anche configurato un vero e proprio obbligo della S.A. di interpellare il RTI perché effettui la sostituzione: << ...omissis... *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. ...omissis... >> (Cons. Stato, Ad. Pl. n. 2/22) .*

Ancora, è stato affermato quanto segue: << *l'Amministrazione, riscontrato che la società mandante -OMISSIS- ha presentato domanda di concordato in bianco o con riserva a norma dell'art. 161, comma 6, l. fall, senza essere stata utilmente autorizzata dal tribunale fallimentare a partecipare alla gara, ritenute insufficienti le misure riparatorie all'uopo documentate, dovrebbe consentire l'estromissione della mandante, assegnando, secondo un principio di c.d. sostituibilità proceduralizzata a tutela della trasparenza e della concorrenza, al raggruppamento un congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno, tale da poter riprendere correttamente, e rapidamente, la propria partecipazione alla gara (cfr. Adunanza Plenaria n. 9 del 2021 cit.), comunque verificando se il RTI, nella eventuale composizione così modificata in riduzione, sia comunque in possesso dei requisiti occorrenti per l'espletamento della commessa. ...omissis.... >> (Cons. Stato, VI, n. 8081/21).*

Tale perimetro era confermato dal comma 19 ter dell'art. 48 D. Lgs. 50/16 (introdotto da un *Correttivo*) che, con una espressione indiretta centrata sulla congiunzione “*anche*”⁹, estendeva il regime dei commi 17 e 18 (nonché del comma 19 in materia di recesso) alla fase della gara: in effetti, l'estensione rimarcava che i commi 17 e 18 riguardano la distinta e diversa **fase della esecuzione del contratto**.

Del resto, lo stesso *Considerando 110* Direttiva UE n. 2014/24 focalizzava (e focalizza) la fase esecutiva del contratto¹⁰.

Quindi, il D. Lgs. n. 50/16 si era occupato in prima battuta, per così dire, di determinare le fattispecie di variazione del RTI in sede esecutiva¹¹, poi estese con il *Correttivo* alla fase di partecipazione alla gara¹².

⁹ Il comma 19 ter dell'art 48 D. Lgs. n. 50/16 dispone appunto 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* >> .

¹⁰ Il **considerando 110** Direttiva UE n.2014/24 stabilisce quanto segue: << *In linea con i principi di parità di trattamento e di trasparenza, l'aggiudicatario non dovrebbe essere sostituito da un altro operatore economico, ad esempio in caso di cessazione dell'appalto a motivo di carenze nell'esecuzione, senza riaprire l'appalto alla concorrenza. Tuttavia, in corso d'esecuzione del contratto, in particolare qualora sia stato aggiudicato a più di un'impresa, l'aggiudicatario dell'appalto dovrebbe poter subire talune modifiche strutturali dovute, ad esempio, a riorganizzazioni puramente interne, incorporazioni, fusioni e acquisizioni oppure insolvenza* >> .

Secondo un'interpretazione, l'istituto della sostituzione è ammissibile solo in fase di esecuzione e ciò in ragione del predetto *considerando 110* che contempla, appunto, solo tale sostituzione. Siffatta conclusione ha il pregio di evidenziare la centralità del regime della sostituzione dell'impresa raggruppata nella fase esecutiva, ma non convince perché il predetto *Considerando* non vieta le variazioni in fase di gara, sicché appare ammissibile che il legislatore nazionale si premuri di colmare il relativo vuoto normativo stabilendo, a vantaggio di tutti gli operatori economici del settore, nel pieno rispetto dei principi di trasparenza e par condicio, che le sostituzioni sono ammissibili anche in fase di gara per le stesse sopravvenienze rilevanti nella fase di esecuzione. La portata non assorbente del *considerando 110* si desume anche da CGARS, sentenza non def. n. 37/21, la quale, richiamata la sentenza della Corte di Giustizia UE, X, 28 marzo 2019, C-101/18, ha evidenziato che quest'ultima ha affermato che: << *... gli Stati membri hanno la facoltà di non applicare le cause di esclusione previste dalla direttiva appalti o di inserirle nella normativa nazionale con un grado di rigore che potrebbe variare a seconda dei casi, in funzione di considerazioni di ordine giuridico, economico o sociale prevalenti a livello nazionale. Nella legislazione interna, è stata, quindi, espressamente prevista la deroga, in sede di gara, ed al ricorrere di particolari situazioni, alla regola generale dell'immodificabilità del raggruppamento temporaneo rispetto alla composizione risultante dall'impegno presentato in sede di offerta, mediante il richiamato comma 19 ter dell'art. 48, applicabile, tra gli altri, al caso del fallimento, contemplato dal comma 17 ...omissis...>> .*

¹¹ Giova evidenziare che l'orientamento prevalente della giurisprudenza ha osservato che la normativa sui contratti pubblici, già in epoca precedente al D. Lgs. n. 50/16, ammetteva la sostituzione in corso di esecuzione del contratto, mentre la limitava in corso di gara, sul presupposto che solo nel primo caso, da un lato, essendo terminata la fase della gara, non si poneva un questione di violazione - attraverso la variazione - dei principi di *par condicio* e trasparenza; dall'altro, occorreva assicurare l'interesse pubblico sotteso ad una rapida conclusione delle prestazioni contrattuali, interesse che sarebbe stato minato dalla risoluzione del contratto di appalto, in danno dell'impresa raggruppata non affette dal deficit di requisito, con avvio di una procedura per selezionare un nuovo affidatario (Cons. Stato, V, n. 5431/19; Cons. Stato, V, n. 4086/17; Cons. Stato, V, n. 169/15).

¹² Anche la giurisprudenza ha rilevato tale evoluzione normativa: << *Il fondamento della derogava individuato nell'esigenza di assicurare l'esecuzione del contratto nei termini stabiliti e di avviare quindi ad un evento che colpisca uno dei componenti del raggruppamento temporaneo di imprese, che si è aggiudicato la commessa (C.d.S. sez. V, 18/07/2017, n. 3539)....omissis.... contrariamente alla tesi sostenuta dall'appellante, il comma 19 ter dell'art. 48, comma aggiunto dall'articolo 32, comma 1, lettera h), del D. Lgs. 19 aprile 2017 n. 56, estende espressamente la possibilità di modifica soggettiva per le ragioni indicate dai commi 17, 18 e 19, anche in corso di gara. A fronte del chiaro disposto del comma 19 ter, che rinvia alle disposizioni di cui ai commi 17, 18 e 19, non sono conducenti gli argomenti che l'appellante ...omissis... >> (Cons. Stato, III, n. 2245/20) .*

Quindi, si riteneva che la normativa di cui al D Lgs. n. 50/16 consentisse la sostituzione dell'impresa raggruppata in ATI sia in fase di gara, sia in fase di esecuzione.

Ciò non poteva non valere anche per la sostituzione delle consorziate nei consorzi stabili sia perché i commi 17, 18 e 19 D. Lgs. 50/16 erano puntualmente richiamati dal comma 7 bis dell'art. 48 D. Lgs. n. 50/16 (che disciplinava in via specifica la sostituzione della consorziata assegnataria) e dal comma 19 bis dell'art 48 D. Lgs. n. 50/16 (che concerne anche i consorzi stabili) , sia perché, comunque, la variazione della consorziata non incideva sul principio di immodificabilità, né in fase di gara, né in fase esecutiva, risolvendosi in un mero atto interno al consorzio stabile .

E' opportuno evidenziare che con specifico riferimento alla fattispecie della sostituzione in caso di **perdita** in corso di esecuzione dei requisiti generali (fattispecie prevista dai commi 17 e 18 citt. quale presupposto legittimante l'esclusione della raggruppata), secondo un'interpretazione strettamente letterale (la norma usava, appunto, in via specifica, la locuzione "in corso di esecuzione") poteva ritenersi che tale fattispecie non si applicasse in fase di gara.

Tuttavia, a nostro avviso, tale esegesi non poteva essere condivisa per ragioni di ordine logico e sistematico.

La portata della norma contenuta nel comma 19 ter dell'art. 48 D. Lgs. n. 50/16 era chiara: l'estensione alla fase della gara riguardava tutte indistintamente le fattispecie contemplate nei commi 17 e 18 citt.; ne conseguiva che anche in fase di gara andava ritenuta ammissibile la sostituzione dell'impresa raggruppata qualora avesse perso requisiti previsti dall'art. 80 D. Lgs. n. 50/16.

Inoltre, risultava decisamente irragionevole ritenere che il legislatore avesse consapevolmente e deliberatamente stabilito una gerarchia (sulla base di un improbabile ordine di importanza) tra i requisiti di idoneità morale e avesse previsto la sanatoria in corso di gara, attraverso la sostituzione dell'impresa , solo per alcuni casi, tra cui quello relevantissimo del sopravvenuto *deficit* antimafia e l'avesse esclusa per altre fattispecie, meno gravi, tra cui l'illecito professionale/contrattuale di cui

all'art. 80 D. Lgs. n50/16 (ad esempio , in corso di gara, l'impresa raggruppata che perdeva il requisito di idoneità antimafia poteva essere sostituita e quella a cui veniva contestata la gravità di una penale contrattuale ad essa applicata non poteva essere sostituita).

In definitiva, non sembrava che dall'*infausta* locuzione << ... *in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80*>> potesse evincersi un sistema secondo il quale non era ammessa la sostituzione, in corso di gara, dell'impresa raggruppata che avesse perso i requisiti ex art. 80 cit..

Sulla questione è intervenuta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza n. 2/22), la quale ha affermato che la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 D. Lgs n 50/16 da parte del mandatario o di una delle mandanti, era consentita non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara, attesa l'evidente illogicità di una diversa conclusione .

Successivamente si è posta la questione se quanto affermato dall'Ad. Pl. n. 2/22 trovasse applicazione anche al caso di sostituzione della consorziata di un consorzio stabile.

La giurisprudenza ha ammesso tale estensione non senza osservare che le modifiche soggettive delle consorziate in un consorzio stabile, anche in sede di gara, hanno un rilievo recessivo in quanto unico interlocutore nella procedura è il consorzio stabile.

In particolare è stato osservato quanto segue: << ...omissis... *L'Adunanza plenaria* [25 gennaio 2022, n. 2; **ndr**] *ha risolto il contrasto interpretativo dell'art. 48omissis... Sulla scorta di argomentata motivazione (alla quale è qui sufficiente fare rinvio), l'Adunanza plenaria ha affermato 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".*

Il principio è da ritenere applicabile anche ai consorzi stabili, in forza del rinvio contenuto nello stesso art. 48, comma 19 bis. In particolare, quest'ultimo estende "ai soggetti di cui all'art. 45, comma 2, lettere b), c) ed e)" (tra i quali i consorzi stabili contemplati alla lettera c), le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19, qualora i fatti ivi previsti si riferiscano al consorzio stabile. L'estensione si aggiunge a quanto già previsto dal comma 7 bis dello stesso articolo 48, che consente nelle stesse ipotesi dei commi 17, 18 e 19, quando riguardino l'impresa consorziata designata per l'esecuzione, la designazione ai fini dell'esecuzione di un'impresa consorziata diversa da quella indicata in sede di gara. La generale previsione del comma 19 ter (secondo cui i commi 17, 18, 19 "trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verificano in fase di gara"), pur non espressamente riferita alle fattispecie considerate dai precedenti commi 7 bis e 19 bis, è tuttavia interpretabile nel senso che le modifiche soggettive che riguardano il consorzio stabile ovvero la consorziata designata per l'esecuzione, purché riconducibili a quelle previste dai commi 17, 18 e 19 (rispettivamente richiamati per il consorzio stabile dal comma 19 bis e per la consorziata designata dal comma 7 bis), sono consentite sia in fase esecutiva che in fase di gara. Depongono in tale senso le medesime ragioni per le quali l'Adunanza plenaria ha ritenuto di superare col principio di diritto di cui sopra l'antinomia normativa, che si riscontra anche nei rapporti tra i commi appena detti (che richiamano i commi 17 e 18) ed il comma 19 ter (che appunto si riferisce ai commi 17 e 18). Risulta superata con le argomentazioni di cui sopra anche l'obiezione che l'art. 48, comma 7 bis, consentirebbe la sostituzione della consorziata esecutrice soltanto in fase di esecuzione, e non anche in fase di gara, perché non richiama il comma 19 ter.

Pare opportuno soggiungere che, se la sostituzione è ammessa per la perdita dei requisiti in corso di gara nei rapporti tra imprese solo temporaneamente raggruppate, sarebbe irragionevole un'interpretazione che non consentisse la sostituzione "interna" al consorzio stabile, in ragione della particolare natura del rapporto che lega quest'ultimo alle imprese consorziate e che addirittura consente l'assunzione in capo allo stesso consorzio delle prestazioni della consorziata designata che venga esclusa dalla gara (cfr. C.G.A.R.S. n. 49/21.....). In conclusione, in linea di principio, in

applicazione delle richiamate disposizioni, è possibile la sostituzione sia del consorzio stabile che dell'impresa consorziata designata per l'esecuzione dei lavori o dei servizi anche nel caso di perdita sopravvenuta in corso di gara dei requisiti di partecipazione dell'art. 80, qualora il primo sia mandante o mandatario di un raggruppamento temporaneo (e possa essere sostituito nell'ambito del raggruppamento) e la seconda possa essere sostituita da altra consorziata esecutrice dello stesso consorzio stabile >> (Cons. Stato, V, n. 9923/22; si veda anche Cons. Stato, V, n. 3615/23, fattispecie in cui, sostanzialmente, è stato applicato il principio dell' Ad. Pl. n. 2/22 a fattispecie sottoposta al D. Lgs. n. 163/06).

Inoltre è stato affermato quanto segue anche sulla scorta del principio eurounitario sulla neutralità delle forme: <<omissis..... .. *Il Collegio ritiene che le evidenziate differenze tra consorzi stabili e consorzi ordinari e i raggruppamenti temporanei di imprese non rilevano ai fini della questione oggetto di esame, essendo distinzioni che investono i requisiti di esternalizzazione della partecipazione alle procedure di gara da parte degli operatori giuridici, e non si riferiscono all'evenienza del venire meno dei requisiti di una consorziata designata in corso di gara. Invero, i criteri che devono ispirare l'approdo ermeneutico che giunge all'applicabilità dei principi espressi dall'Adunanza Plenaria n. 2 del 2022 alla fattispecie in esame, sono quelli che regolamentano la partecipazione aggregata alle procedure di evidenza pubblica, che a loro volta legittimano la creazione dei consorzi stabili, ossia il favor participationis e la 'neutralità delle forme giuridiche dei soggetti partecipanti', come chiariti dalla legislazione eurounitaria. Tali principi coesistono e suggeriscono una interpretazione del dettato normativo finalizzata ad agevolare la partecipazione delle imprese, nel rispetto della par condicio degli operatori giuridici.omissis.... . Ogni deroga a tale finalità di carattere generale deve, di conseguenza, essere suscettibile di stretta interpretazione. **Il principio della 'neutralità delle forme giuridiche'**, invece, è stato confermato dagli artt. 19, par.2, della direttiva 2014/24/UE, relative ai settori ordinari, 37, par. 2, della direttiva 2014/25/UE relativa ai settori speciali e 26, par. 2, della direttiva 2014/23/UE, relativa alle concessioni, a mente dei quali i raggruppamenti di operatori economici non possono essere obbligati*

dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori ad avere una forma giuridica specifica ai fini della presentazione di un'offerta o di una domanda di partecipazione.

L'art. 19, par.2, direttiva 2014/23/UE, infatti, è la base interpretativa della modalità partecipativa di una pluralità di operatori economici, la cui tipizzazione viene rimessa al legislatore nazionale, secondo principi di proporzionalità e di non discriminazione. Sulla scorta di tale percorso interpretativo, vengono in rilievo gli approdi a cui è giunta l'Adunanza Plenaria nella sentenza invocata (Ad. Pl. n.2/22; **ndr**) sul tema oggetto della pronuncia (ossia perdita dei requisiti ex art. 80 d.lgs. n. 50/2016 in sede di gara), la quale è pervenuta alla conclusione di ritenere necessaria, tra le norme antinomiche, "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".omissis....omissis... E appare dirimente, anche, quanto si è precisato sulla soggettività individuale del consorzio stabile, dotato di autonoma personalità giuridica, espressione di una realtà imprenditoriale distinta rispetto a quella dei singoli consorziati, con dimensione organizzativa propria e con autonoma struttura a rilevanza esterna, la quale non osta, anzi suggerisce la regolamentazione della vicenda secondo i criteri individuati dall'Adunanza Plenaria. Ciò in considerazione del fatto che, tanto durante lo svolgimento della procedura di gara, quanto durante l'esecuzione del contratto, l'unica controparte della stazione appaltante è il consorzio stabile nel suo complesso nell'ambito del quale, a differenza delle unioni temporanee di imprese, **i rapporti con le imprese consorziate e le imprese esecutrici si risolvono in rapporti interorganici, che non hanno alcuna rilevanza all'esterno nei confronti della stazione appaltante.** Ne consegue che, a maggior ragione, ogni obiezione alla modifica soggettiva dovrebbe ritenersi superata, tenuto conto che l'Adunanza Plenaria, con la sentenza richiamata, con condivisibile percorso argomentativo, ha ritenuto ammissibile la modificazione soggettiva in fase di garaomissis... . . >> (Cons. Stato, V, n. 9762/22).

7.1 La disciplina del Codice 2023 sul tema da ultimo sindacato appare molto articolata. Il comma 2 dell'art 97 Codice (applicabile, ripetesi ai consorzi stabili in forza del comma 3 del medesimo art. 97) contempla espressamente la estromissione/sostituzione al fine di evitare **l'esclusione dalla gara** da parte del raggruppamento/consorzio (<< ... *Se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, il raggruppamento non è escluso dalla procedura d'appalto. Se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, l'operatore economico è escluso con decisione motivata....>>) .*

Non sembra che nel contesto dell'art. 97 ci siano frammenti correlati alla estromissione/sostituzione nella fase di esecuzione del contratto.

La stessa **Relazione** sembra focalizzarsi solo sulla fase della gara: << *La facoltà di sostituire o estromettere l'operatore è stata riconosciuta per le cause escludenti che si **verificano in corso di gara** e per le cause che si verificano in precedenza per le quali l'offerente abbia comprovato l'impossibilità di farvi fronte prima della presentazione dell'offerta, così ritenendo di contemperare il principio di par condicio con la pretesa del candidato di partecipare alla gara, sacrificando la posizione di colui che non ha posto rimedio per tempo alla causa (pur potendolo fare) a favore della parità di trattamento con gli altri offerenti che si sono adoperati per presentare un'offerta ammissibile e della velocità della procedura >>.*

Ma, tale passaggio della Relazione sembra esprimere la preoccupazione di evitare in sede di gara che lo strumento della sostituzione possa ledere la *par condicio* e non già il proposito di escludere la sostituzione in fase di esecuzione, opzione questa che se effettivamente voluta sarebbe stata verosimilmente accompagnata da una specifica e articolata motivazione in quanto avrebbe dato luogo ad una limitazione in controtendenza con la normativa e la giurisprudenza consolidata che da oltre un ventennio, come sopra già evidenziato, hanno ammesso innanzitutto la sostituzione in fase di esecuzione.

Orbene, considerato, da un lato, l'esigenza fondamentale, qualora si verifichi un *default* di requisito da parte di un'impresa raggruppata/consorziata, di consentire la perdurante esecuzione del contratto

da parte delle imprese superstiti raggruppate in ATI e da parte del consorzio stabile, che dimostrino di possedere i prescritti requisiti (di per sé stessi o per variazione additiva, se ritenuta ammissibile); dall'altro, l'assenza di divieti sulla estromissione/sostituzione nella fase esecutiva nel contesto dell'art. 97 Codice (o di altra disposizione del Codice) e (l'assenza) di qualsivoglia argomentazione nella **Relazione** diretta a limitare la estromissione/sostituzione dell'impresa raggruppata/consorziata alla sola fase di gara, si **può ritenere** che la mancata esplicita previsione, nel contesto dell'art. 97 Codice, della estromissione/sostituzione dell'impresa raggruppata/consorziata in fase di esecuzione del contratto sia frutto di una mera "distrazione/dimenticanza" da parte del legislatore (una dimenticanza inversa a quella che si era verificata con la prima stesura del D. Lgs. n. 50/16 che aveva, invece, disciplinato, come sopra già ricordato, la estromissione/ sostituzione nella sola fase di esecuzione, poi estesa alla fase di gara da un *Correttivo*), giammai della volontà di vietare l'estromissione/sostituzione in fase di esecuzione in presenza dei presupposti previsti dall'art 97. In tale prospettiva è ragionevole, a nostro avviso, concludere nel senso che l'art 97 Codice va applicato anche nella fase di esecuzione del contratto sia rispetto ai consorzi stabili, sia rispetto alle ATI (in sostanza, si ritiene fondata l'interpretazione estensiva dell'art 97 cit.).

Tale conclusione (di carattere generale) è, del resto, in linea con il già richiamato *Considerando* 110 della Direttiva 2014/24/UE, che è mirato proprio a riconoscere l'ammissibilità della sostituzione di un operatore economico raggruppato in fase di esecuzione.

Pertanto, **nel caso di impresa raggruppata in ATI**, alla predetta conclusione generale sull'estensione dell'art 97 cit. anche alla fase di esecuzione del contratto, se ne aggiungono altre correlate all'art. 68 Codice.

La disciplina dell'estromissione/sostituzione in fase esecutiva sembra collocarsi nel comma 15 dell'art. 68 Codice, il quale, da un lato, prevede in via generale (senza riferimento a questa o a quella fase della gara o dell'esecuzione del contratto) che la modifica *tout court* dei raggruppamenti è ammissibile nei termini indicati dall'articolo 97 Codice; dall'altro, non contiene più - rispetto alla corrispondente disposizione contenuta nella seconda parte del comma 9 dell'art 48 D. Lgs. n. 50/16

- un riferimento all'offerta quale estremo temporale per poter procedere alle variazioni soggettive ammesse da esso comma.

Va, inoltre, evidenziato che il comma 16 dell'art. 68 stabilisce che l'inosservanza di quanto prescritto al comma 15 cit. comporta l'esclusione dei concorrenti riuniti in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti, nonché l'annullamento dell'aggiudicazione **o la risoluzione del contratto.**

Tale riferimento alla risoluzione del contratto e la sua correlazione sia al caso di violazione delle norme sul recesso, sia al caso di violazione delle norme sulla sostituzione dell'impresa raggruppata di cui all'art. 97 Codice, sono elementi ulteriori e distinti (rispetto a quelli evidenziati con riferimento al comma 15 cit.) che portano a ritenere, a nostro avviso, che il legislatore del Codice del 2023 considera la disciplina sulla sostituzione delle imprese raggruppate in ATI di cui all'art 97 cit. applicabile anche in fase esecutiva.

Del resto, il comma 17 del medesimo art. 68 ammette il recesso (e la conseguente variazione dell'ATI) anche con riferimento alla fase esecutiva.

In particolare, il comma 17 cit dispone tra l'altro e per quanto qui rileva: *<< E' ammesso il recesso di una o più imprese raggruppate, sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguireomissis.....>>.*

Il chiaro riferimento alla fase esecutiva implica un perimetro applicativo della norma che coinvolge almeno anche la fase di esecuzione del contratto ¹³.

¹³ La disposizione del comma 17 cit. opera un riferimento alle prestazioni *ancora da eseguire* ; una prima lettura della norma potrebbe portare a ritenere che il legislatore abbia avuto a riferimento un recesso che interviene durante l'esecuzione del contratto, con un residuo di prestazioni da eseguire alla data di esternazione del recesso; in tal direzione, il recesso sarebbe praticabile solo in fase di esecuzione del contratto. Ma altra e più convincente lettura porta a ritenere che il legislatore non si sia preoccupato della sola fase di esecuzione, ma abbia voluto affermare il principio per cui i requisiti (speciali) di qualificazione sono correlati alle prestazioni da eseguire in qualsiasi fase intervenga il recesso, con la conseguenza che il recesso può intervenire anche in fase di gara e in tal caso i requisiti speciali da comprovare da parte delle imprese raggruppate non affette da deficit di requisito dovranno essere *interi* perché tutte le prestazioni sono *ancora da eseguire*.

Del resto, sarebbe illogico ritenere che il legislatore con l'art 97 Codice consente in sede di gara sia il *self cleaning* da parte della singola raggruppata/consorzia (anche in consorzio stabile) in *deficit* di requisito (art 97, comma 1 Codice) , sia la sua estromissione/sostituzione (art 97, comma 2, Codice) e, tuttavia, non consente il recesso (in sede di gara) che sostanzialmente produce effetti analoghi ai predetti rimedi.

Nel D. Lgs n. 50/16, il recesso della consorziata assegnataria è contemplato dal comma 7 bis dell'art. 48 , attraverso il richiamo al comma 19 del medesimo art. 48 cit., comma quest'ultimo che dispone: *<< 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*

In definitiva, può ragionevolmente affermarsi, con riferimento alle ATI, che le variazioni soggettive di cui all'art. 97 Codice possono essere praticate anche dopo l'offerta e, dunque, in fase di esecuzione del contratto.

Anche nel caso di consorzi stabili valgono, mutatis mutandis (in ragione della soggettività giuridica), le conclusioni sopra riportate.

Comunque, ad essi non appare applicabile il comma 15 dell'art 68, il quale concerne << *Le modifiche dei consorzi e dei raggruppamenti*>> se per consorzi si intendono, come sembra che debbano essere intesi, i soli consorzi ordinari, da sempre parificati alle ATI; del resto , come evidenziato, l'estensione esplicita ai consorzi stabili è operata dal comma 18 dell'art. 68 Codice solo con riferimento alla disciplina relativa al recesso di cui al comma 17 del medesimo art. 68.

8. Appare opportuno soffermarsi sulla disciplina relativa alle misure di **self cleaning**. In merito assume rilievo , con riferimento al quadro normativo previgente al Codice 2023, l'art. 80, comma 7, D. Lgs. n. 50/16 (norma di recepimento dell'art.57, paragrafo 6, Direttiva UE 2014/24) che statuisce quanto segue : << *Un operatore economico, o un subappaltatore, che si trovi in una delle situazioni di cui al comma 1, limitatamente alle ipotesi in cui la sentenza definitiva abbia imposto una pena detentiva non superiore a 18 mesi ovvero abbia riconosciuto l'attenuante della collaborazione come definita per le singole fattispecie di reato, o al comma 5, è ammesso a provare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti* >> .

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 >>. Inoltre, il recesso è previsto anche dal comma 19 bis dell'art. 48 D. Lgs. n. 50/16, che richiama l'applicazione del comma 19 cit con riferimento al consorzio stabile e , dunque, alla posizione di qualsiasi consorziata.

Quindi, alle condizioni ivi previste, l'operatore economico è ammesso a provare di aver adottato misure sufficienti a ripristinare la sua integrità e affidabilità, nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione.

Tale normativa si applica alla fase di gara e a quella di esecuzione del contratto.

Secondo l'ANAC : << *Ai sensi dell'art. 80, comma 7, del codice e nei limiti ivi previsti, l'operatore economico è ammesso a provare di aver adottato misure sufficienti a dimostrare la sua integrità e affidabilità nell'esecuzione del contratto oggetto di affidamento nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione. 7.2 L'adozione delle misure di self-cleaning deve essere intervenuta entro il termine fissato per la presentazione delle offerte o, nel caso di attestazione, entro la data di sottoscrizione del contratto con la SOA. Nel DGUE o nel contratto di attestazione l'operatore economico deve indicare le specifiche misure adottate. 7.3 Possono essere considerati idonei a evitare l'esclusione, oltre alla dimostrazione di aver risarcito o essersi impegnato formalmente e concretamente a risarcire il danno causato dall'illecito:*

- 1. l'adozione di provvedimenti volti a garantire adeguata capacità professionale dei dipendenti, anche attraverso la previsione di specifiche attività formative;*
- 2. l'adozione di misure finalizzate a migliorare la qualità delle prestazioni attraverso interventi di carattere organizzativo, strutturale e/o strumentale;*
- 3. la rinnovazione degli organi societari;*
- 4. l'adozione e l'efficace attuazione di modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi e l'affidamento a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, del compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento;*
- 5. la dimostrazione che il fatto è stato commesso nell'esclusivo interesse dell'agente oppure eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione o che non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di controllo.*

7.4 Le valutazioni della stazione appaltante in ordine alle misure di *self-cleaning* sono effettuate in contraddittorio con l'operatore economico. La decisione assunta deve essere adeguatamente motivata.

7.5 La stazione appaltante valuta con massimo rigore le misure di *self-cleaning* adottate nell'ipotesi di violazione del principio di leale collaborazione con l'Amministrazione >> (ANAC, **Linee Guida n. 6**, aggiornate con deliberazione del Consiglio dell'Autorità n. 1008/17, attualmente in vigore).

Quindi, l'ANAC ritiene che l'adozione delle misure di *self-cleaning* deve essere intervenuta entro il termine fissato per la presentazione delle offerte.

Anche un consistente orientamento della giurisprudenza nazionale ha ritenuto che le misure di **self-cleaning** hanno una rilevanza solo pro futuro, ossia relativamente alle gare indette successivamente alla loro adozione.

A nostro avviso, l'affermazione secondo la quale le misure di *self cleaning* hanno rilevanza solo per il futuro non sembra essere pienamente in linea con l'art 57, paragrafo 6, Direttiva UE 2014/24 secondo il quale: << *Un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui ai paragrafi 1 e 4 può fornire prove del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione. Se tali prove sono ritenute sufficienti, l'operatore economico in questione non è escluso dalla procedura d'appalto* ; in effetti, tale norma eurounitaria non contiene un precetto che impedisce di adottare utilmente le misure di *self cleaning* anche con riferimento alle gare in corso di svolgimento o con riferimento ai contratti in corso di esecuzione .

Del resto, la stessa giurisprudenza nazionale ha più di recente osservato che una corretta interpretazione dell'art. 80 cit., alla luce dell'art. 57 Direttive UE 2014/14, impone alla S.A. di valutare anche le misure di *self cleaning* adottate in corso di gara (Cons Stato , V, n. 4979/23).

La Corte di Giustizia UE ha osservato che: <<omissis... *l'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che esso osta a una prassi in forza della quale*

un operatore economico è tenuto a fornire spontaneamente, al momento della presentazione della sua domanda di partecipazione o della sua offerta, la prova dei provvedimenti di ravvedimento operoso adottati per dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza, nei suoi confronti, di un motivo di esclusione facoltativo di cui all'articolo 57, paragrafo 4, di detta direttiva, qualora un simile obbligo non risulti né dalla normativa nazionale applicabile né dai documenti di gara. Per contro, l'articolo 57, paragrafo 6, di detta direttiva non osta a un siffatto obbligo qualora esso sia previsto in modo chiaro, preciso e univoco nella normativa nazionale applicabile e sia portato a conoscenza dell'operatore economico interessato mediante i documenti di gara >> (CGUE, IV , 14 gennaio 2021, C-387/19).

La medesima giurisprudenza afferma che la possibilità riconosciuta in capo agli operatori economici (dall'art. 57, comma 6, cit. e dal *considerando* 102 della medesima Direttiva) di fornire la prova dei provvedimenti di ravvedimento operoso adottati può essere esercitata su iniziativa di questi ultimi o su iniziativa della S.A., così come può essere esercitata al momento della presentazione della domanda di partecipazione o dell'offerta o in una fase successiva della procedura, in assenza di puntuali diverse prescrizioni della legge o degli atti di gara: <<...omissis... Occorre rilevare che né il tenore letterale dell'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24 né il *considerando* 102 di tale direttiva precisano in che modo o in quale fase della procedura d'appalto possa essere fornita la prova dei provvedimenti di ravvedimento operoso. 28 In tali circostanze, si deve constatare che, alla luce del solo tenore letterale dell'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24, la possibilità lasciata agli operatori economici di fornire la prova dei provvedimenti di ravvedimento operoso adottati può essere esercitata su iniziativa di questi ultimi o su iniziativa dell'amministrazione aggiudicatrice, così come può essere esercitata al momento della presentazione della domanda di partecipazione o dell'offerta o in una fase successiva della procedura. 29. Tale interpretazione è suffragata dall'obiettivo perseguito dall'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24. Infatti, prevedendo che un operatore economico debba fornire la prova dei provvedimenti di ravvedimento

operoso, tale disposizione mira a sottolineare l'importanza attribuita all'affidabilità dell'operatore economico nonché a garantire una valutazione obiettiva degli operatori economici e ad assicurare una concorrenza effettiva (v., per analogia, sentenza dell'11 giugno 2020, Vert Marine, C-472/19, EU:C:2020:468, punto 22). Orbene, tale obiettivo può essere raggiunto qualora sia fornita la prova dei provvedimenti di ravvedimento operoso, in qualunque fase della procedura che preceda l'adozione della decisione di aggiudicazione, essendo essenziale che l'operatore economico abbia la possibilità di far valere e far esaminare i provvedimenti che, a suo avviso, consentono di rimediare a un motivo di esclusione che lo riguarda.....>> (CGUE, IV , 14 gennaio 2021, C-387/19).

Inoltre, la CGUE ha precisato, altresì, che l'art 57, paragrafo 6, Direttiva UE 2014/24 deve essere interpretato nel senso che esso **produce un effetto diretto negli ordinamenti nazionali sebbene non contenga le concrete modalità per la sua applicazione**. In particolare , è stato affermato che: << si deve considerare che, prevedendo che un operatore economico possa fornire prove del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un motivo di esclusione che lo riguarda, l'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24 conferisce agli operatori economici un diritto che, da un lato, è formulato in termini non equivoci e, dall'altro, addossa agli Stati membri un'obbligazione di risultato che, sebbene le sue condizioni sostanziali e procedurali di applicazione debbano essere specificate dagli Stati membri in forza dell'articolo 57, paragrafo 7, di tale direttiva, non dipende dalla trasposizione nel diritto interno per poter essere invocata dall'operatore economico interessato e applicata a vantaggio di quest'ultimo. 49 **Infatti, indipendentemente dalle concrete modalità di applicazione dell'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24, tale disposizione prevede in modo sufficientemente preciso e incondizionato, ai sensi della giurisprudenza citata al punto 46 della presente sentenza, che l'operatore economico interessato non possa essere escluso dalla procedura d'appalto qualora riesca a dimostrare, in modo ritenuto soddisfacente dall'amministrazione aggiudicatrice, che i provvedimenti di ravvedimento operoso adottati ripristinano la sua affidabilità**

nonostante l'esistenza di un motivo di esclusione che lo riguarda. Di conseguenza, l'articolo 57, paragrafo 6, di tale direttiva prevede, a vantaggio di tale operatore economico, un livello minimo di tutela indipendentemente dal margine di discrezionalità lasciato agli Stati membri nella determinazione delle condizioni procedurali di tale disposizione (v., in tal senso, sentenze del 14 luglio 1994, Faccini Dori, C-91/92, EU:C:1994:292, punto 17, nonché del 5 ottobre 2004, Pfeiffer e a., da C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584, punto 105). Ciò vale a maggior ragione in quanto, come rilevato, in sostanza, dall'avvocato generale al paragrafo 102 delle sue conclusioni, l'articolo 57, paragrafo 6, di detta direttiva stabilisce gli elementi fondamentali del regime dei provvedimenti di ravvedimento operoso e del diritto conferito all'operatore economico indicando gli elementi minimi da dimostrare nonché i criteri di valutazione da rispettare. 50 Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre rispondere alla seconda questione sollevata dichiarando che l'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che esso produce un effetto diretto >> (Corte Giustizia UE, IV , 14 gennaio 2021, C-387/19).

In definitiva, se la *lex specialis* non precisa in modo chiaro ed univoco la fase di esternazione e delle misure di *self cleaning* adottate, l'operatore economico (ovviamente, in assenza di sua dichiarazione spontanea sulle misure assunte, da ritenere sempre praticabile, come si argomenta da Corte di Giustizia UE, IV , 14 gennaio 2021, C-387/19) va ammesso dalla S. A. a chiarire le *misure* adottate (una sorta di *soccorso istruttorio*) allorché questa intenda escluderlo dalla gara in sede di valutazione di un determinato illecito professionale/contrattuale.

8.1 Le misure indicate dal comma 6 dell'art. 80 cit (<<... è ammesso a provare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti >>) non possono essere considerate, secondo l'interpretazione prevalente, espressione di un numero *clausus* tassativo.

Al fine di cercare di evitare l'esclusione dalla gara, oltre alla dimostrazione di aver risarcito o essersi

impegnati concretamente a risarcire il danno causato dall'illecito, possono rilevare i seguenti atti/attività : l'adozione di misure organizzative volte a garantire un'adeguata capacità professionale dei dipendenti, anche attraverso la previsione di specifiche attività formative; l'organizzazione *ex novo* di una struttura deputata al *risk management* in posizione autonoma ed indipendente rispetto all'apparato aziendale; l'istituzione di procedure e/o protocolli ai sensi del D. Lgs. 231/01; le determinazioni per assicurare adeguati flussi informativi tra apicali dell'operatore economico e l'Organismo di vigilanza; il rafforzamento del ruolo degli *interna audit*.

Il Consiglio di Stato con riferimento all'aggiornamento delle Linee Guida n. 6 , elaborato dall'ANAC nel 2018 (non refluito in un atto ufficiale della citata Autorità) ha osservato quanto segue: << *Un'ultima osservazione riguarda la parte VI del testo trasmesso, concernente le misure di self-cleaning, **rimasta immutata** rispetto alla versione approvata ad ottobre del 2017. L'occasione di una nuova revisione del testo potrebbe essere colta per inserire, al punto 6.3, magari nel (o dopo il) sotto numero 3, (tra tali misure) **il promovimento di azioni di responsabilità nei confronti degli organi societari, a cominciare da amministratori e sindaci**. L'esperienza dimostra, infatti, come in più di un caso le sole dimissioni o la revoca di tali soggetti non valgano a dimostrare la reale (e sincera) dissociazione dell'ente, ricavabile piuttosto dall'avvio di azioni risarcitorie quale segno di un'effettiva scelta di campo >> (Cons. Stato, Ad. Comm. Spec. n. 2616/18)¹⁴.*

Un'articolata sentenza ha evidenziato il limitato effetto degli interventi che si risolvono nelle “*misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese*”; in particolare è stato osservato che è : << *necessario distinguere due tipologie di condotte c.d. di self-cleaning, cioè un ravvedimento operoso indotto che consente all'operatore economico di dimostrare la sua persistente e concreta affidabilità nonostante l'esistenza di un motivo di esclusione (superando l'attitudine preclusiva dell'accertata sussistenza di una o più cause di esclusione), la cui matrice eurounitaria oggi sta nell'art. 57 della direttiva 2014/24/UE. Così: a) un primo caso di self-cleaning è rappresentato dal*

¹⁴ Il punto 6.3 cui fa riferimento il Consiglio di Stato sembrerebbe corrispondere in realtà al punto 7.3 del testo delle Linee Guida n.6 .

comportamento dell'operatore economico che, in presenza di un fatto di reato o di una condotta di illecito, dimostri di essersi, per un verso, adoperato per la eliminazione, retrospettiva, del danno cagionato e, per altro verso, di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico ed organizzativo idonei a prevenire, pro futuro, la commissione di ulteriori reati o illeciti. In coerenza, il momento ne ultra quem per l'adozione delle misure di self-cleaning e per la loro allegazione alla stazione appaltante è ancorato al termine di presentazione delle offerte (posto che una facoltà di tardiva implementazione o allegazione si paleserebbe, a tacer d'altro, alternativa della par condicio dei concorrenti); **b)** *un altro caso è quello delle "misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese" nell'ambito della prevenzione della corruzione che, per l'art. 32 d.-l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito dalla l. 11 agosto 2014, n. 114, il prefetto, su segnalazione dell'ANAC, può, nel caso di "esecuzione di opere pubbliche, servizi e forniture", disporre nei confronti dell'impresa a carico della quale l'autorità giudiziaria proceda per l'accertamento di uno o più dei reati nominati al comma 1 dello stesso articolo.*

In questo secondo caso, il self cleaning prefigura, alternativamente:

a) la rinnovazione degli organi sociali mediante la sostituzione del soggetto coinvolto: sostituzione che, ricorrendone le condizioni, è idonea ad impedire l'automatismo solutorio, ad opera delle misure interdittive, sui contratti in essere; o, quanto meno, a legittimare al commissariamento dell'impresa, con prosecuzione "controllata" dell'esecuzione dei contratti in essere ed accantonamento cautelativo degli utili in attesa delle determinazioni in ordine alla prospettiva confisca (cfr. parere Cons. Stato, comm. spec., 18 giugno 2018, n. 1567);

b) il "sostegno e monitoraggio dell'impresa" (art. 32, comma 8).

In questa seconda fattispecie, con evidenza, il self-cleaning può agire solo nella duplice e concorrente direzione: i) della prospettiva sterilizzazione delle misure interdittive penali, a prevenire ed evitare l'estromissione dell'impresa dal mercato; ii) dell'impedimento del commissariamento, relativamente ai contratti la cui esecuzione sia stata già iniziata.

Nel primo caso, è chiara l'operatività solo pro futuro delle misure organizzative virtuose. Nel secondo caso, si tratta di una misura specifica, orientata a salvaguardare l'utile esecuzione dei contratti in essere. Per contro, resta escluso dagli effetti di questa misura che la mera sostituzione degli organi di vertice sia, in pendenza di una procedura evidenziale, d'ostacolo all'operatività di una clausola di estromissioneomissis.... >> (Cons. Stato, V, n. 479/20)

8.2 E' opportuno precisare che il D. Lgs. 50/16 non prevede che l'adozione di misure di *self cleaning* consente automaticamente di eliminare la rilevanza escludente degli illeciti commessi dal concorrente restando fondamentale la valutazione dell'idoneità o meno delle stesse da parte della Stazione Appaltante.

In materia è stato osservato quanto segue: << *Ebbene, il provvedimento de quo non ha preso in considerazione dette criticità, ma si è limitato ad asserire - genericamente - che l'operatore economico aveva adottato misure di self cleaning e che la legittimità del provvedimento attraverso il quale l'Autorità garante aveva irrogato la suddetta sanzione amministrativa non era ancora stato oggetto di sentenza definitiva. La [La Stazione Appaltante, ndr] non ha dato conto in alcun modo conto di come le misure organizzative implementate da XX... – avuto riguardo alla particolare gravità dei fatti sopra illustrati – abbiano consentito di pervenire ad un giudizio di affidabilità dell'operatore. Invero, l'adozione di misure di self cleaning non consente automaticamente di eliminare la rilevanza escludente degli illeciti professionali commessi dal concorrente, poiché l'idoneità sanante delle misure di tali misure deve essere a sua volta oggetto di valutazione da parte della stazione appaltante, mediante un giudizio espresso (cfr: T.A.R. Roma n. 8288/2018). 4.6 Si ritiene, pertanto, che il provvedimento impugnato sia viziato per deficit motivazionale, atteso che si è limitato ad un generico riferimento alle misure di self cleaning adottate dalla società in questione, senza alcun approfondimento istruttorio in ordine alla idoneità di queste misure ad incidere sulla affidabilità professionale della società aggiudicataria e quindi senza alcun sostanziale accertamento*

della effettiva insussistenza di elementi ostativi alla aggiudicazione dell'appalto, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016.

4.7 Né detto deficit motivazionale può essere sanato in sede processuale. Osserva in proposito il Collegio che, secondo orientamento giurisprudenziale consolidato, nell'ambito del processo amministrativo l'integrazione della motivazione dell'atto in sede giudiziale è ammissibile soltanto se effettuata mediante gli atti del procedimento, oppure attraverso l'emanazione di un autonomo provvedimento di convalida; dovendo ritenere, invece, inammissibile un'integrazione postuma effettuata in sede di giudizio, mediante atti processuali, o comunque scritti difensivi, in quanto la motivazione costituisce contenuto insostituibile della decisione amministrativa (cfr. C. di St. n. 2869/2020). 4.8 Per le ragioni sopra esposte, il provvedimento di aggiudicazione deve essere annullato omissis >> (TAR Lazio, III quater, n. 7936/20) .

Peraltro, secondo un orientamento, si può prescindere dalla valutazione delle misure di *self cleaning* qualora non vi sia stata leale collaborazione da parte dell'operatore economico. In merito è stato osservato che la leale collaborazione è un presupposto necessario perché l'operatore economico sia ammesso a provare l'idoneità delle misure di *self cleaning* dallo stesso adottate :

<< Il par. 6.1 delle linee guida prevede che l'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), deve essere disposta all'esito di un procedimento in contraddittorio con l'operatore economico interessato. I commi 7 e 8 dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, infatti, stabiliscono la facoltà per l'operatore economico di provare l'adozione di misure di cd. *self cleaning* che, ove dalla stazione appaltante ritenute sufficienti, determinano la non esclusione dalla procedura d'appalto. Una recente giurisprudenza (Cons. Stato, sez. III, 5 settembre 2017, n. 4192) ha specificato, tra l'altro, che il ricorso al contraddittorio e, quindi, la valutazione delle misure di *self cleaning*, presuppone il rispetto del principio di lealtà nei confronti della stazione appaltante, per cui, in caso di dichiarazioni mendaci o reticenti, l'amministrazione aggiudicatrice può prescindervi, disponendo l'immediata esclusione della concorrente>> (Cons. Stato, Ad . Comm. Spec. n.

2042/17 sull'aggiornamento delle Linee Guida n. 6, elaborato dall'ANAC nel 2017, poi approvato dall'ANAC con delibera del Consiglio dell'Autorità n. 1008/17, attualmente in vigore).

Resta fermo, però che la motivazione sull'esclusione, nonostante l'adozione di misure di self cleaning, non può prescindere dalla valutazione delle misure stesse; in merito è stato correttamente osservato che: << *Il ricorso è fondato anche in relazione al secondo e terzo mezzo di impugnazione, con i quali si contesta la mancata attivazione del contraddittorio procedimentale e l'omessa considerazione delle misure di self cleaning che la parte ricorrente, ex art. 80, comma 7, del Codice, aveva indicato nella dichiarazione resa ai fini della partecipazione alla gara. Le linee guida n. 6 dell'ANAC prevedono, al punto 6.1, che "L'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c) deve essere disposta all'esito di un procedimento in contraddittorio con l'operatore economico interessato" e, al punto 7.4, che "Le valutazioni della stazione appaltante in ordine alle misure di self-cleaning sono effettuate in contraddittorio con l'operatore economico. La decisione assunta deve essere adeguatamente motivata".* >> . (TAR Lazio, I, n. 2771/19).

Anche con riferimento alle sentenze di condanna definitive è stato osservato dalla CGUE quanto segue: << *L'art 38, paragrafo 9, della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale che non accorda a un operatore economico condannato definitivamente per uno dei reati di cui all'articolo 38, paragrafo 4, di tale direttiva e soggetto, per tale ragione, a un divieto automatico di partecipare alle procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione, la possibilità di fornire la prova di aver adottato misure correttive idonee a dimostrare il ripristino della sua affidabilità.*

L'articolo 38, paragrafi 9 e 10, della direttiva 2014/23 deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che l'esame dell'adeguatezza delle misure correttive adottate da un operatore economico sia affidato alle autorità giudiziarie, purché il regime nazionale istituito a tal fine rispetti tutti i requisiti posti dall'articolo 38, paragrafo 9, di tale direttiva e la procedura applicabile sia

compatibile con i termini imposti dalla procedura di aggiudicazione dei contratti di concessione. Inoltre, l'articolo 38, paragrafo 9, della direttiva 2014/23 deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale che consente alle autorità giudiziarie di non applicare a una persona un divieto automatico di partecipare alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione a seguito di una condanna penale, di revocare un siffatto divieto o di escludere qualsiasi menzione della condanna nel casellario giudiziario, purché tali procedure giudiziarie soddisfino effettivamente le condizioni poste e l'obiettivo perseguito da tale regime e, in particolare, consentano, qualora un operatore economico desideri partecipare a una procedura di aggiudicazione dei contratti di concessione, di revocare, in tempo utile, il divieto a cui è soggetto, basandosi soltanto sull'adeguatezza delle misure correttive invocate dal suddetto operatore e valutate dall'autorità giudiziaria competente conformemente ai requisiti previsti da tale disposizione, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare >> (CGUE, IX, 11 giugno 2020, c. 472/19) .

9. La normativa del Codice del 2023 prevede espressamente che le misure di *self cleaning* hanno valenza anche con riferimento alle gare in corso di esecuzione come si evince chiaramente dai commi 2-4 dell'art 96 Codice che dispongono quanto segue:

<< 2. L'operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui all'articolo 94, a eccezione del comma 6, e all'articolo 95, a eccezione del comma 2, non è escluso se si sono verificate le condizioni di cui al comma 6 del presente articolo e ha adempiuto agli oneri di cui ai commi 3 o 4 del presente articolo.

3. Se la causa di esclusione si è verificata prima della presentazione dell'offerta, l'operatore economico, contestualmente all'offerta, la comunica alla stazione appaltante e, alternativamente:

a) comprova di avere adottato le misure di cui al comma 6;

b) comprova l'impossibilità di adottare tali misure prima della presentazione dell'offerta e successivamente ottempera ai sensi del comma 4.

4. *Se la causa di esclusione si è verificata successivamente alla presentazione dell'offerta, l'operatore economico adotta e comunica le misure di cui al comma 6. >>*

Anche il Codice non tipizza le fattispecie delle misure di *self cleaning* ; tuttavia l'art 96 cit., dopo aver previsto che se le misure adottate sono ritenute sufficienti, l'operatore non è escluso dalla gara, aggiunge: *<< A tal fine, l'operatore economico dimostra di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti >>*.

Il Codice 2023 esterna una regola che in precedenza era stata elaborata, come sopra accennato, dalla giurisprudenza, ossia quella secondo la quale la S.A deve motivare specificamente sulla idoneità o meno delle misure di *self cleaning* adottate dall'operatore economico.

In particolare, il comma 6 dell'art 96 D Lgs. n. 36/23 dispone che le misure adottate dagli operatori economici sono *valutate* considerando la gravità e le particolari circostanze del reato o dell'illecito, nonché la tempestività della loro assunzione; se la S.A. ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, ne comunica le ragioni all'operatore interessato .

All'applicazione del regime sulle misure di *self cleaning* sia in fase di gara , sia in fase di esecuzione del contratto provvede il comma 4 dell'art. 96 Codice che si riferisce a tutto il perimetro che va oltre la fase di presentazione dell'offerta (*<< Se la causa di esclusione si è verificata successivamente alla presentazione dell'offerta, l'operatore economico adotta e comunica le misure di cui al comma 6 >>*).

Quindi, anche nel contesto di applicazione del Codice 2023, le misure di *self cleaning* possono essere adottate sia in fase di gara, sia in fase di esecuzione del contratto.

L'art 97 Codice prevede, poi, che le misure di *self cleaning* possono essere adottate in gara dall'impresa consorziata/raggruppata e inoltre, in forza del richiamo al comma 4 dell'art 96 cit., anche

in fase di esecuzione del contratto.

E' opportuno evidenziare che il *default* del requisito in sede di esecuzione del contratto determina la risoluzione del contratto nei *solis* casi previsti dal Codice e/o nelle *sole* fattispecie eventualmente contemplate dagli atti di gara, compreso, il contratto.

In tale prospettiva si evidenzia che, ai sensi dell'art 122 Codice, le Stazioni Appaltanti "**possono**" risolvere un contratto di appalto, tra l'altro e per quanto qui interessa, nei casi in cui l'aggiudicatario si è trovato, al momento dell'aggiudicazione dell'appalto, in una delle situazioni di cui all'art. 94, comma 1, Codice e avrebbe dovuto, pertanto, essere escluso dalla procedura di gara.

Inoltre, il medesimo art. 120 stabilisce che le Stazioni Appaltanti "**risolvono**" un contratto di appalto, tra l'altro e sempre per quanto qui di interesse, qualora nei confronti dell'appaltatore :

- a) sia intervenuta la decadenza dell'attestazione di qualificazione per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci;
- b) sia intervenuto un provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di una o più misure di prevenzione di cui al codice delle leggi antimafia e delle relative misure di prevenzione, di cui al D. Lgs. n. 159/11, ovvero sia intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato per i reati specificamente indicati dal legislatore.

Quindi, la legge prevede la risoluzione di diritto solo nel caso di perdita dei requisiti enucleati nelle precedenti lettere a) e b).

10. In ordine alla sostituzione della consorziata assegnataria direttamente con il consorzio stabile si osserva quanto segue. Il comma 3 dell'art 97 Codice prevede, come accennato, la sostituzione, disposta dal consorzio stabile, di una consorziata con altra consorziata.

L'art. 97 cit non sembra contemplare l'ipotesi della *sostituzione*¹⁵ della consorziata assegnataria

¹⁵ A stretto rigore non si tratta di sostituzione in quanto il consorzio allorché designa una consorziata per l'esecuzione rimane titolare unico della relativa situazione.

direttamente con il consorzio stabile, né tale evenienza sembra specificamente contemplata da altra norma del Codice.

Ci si chiede se, a fronte di tale vuoto normativo, il consorzio stabile possa revocare/inficiare la designazione originaria e possa proseguire nella procedura di gara e/o nell'esecuzione del rapporto direttamente, senza indicare altra assegnataria.

A nostro avviso, considerato che il consorzio stabile è l'unico titolare della posizione di concorrente/aggiudicatario/contraente va riconosciuto, di norma, tale potere di revoca dell'originaria assegnazione (che non incide, appunto, sulla modifica della predetta titolarità), ferma restando l'esigenza del possesso dei prescritti requisiti di ordine speciale (un problema di comprova dei requisiti di ordine speciale in capo al consorzio stabile **potrebbe** porsi, ad esempio, se la sostituzione è accompagnata dall'estromissione dal consorzio della consorziata che aveva apportato i suoi requisiti speciali per la qualificazione del consorzio stabile).

Un'interpretazione restrittiva sarebbe, a nostro avviso, non logica e sproporzionata in quanto si preclude la "sostituzione", anche per mere esigenze organizzative e gestionali , da parte del consorzio a fronte di un ordinamento che con l'art 97, comma 2, Codice ammette la sostituzione della consorziata (assegnataria o non) per *default* del requisito generale o speciale. Ciò ancor più se si considera che il medesimo art 97, comma 2, Codice ammette tale sostituzione per una raggruppata di un'ATI, ossia di una contitolare della posizione di concorrente/aggiudicatario/contraente, quindi di un soggetto che ha un ruolo molto più rilevante rispetto a quello della consorziata assegnataria la quale è mero organo interno del consorzio stabile.

Del resto, il Codice (comma 18 dell'art 68) ammette il recesso **della consorziata di un consorzio stabile per qualsiasi ragione.**

Ora se la consorziata che è mero organo interno può recedere dall'assegnazione, se il contitolare della posizione di concorrente/aggiudicatario/contraente qual è l'impresa raggruppata può recedere dal rapporto per esigenze organizzative, se la consorziata (assegnataria o non) di un consorzio stabile e la raggruppata di un'ATI possono essere sostituite, sarebbe davvero illogico non ritenere che sia

consentita la revoca dell'assegnazione anche per mere esigenze organizzative del consorzio stabile, considerato che la revoca non determina modifica soggettiva e si risolve, appunto, in un fatto meramente interno, fermo restando l'obbligo di comprovare il possesso dei requisiti anche di ordine speciale.

Ai fini la *riespansione* della posizione del consorzio stabile nei termini suddetti non occorre, a nostro avviso, una preventiva riserva/indicazione in sede di gara, né una preventiva autorizzazione della S.A. (che, però, va informata in ossequio ai principi di correttezza e trasparenza), ciò in quanto la disciplina del consorzio stabile implica sempre che l'acquisizione della commessa è in capo al consorzio, unico soggetto titolare della posizione di concorrente/aggiudicatario/titolare del contratto, intervenendo l'assegnataria quale mero organo interno del consorzio.

Se la perdita dei requisiti apportati da una consorziata si verifica in corso di esecuzione del contratto appare ragionevole ritenere che il consorzio stabile sia tenuto nel suo complesso ad assicurare la perdurante qualificazione solo in relazione al valore delle prestazioni ancora da eseguirsi alla data della predetta evenienza posto che ciò è sufficiente per assicurare il completamento dell'appalto a regola d'arte.

Giova, infine, evidenziare che la giurisprudenza con riferimento alla normativa precedente al Codice, la quale pure non contemplava espressamente la "sostituzione" del consorzio stabile alla consorziata assegnataria, aveva riconosciuto un ampio potere in capo al consorzio stabile di governare l'esecuzione del contratto. Le argomentazioni addotte dalla pregressa giurisprudenza possono essere apprezzate tuttora perché ancorate ad elementi di connotazione del consorzio stabile senz'altro riscontrabili nella normativa del Codice 2023.

In particolare, in ragione dell'ampiezza dei poteri derivanti al consorzio stabile in veste di unico concorrente e aggiudicatario anche laddove indichi un'assegnataria, è stato affermato che al consorzio spetta il potere di revoca dell'assegnazione alla consorziata sostanzialmente "**all'occorrenza**", senza, dover individuare un presupposto specifico: <<*omissis*.... concorrente

è quindi solo il consorzio, mentre non assumono tale veste le sue consorziate, nemmeno quella designata per l'esecuzione della commessa, con la conseguenza che quest'ultima all'occorrenza può sempre essere estromessa o sostituita senza che ciò si rifletta sul rapporto esterno tra consorzio concorrente e stazione appaltante (C.G.A.R.S., 2 gennaio 2012, n. 12; Cons. Stato, VI, 29 aprile 2003, n. 2183); la circostanza che anche la consorziata indicata quale esecutrice debba dichiarare il possesso dei requisiti di partecipazione di ordine generale (oltre che speciale), non è idonea a giustificare una diversa conclusione, atteso che il detto possesso è richiesto al solo fine di evitare che soggetti non titolati possano eseguire la prestazione: sicchè la perdita dei requisiti in questione da parte della consorziata esecutrice comporta semplicemente l'onere di estrometterla o sostituirla con altra consorziata, ma non incide sul possesso dei requisiti di partecipazione del consorzio concorrenteomissis.... >> (Cons Stato, V, n. 2387/20; le affermazioni che precedono vengono focalizzate dalla sentenza 2387 sia sul consorzio stabile sia sul consorzio di cooperative)¹⁶.

11. Il comma 2 dell'art. 97 D. Lgs. n. 36/23, nell'ammettere l'estromissione e la sostituzione, fa << *salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata* >> .

Tale norma si applica alle imprese raggruppate in ATI ed è estesa anche ai consorzi stabili per effetto del richiamo operato dal comma 3 dell'art 97 Codice.

Nella **Relazione** si precisa: << *Il comma 2 [dell'art 97 Schema del Codice, ndr] è stato formulato sulla scorta della convinzione che l'istituto di cui all'art. 63, paragrafo 1, comma 2, della direttiva 24/2014 possa applicarsi non solo alla sostituzione, prevista espressamente dalla direttiva medesima, ma anche alla modifica per riduzione dell'operatore economico con identità plurisoggettiva, in ragione del minore impatto di tale ultimo fenomeno sull'identità dell'operatore economico offerente*

¹⁶ Si vedano anche: Cons. Stato, V, n. 9923/22; CGARS n. 49/21; Cons. Stato, V, n 5926/19 (concernente un consorzio di cooperative); Cons. Stato, V, n. 3507/17; Cons. Stato, V, n. 5152/16.

e delle pronunce dell'Adunanze plenarie nn. 5 del 2021, 9 del 2021 e 2 del 2022, che hanno ammesso detta ultima tipologia di modificazione. Il rispetto della par condicio e delle regole di gara ha imposto - sulla scorta di quanto affermato dalla Corte di giustizia in merito alla circostanza che “la sostituzione del soggetto interessato non conduca a una modifica- sostanziale dell’offerta di tale offerente” (Corte di giustizia, sez. IX, 3 giugno 2021, in causa C-210/20) – di assicurare che la modificazione della compagine dell’operatore economico avvenga “fatta salva l’immodificabilità sostanziale dell’offerta presentata ...omissis..... >>.

Il frammento normativo in questione non contiene un divieto di sostituzione; in altri termini, non esclude che si possa procedere alla sostituzione di un’impresa raggruppata/consorzata che abbia assunto un ruolo essenziale nella elaborazione dell’offerta, ma afferma più semplicemente che non sono ammissibili le sostituzioni che non assicurino la sostanza dell’originaria offerta.

Il riferimento all’offerta è da intendere (come precisato anche dalla **Relazione**) in senso oggettivo, sicché anche sotto tale profilo emerge la recessione del profilo soggettivo con le correlate conseguenze sulla praticabilità della sostituzione.

La *ratio* della norma è quella di valorizzare l’importanza della natura e tipologia dell’offerta oggetto di valutazione, più che l’identità degli operatori economici concorrenti, in ossequio al principio del risultato di cui all’art. 1 Codice.

Del resto, anche la giurisprudenza eurolunitaria (CGUE 3 giugno 2021 , C-210/20, cit.) sembra preoccupata di precludere la sostituzione solo in quelle ipotesi eccezionali in cui la variazione soggettiva si ripercuote su contenuti essenziali dell’offerta, determinandone un’inammissibile variazione sostanziale .

In particolare la CGUE ha osservato: <<omissis.... la Corte afferma che “quando si vede obbligata, in forza del suo diritto nazionale, ad imporre a un offerente la sostituzione di un soggetto sulle cui capacità esso intende fare affidamento, l’amministrazione aggiudicatrice deve assicurarsi, conformemente ai principi di trasparenza e di parità di trattamento enunciati all’articolo 18, paragrafo 1, Direttiva 2014/24, **che la sostituzione del soggetto interessato non conduca a una**

modifica sostanziale dell'offerta di tale offerente. Infatti, l'obbligo per l'amministrazione aggiudicatrice di rispettare il principio di parità di trattamento degli offerenti, che ha lo scopo di favorire lo sviluppo di una concorrenza sana ed efficace tra le imprese che partecipano ad un appalto pubblico e che rientra nell'essenza stessa delle norme di diritto dell'Unione in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici implica, in particolare, che gli offerenti devono trovarsi su un piano di parità sia al momento in cui preparano le loro offerte sia al momento in cui queste sono valutate da tale amministrazione aggiudicatrice. Il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza ostano quindi a qualsiasi trattativa tra l'amministrazione aggiudicatrice e un offerente nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, il che implica che, in linea di principio, un'offerta non può essere modificata dopo il suo deposito, né su iniziativa dell'amministrazione aggiudicatrice né dell'offerente (v., in tal senso, sentenza dell'11 maggio 2017, Archuse Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, punti 25 e 27 nonché giurisprudenza ivi citata)". Ne consegue che, al pari di una richiesta di chiarimenti di un'offerta, la richiesta di un'amministrazione aggiudicatrice che esige la sostituzione di un soggetto sulle cui capacità un offerente intende fare affidamento non deve condurre alla presentazione, da parte di quest'ultimo, di quella che in realtà sarebbe una nuova offerta, talmente essa modificherebbe in modo sostanziale l'offerta iniziale (v., in tal senso, sentenze del 29 marzo 2012, SAG ELV Slovensko e a., C-599/10, EU:C:2012:191, punto 40; del 7 aprile 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punto 64, nonché dell'11 maggio 2017, Archus e Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, punti 31 e 37)". >> (CGUE 3 giugno 2021, C-210/20).

In tale prospettiva, la S.A. sarà, quindi, tenuta, prima di ammettere la modifica, a verificare che la sostituzione proposta non implichi una variazione sostanziale dell'offerta.

Il mantenimento degli standard qualitativi e quantitativi dell'offerta originaria esclude, verosimilmente, che si versi in una situazione di variazione sostanziale della stessa; possono, inoltre, esserci casi in cui, pur senza conferma degli standard originari, l'offerta complessivamente non

muta sotto il profilo sostanziale; in tal senso depono la scelta del legislatore di non predeterminare gli elementi che assicurano la non variazione sostanziale dell'offerta.

Poiché il riferimento all'offerta è da intendere (come accennato) soltanto in senso oggettivo, non comporta variazione sostanziale dell'offerta il caso in cui la sostituzione riguardi un operatore economico che con i suoi requisiti (di ordine speciale) abbia eventualmente consentito al consorzio stabile (o all'ATI) di ottenere un mero punteggio in sede di valutazione dell'offerta; in tale ipotesi, la variazione appare sempre ammissibile e il consorzio può conservare il punteggio attribuito qualora risulti, comunque, avere i requisiti premianti già risultati in capo all'impresa consorziata che viene estromessa.

Di recente è stato focalizzato, anche con riferimento al Codice 2023, che la valutazione del carattere sostanziale degli elementi dell'offerta va fatta in concreto e che può considerarsi non sostanziale una variazione che produce effetti marginali anche in ragione degli assetti organizzativi della compagine associativa che concorre alla gara: << va ora chiarito se, come per i concorrenti costituiti in raggruppamenti temporanei di imprese, anche per i progettisti indicati va verificato in concreto se la loro sostituzione possa incidere sull'offerta, violando il limite della "immodificabilità sostanziale" della stessa. 2.2.6. Sul punto, va richiamata la nuova disciplina dettata **dal d.lgs. 36/2023**, in materia di appalti integrati di progettazione ed esecuzione di lavori, che all'articolo 44, comma 3, prescrive un principio di particolare specializzazione professionale nei confronti degli operatori da ammettere alle procedure di affidamento di suddetti appalti integrati, stabilendo che: "gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti, oppure avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione...."omissis... Nella già citata Relazione del Consiglio di Stato si legge sul punto che tale particolare specializzazione professionale impone ai concorrenti ad una procedura di gara per l'affidamento di un appalto integrato di possedere in proprio i requisiti prescritti per i progettisti o, in mancanza, di avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta "e, quindi, da individuare preventivamente nella compagine che partecipa alla gara", ovvero, in alternativa, partecipare in

raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione. **Ne discende che, dato il rilievo attribuito in astratto dalla normativa richiamata alla figura dei progettisti nell'ambito degli appalti integrati, appare opportuna la verifica in concreto dell'incidenza della loro modifica sul contenuto sostanziale dell'offerta.** In tal modo, si rispetta l'intenzione del legislatore di valorizzare l'importanza della natura e tipologia dell'offerta oggetto di valutazione, più che l'identità degli operatori economici concorrenti, in ossequio al principio del risultato, la cui realizzazione è garantita dalla concorrenza tra gli operatori economici, così come sancito nell'articolo 1 del nuovo Codice dei contratti pubblici.omissis.... Alla luce della lettura combinata della normativa primaria e della *lex specialis*, può, quindi, ritenersi che il progettista "indicato", nella fattispecie in esame, rappresenta una figura "ibrida" tra l'operatore economico concorrente e l'ausiliario in senso tecnico, con possibilità di modificazioni sul piano soggettivo. D'altronde, anche la sostituzione dell'impresa ausiliaria, indicata nel contratto di avvalimento, ma risultata non idonea a prestare il requisito di partecipazione all'operatore economico concorrente, è ormai espressamente subordinata al limite che «la sostituzione dell'impresa ausiliaria non conduca a una modifica sostanziale dell'offerta dell'operatore economico» (così l'articolo 104, comma 5, d.lgs. 36/2023).

2.2.8. Applicando i suddetti principi normativi e giurisprudenziali alla fattispecie in esame, anche a volere confermare con la vigenza del nuovo Codice dei contratti pubblici l'orientamento più rigoroso che ammette la sostituzione del progettista indicato nelle sole ipotesi in cui non si verifica una modifica sostanziale dell'offerta, tale circostanza ostativa non può essere ritenuta sussistente in concreto, sulla base sia di quanto disposto dalla *lex specialis*, sia della tipologia di modifica/sostituzione ammessa nel caso di specie dalla stazione appaltante.omissis.... >> (TAR Campania, Salerno, n. 541/24).

12. Il comma 1 dell'art. 97 Codice utilizza diverse locuzioni per descrivere la/e *condizione/i di esclusione*; in particolare, contiene un generico riferimento alla *causa di esclusione* che interessa la raggruppata/consorzata (<< *partecipante sia interessato da una causa automatica o non*

automatica di esclusione o dal venir meno di un requisito di qualificazione >>); inoltre, nel caso di patologia verificatasi prima dell'offerta impone di comunicare alla S.A. , in sede di offerta, la <<causa escludente verificatasi>> e il <<venir meno del requisito di qualificazione>> .

Il *venir meno* di un requisito di qualificazione implica un requisito posseduto originariamente e, poi, perduto; la *causa escludente* è locuzione che può ricomprendere sia la causa di esclusione sussistente *ab ovo* , sia quella sopravvenuta,

Tale incertezza rimane anche considerando l'ulteriore locuzione “*verificatasi prima della presentazione dell'offerta*” , poiché *verificata* può significare accertata/emersa prima dell'offerta (e, quindi, in tal caso, sia una causa escludente originaria emersa/accertata solo in corso di procedura, sia una causa sopravvenuta in corso di procedura), o, invece, una *causa* concretizzata /materializzata e rilevata nel corso della procedura.

Ora, se si considera che l'art 97, comma 1, cit. parla **contestualmente di causa escludente verificatasi prima della presentazione dell'offerta** e *del venir meno* prima della presentazione dell'offerta (<< *causa escludente verificatasi prima della presentazione dell'offerta e il venir meno, prima della presentazione dell'offerta, del requisito di qualificazione>>*), ci sembra che il termine *verificata* vada inteso nel senso di accertata/emersa in corso di procedura anche se sussistente *ab ovo* , ciò al fine di dare un qualche effetto utile alla locuzione << causa escludente verificatasi>> che, altrimenti, avrebbe portata del tutto equivalente a quella della locuzione << *venir meno del requisito*>>.

Del resto, il medesimo art. 97, con il comma 2, Codice si riferisce al caso di partecipante al raggruppamento interessato da una causa di esclusione senza limitare il perimetro alle sole cause escludenti sopravvenute; esso prospetta l'estromissione/sostituzione in funzione di rimedio avverso l'impresa raggruppata che si trovi in una qualsiasi situazione che la porta all'esclusione (<< *se un partecipante al raggruppamento si trova in una delle situazioni di cui agli articoli 94 e 95 o non è in possesso di uno dei requisiti di cui all'articolo 100, il raggruppamento può comprovare di averlo*

estromesso o sostituito con altro soggetto munito dei necessari requisiti, fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata ...omissis>>).

In sostanza, ci sembra che le misure del *self cleaning* e della estromissione/sostituzione possano essere adottate anche per le ipotesi in cui la raggruppata/consorzata è carente ad ovo di un requisito¹⁷. Tuttavia, nel caso di carenza originaria del requisito la S.A. è chiamata a valutare l'eventuale non ottemperanza all'obbligo di immediata comunicazione (art 96, comma 3 Codice), tenendo conto che l'omissione non costituisce una causa escludente automatica .

13. E' opportuno sottolineare che ai fini dell'applicazione dell'art 96 Codice, richiamato dall'art 97 Codice (che , come detto, si occupa del *self cleaning* da parte dell'impresa raggruppata/consorzata e della sua estromissione/sostituzione) , le misure di *self cleaning* possono essere utilmente offerte dalla impresa deficitaria sia nel caso di perdita del requisito (ossia, ripetesì, di sopravvenuta carenza di un requisito originariamente posseduto) , sia in relazione a cause originarie di carenza del requisito. Sotto tale ultimo profilo va considerato il comma 1 dell'art. 96 Codice che dispone quanto segue: << **Salvo quanto previsto dai commi 2, 3, 4, 5 e 6** (ossia, salva l'adozione di utili misure di self cleaning; **ndr**) , *le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura d'appalto, qualora risulti che questi si trovi, a causa di atti compiuti od omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui agli articoli 94 e 95 >>.*

Quindi, il *self cleaning* e l'estromissione/sostituzione ex art 97 Codice possono concernere, anostro avviso, oltre al caso di perdita del requisito, anche il caso di originaria carenza del requisito

¹⁷ Si veda TAR Campania, Salerno, n. 541/24, secondo il quale l'art 67 Codice si applica anche in caso di carenza originaria dei requisiti in capo ad un partecipante al raggruppamento. Tuttavia, con riferimento al D. Lgs. n. 50/16, TAR Campania , Salerno I, n 348/23, ha osservato che qualora si ammettesse la sostituzione anche a fronte di mancanza originaria dei requisiti di partecipazione, la modifica soggettiva dell'ATI si presterebbe ad attività elusive, che non potrebbero essere evitate asserendo che sia sopravvenuta, in capo alle imprese superstiti dell'ATI, la conoscenza dello specifico motivo escludente, ciò in quanto la preesistenza, rispetto alla presentazione dell'offerta, deve essere rapportata al dato oggettivo dell'esistenza del motivo escludente e non alla conoscenza che di esso abbiano acquisito gli altri componenti dell'ATI.

operandosi un puntuale rinvio a eventi già esistenti ed omessi (<<a causa di atti compiuti od **omessi prima**>>).

La **Relazione** (sub art 96) si limita ad osservare: << il *self cleaning* può riguardare **anche** eventi verificatisi nel corso della procedura e dopo la presentazione dell'offerta (si rammenta in proposito che le Linee Guida ANAC n. 6, capo 6.2., finora applicate, così recitano: "L'adozione delle misure di self-cleaning deve essere intervenuta entro il termine fissato per la presentazione delle offerte o, nel caso di attestazione, entro la data di sottoscrizione del contratto con la SOA. Nel DGUE o nel contratto di attestazione l'operatore economico deve indicare le specifiche misure adottate.") È stato ivi previsto l'onere dell'operatore economico di comunicare tempestivamente **il verificarsi della causa di esclusione** e delle misure adottate (con riferimento a queste ultime: salvo che ciò sia impossibile, ad esempio perché ha avuto notizia della causa di esclusione stessa in epoca assai prossima alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta) ...omissis...>>.

Il Codice, recependo un orientamento di autorevole giurisprudenza (Cons. Stato, Ad Pl, n. 16/20) impedisce l'esclusione automatica in ragione della omessa dichiarazione di cause di esclusione, ipotesi la quale implica che non può essere escluso automaticamente l'operatore che versi *ad ovo* in una causa di esclusione .

Del resto, il superamento dell'interpretazione più restrittiva si impone anche alla luce dell'orientamento del giudice eurounitario secondo il quale l'art 63 cit. osta ad una normativa nazionale che non consenta il salvataggio dell'impresa superstite **anche nel caso di originaria carenza del requisito in capo al soggetto che presta i requisiti** e non solo, quindi, nel caso di perdita del requisito stesso (Corte Giustizia UE, Sez. IX, 3/6/2021, c-210/20, più sopra esaminata; si veda anche CGUE 30 gennaio 2020, C-395/18 in materia di sostituzione della subappaltatrice); peraltro, la medesima Corte ha sottolineato l'esigenza di dare un effetto utile all'art 63 cit..

Comunque, è conforme al principio di proporzionalità sancito dall'art. 18 della Direttiva UE 2014/24 evitare un' esclusione automatica, per "contagio", del consorzio stabile per fatto della consorziata.

Quindi, può ritenersi, a nostro avviso, superato quell'orientamento della giurisprudenza secondo il quale sul consorzio stabile ricadono le sanzioni a carico della consorziata

Del resto, secondo un'esegesi, come il consorzio si avvantaggia della posizione della consorziata, così ne deve subire le conseguenze in caso di sanzione, secondo il noto brocardo *cuius commoda eius et incommoda*: << In tali fattispecie l'impresa consorziata non è terza rispetto al consorzio, che risponde, pertanto, della sua condotta, senza che possa porsi un problema di affidamento incolpevole.

Cuius commoda, eius et incommoda: il consorzio fa proprio i requisiti delle consorziate mediante il principio del cumulo alla rinfusa, ma non può poi considerarsi terzo quando li perdono. Nella specie, come risulta dalla documentazione in atti, il Consorzio, con nota del 18 luglio 2018, aveva rinunciato alla facoltà di avvalersi del subappalto per la categoria OS35, dichiarando che era in possesso della relativa qualificazione e che i lavori sarebbero stati eseguiti da XX s.r.l.. Non può, pertanto, a seguito della perdita della qualificazione per fatto della consorziata, invocare l'applicazione del principio della sostituibilità dell'ausiliaria operante nel diverso caso dell'avvalimento >> (TAR Sicilia, I, n. 640/20; in senso opposto, è stato osservato che il consorzio stabile può sostituirsi alla consorziata assegnataria anche se priva *ab ovo* dei requisiti per eseguire i beni culturali (CGARS n. 49/21).

In definitiva, ci sembra che le misure del *self cleaning* da parte dell'impresa consorziata/raggruppata (o di un operatore che partecipa alla gara singolarmente), nonché le misure della estromissione/sostituzione di una consorziata/raggruppata da parte del relativo consorzio stabile/RTI possano essere adottate anche per le ipotesi in cui si discute di **carezza ad ovo di un requisito**.

Resta fermo che nei casi in cui in capo all'originaria assegnataria è imposto il possesso dei requisiti speciali in correlazione alle prestazioni da eseguire (es. beni culturali) o determinati titoli abilitativi (ex comma 3 dell'art. 67 Codice), l'assegnataria in sostituzione deve anche essa avere tali requisiti/titoli.

Secondo un consolidato orientamento della giurisprudenza, ora recepito con il comma 14 dell'art. 96 Codice, i principi di lealtà e correttezza impongono a qualsiasi operatore economico di aggiornare tempestivamente la S.A. delle variazioni che possono incidere sul possesso dei requisiti.

Ovviamente, non è sufficiente la tempestiva adozione delle misure previste dal comma 2 dell'art. 97 Codice, dovendo le stesse superare positivamente il vaglio di idoneità da parte della Stazione Appaltante, ai sensi di quanto previsto dal medesimo comma 2 (<< *il raggruppamento non è escluso dalla procedura d'appalto. Se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti* ...>>).

14. L'estromissione e la sostituzione (quest'ultima se necessaria) di un'impresa consorziata in un consorzio stabile può operare in presenza di una qualsiasi delle cause di esclusione di cui agli artt. 94 e 95 Codice, come si evince chiaramente dal comma 2 dell'art. 97 Codice (<< *se un partecipante al raggruppamento si trova in una delle situazioni di cui agli articoli 94 e 95 o non è in possesso di uno dei requisiti di cui all'articolo 100, il raggruppamento può comprovare di averlo estromesso o sostituito con altro soggetto munito dei necessari requisiti*>>).

In sostanza, il comma 2 dell'art. 97 dopo aver *riconfermato* che resta fermo l'art. 96 Codice, il cui regime si applica all'impresa singola o alla impresa raggruppata/consorziata, afferma chiaramente che può essere sostituito il partecipante che si trova in una qualsiasi situazioni previste dall'art. 94 (quindi anche quella del suo comma 6) o dell'art. 95 (quindi anche quella del suo comma 2) .

Va, quindi sottolineato la differenza rispetto al regime del *self cleaning* di cui all'art. 96 Codice, essendo questo azionabile nel rispetto dei limiti stabiliti nel comma 2 dell'art. 96 cit., per effetto del quale: << *L'operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui all'articolo 94, a eccezione del comma 6, e all'articolo 95, a eccezione del comma 2, non è escluso se si sono verificate le condizioni di cui al comma 6 del presente articolo e ha adempiuto agli oneri di cui ai commi 3 o 4 del presente articolo* >>.

15. Il comma 1 dell'art. 97 D. Lgs. n. 36/23 richiama i soli commi 2-6 del precedente art. 96 perché, a nostro avviso, essi contengono una normativa di impatto immediato sull'operatività dei rimedi del *self cleaning*, come definiti dalla novella, tenuto conto della novità rilevante costituita dal riconoscimento anche in capo alle imprese raggruppate/consorziate della facoltà di far ricorso al *self cleaning*.

Il circoscritto richiamo non esclude che pur in relazione all'impresa consorziata trovino applicazione tutte quelle ulteriori norme dell'art. 96 che costituiscono un sistema unico con il regime delle esclusioni di cui agli artt. 94, 95, 98 Codice (si pensi, ad esempio, ai commi 7-9 sugli effetti della sentenza penale; ai commi 10 e 11 sulla durata del rilievo delle cause di esclusione; ai commi 12 e 14 sugli obblighi di lealtà, trasparenza e tempestività delle comunicazioni sui requisiti).

D'altro canto, il comma 2 dell'art. 97 prevede che resta fermo l'art 96 Codice, senza limitare il richiamo a questo o quel comma dell'art. 96 cit..

16. La questione dell'ammissione o meno della sostituzione additiva di un'impresa dell'originaria compagine associativa ha costituito oggetto di contrastanti interpretazioni ad parte della giurisprudenza, risolte nel senso della non ammissibilità da parte della sentenza n.10/2021 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sentenza che si riferiva al Codice di cui al D. Lgs. 16/50.

Il D. Lgs. n. 36/23 non sembra prendere specifica posizione sul tema in esame. La locuzione "*altro soggetto*" contenuta nel comma 2 dell'art. 97 D. Lgs. n. 36/23 (<< *il raggruppamento può comprovare di averlo estromesso o sostituito con altro soggetto munito dei necessari requisiti, fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata...>>)) consente di ritenere (come già in passato la locuzione "*altro operatore economico*", di cui al comma 17 dell'art. 48 D. Lgs. n. 50/16) che il sostituto possa essere un'impresa sia interna, sia esterna rispetto all'originaria compagine associativa .*

Inoltre, l'art. 97 proseguendo sulla linea tracciata dai commi 17 e 18 D. Lgs. n. 50/16 amplia le fattispecie in presenza delle quali è ammessa la sostituzione, confermando ulteriormente la tendenza a “demolire” il principio di immodificabilità .

Va , poi , rilevato che l'art. 120 Codice conferma il principio sancito dall'art. 106 D. Lgs. n. 50/16 secondo il quale sono ammesse le variazioni soggettive predeterminate per legge o dagli atti di gara, variazione che, qui, si ancorano alla circostanza che l'art. 97 Codice non utilizza la ristretta locuzione *sostituzione con altra impresa raggruppata*, bensì adopera l'ampia locuzione *sostituzione con altro soggetto* (locuzione quest'ultima idonea a ricomprendere, come sopra accennato, sia un'impresa raggruppata superstite, sia un'impresa terza rispetto all'originario raggruppamento).

Va, poi, evidenziato che il Codice 2023(art 97) distingue nettamente l'estromissione dalla sostituzione dell'impresa.

Resta , inoltre, ferma l'esigenza di dare un effetto utile alla norma, effetto precluso qualora la sostituzione fosse ristretta ad una delle imprese raggruppate superstiti , posto che in tal caso la norma si applicherebbe solo alle ipotesi peculiari e inusuali dei c.d. RTI sovrabbondanti.

Infine, ma non per ordine di importanza, si osserva che la predetta interpretazione *estensiva* dell'art 97 Codice non costituisce un'eccezione nel sistema normativo risultando in linea con l'art 194 Codice in materia di società di scopo (un tempo definita società di progetto), norma quest'ultima la quale prevede che la società di scopo può assegnare l'esecuzione delle prestazioni ai **soci non facenti parte dell'originario RTI/ATI** (i quali possono aggiungersi all'originaria compagine o possono sostituire, in tutto o in parte, un'impresa raggruppata-socio originario). In sostanza, il sistema normativo ammette, a nostro avviso, l'ingresso dell'impresa terza sia con l'art. 97 Codice (che prevede il subentro di qualsiasi *altro soggetto*), sia con l'art.194 cit. (che prevede la fattispecie di socio-esecutore terzo rispetto all'originaria compagine associativa aggiudicataria del contratto) .

In tale prospettiva appare ammissibile, a nostro avviso, la variazione additiva sempreché sia assicurato l'originario contenuto dell'offerta sotto tutti i profili.

La Relazione non sembra escludere l'ATI additiva; invero, essa, da un lato rimarca, come già evidenziato, l'esigenza di dare un effetto utile all'art 63 Direttiva UE 2014/23 che si occupa anche della sostituzione con impresa diversa da quella originaria; da un altro, sembra giustificare la sostituzione per riduzione proprio perché l'ordinamento eurounitario impone quella per ampliamento¹⁸.

Alla ricostruzione che ammette la variazione additiva nelle ATI aderisce un recentissimo orientamento della giurisprudenza particolarmente significativo in quanto con perspicaci argomentazioni correlate anche all'art 63 Direttiva UE 2014/24 supera la restrittiva e obsoleta interpretazione dell'Ad. Pl. n. 10/2021, cit..

In particolare è stato osservato quanto segue:

<<omissis.... L'art. 63, paragrafo 1, comma 2 della Direttiva CEE 24/2014 dispone che l'Amministrazione aggiudicatrice:

- “impone che l'operatore economico sostituisca un soggetto che non soddisfa un pertinente criterio di selezione o per il quale sussistono motivi obbligatori di esclusione”;
- “può imporre o essere obbligata dallo Stato membro ad imporre che l'operatore economico sostituisca un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione”.

¹⁸ In effetti vi è un passaggio della Relazione relativo al comma 2 dell'art. 97, già richiamato, che parla della sostituzione per riduzione da ritenersi senz'altro ammissibile una volta ammessa la sostituzione con ingresso di impresa terza ai sensi dell'art 63 Direttiva UE 2014/24 : <<omissis... Il **comma 2** è stato formulato sulla scorta della convinzione che l'istituto di cui all'art. 63, paragrafo 1, comma 2, della direttiva 24/2014 **possa applicarsi non solo alla sostituzione, prevista espressamente dalla direttiva medesima, ma anche alla modifica per riduzione dell'operatore economico con identità plurisoggettiva, in ragione del minore impatto di tale ultimo fenomeno sull'identità dell'operatore economico offerente e delle pronunce dell'Adunanze plenarie nn. 5 del 2021, 9 del 2021 e 2 del 2022, che hanno ammesso detta ultima tipologia di modificazione**>>.

Si ribadisce che in altro precedente passaggio della medesima Relazione si rappresenta : << ...omissis.... con riferimento al **comma 1, nel rispetto della lett. s) della legge-delega (“Revisione e semplificazione del sistema di qualificazione generale degli operatori”)** si è ritenuto di attuare l'art. 63 paragrafo 1 comma 2 della direttiva 24/2014 considerando l'interpretazione resa da Corte di giustizia, sez. IX, 3 giugno 2021, in causa C-210/20. L'art. 63, paragrafo 1, comma 2, della direttiva dispone che l'amministrazione aggiudicatrice:

- “impone che l'operatore economico sostituisca un soggetto che non soddisfa un pertinente criterio di selezione o per il quale sussistono motivi obbligatori di esclusione”;
- “può imporre o essere obbligata dallo Stato membro a imporre che l'operatore economico sostituisca un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione”omissis.... >>.

Con la legge n. 78/2022, di delega per la riforma del codice dei contratti pubblici, il Parlamento ha demandato al Governo il compito di adottare, col nuovo codice, il menzionato art. 63, paragrafo 1, comma 2, della Direttiva 24/2014 e di uniformarsi all'interpretazione che di essa è stata resa dalla Corte di Giustizia, Sezione IX, 3 giugno 2021, in causa C-210/20. La Corte aveva chiarito che: “osta a una normativa nazionale in forza della quale l'Amministrazione aggiudicatrice deve automaticamente escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico qualora un'impresa ausiliaria, sulle cui capacità esso intende fare affidamento, abbia reso una dichiarazione non veritiera quanto all'esistenza di condanne penale passate in giudicato, senza poter imporre o quanto meno permettere, in siffatta ipotesi, a tale offerente di sostituire detto soggetto”.

Su queste premesse, l'art. 97, comma 2, d. lgs 36/2023 statuisce che: “... se un partecipante al raggruppamento si trova in una delle situazioni di cui agli art. 94 e 95 ..., il raggruppamento può comprovare di averlo estromesso o sostituito con altro soggetto munito dei necessari requisiti, fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata”. Anche la relazione illustrativa rammenta, per l'appunto, che l'art. 97 del codice intende attuare la previsione contenuta nel menzionato art. 63 della Direttiva UE n. 24/2014, alla luce dell'interpretazione resa dalla Corte di Giustizia. Per questo aspetto, dunque, l'art. 97 conferma ed amplia la disciplina già individuabile nel precedente codice degli appalti, il d. lgs 50/2016. Da un lato, infatti, l'art. 97 d. lgs 36/2023 conferma gli orientamenti ai quali era pervenuta la giurisprudenza formatasi nella vigenza del precedente codice, laddove, in materia di “estromissione”, ammette la modifica del **raggruppamento cosiddetto “per riduzione”**. Dall'altro, l'art. 97 d. lgs 36/2023 amplia le possibilità di modifica dei concorrenti a struttura plurisoggettiva, laddove, **nell'introdurre la nozione di “sostituzione”, ammette la modifica del raggruppamento anche in via “aggiuntiva”**. Il legislatore ha consentito ai raggruppamenti, afflitti da vicende inerenti uno dei suoi componenti per condotte ai primi non imputabili e sulle quali non hanno potere di controllo, di prevedere, oltre alla misura dell'estromissione, anche quella della sostituzione. L'art. 97 supera pertanto le restrizioni presenti all'art. 48, commi 17 e 18, d. lgs. 50/2016, prevedendo due possibili misure volte a superare il vizio

*pendente a carico di uno dei partecipanti al RTI. **La prima misura è l'estromissione, con conseguente riduzione soggettiva dell'ATI e redistribuzione interna tra i superstiti dei compiti.***

***La seconda misura è la sostituzione.** Con tutta evidenza questa interviene nel caso in cui, in conseguenza dell'estromissione di uno dei componenti, vengano meno i requisiti di partecipazione. Per ovviare a simile inconveniente, l'operatore economico può provvedere a sostituire il partecipante del raggruppamento allo scopo di mantenere i requisiti, **senza alterare la divisione dei compiti e fermo rimanendo il rispetto del principio di non modificabilità dell'offerta.** Si osserva al riguardo che l'espressione utilizzata dall'art. 97 d.l.gs. 36/2023 è identica a quella che si rinviene, con riguardo all'avvalimento, nell'art. 104, laddove si parla di "sostituzione", ossia il **subentro di un nuovo soggetto** in conseguenza della fuoriuscita di quello precedente. Il legislatore ha quindi spostato l'attenzione dal soggetto, il partecipante, all'oggetto della gara: in base al principio della par condicio, **l'offerta già presentata non può in alcun modo subire modifiche rispetto al contenuto prospettato all'atto della domanda,** mentre è consentito la modifica soggettiva, a condizione del rispetto dei requisiti di qualificazioneomissis*

*La ricorrente aggancia l'eccesso di delega all'asserito mancato rispetto del criterio direttivo consistente nel vincolo al Governo di adottare un decreto legislativo in tema di contratti pubblici conforme ai principi stabiliti, tra gli altri, dalla giurisprudenza nazionale. Tra questi principi giurisprudenziali, ad avviso della ricorrente, **va annoverato quello cristallizzato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato in ben tre pronunce (Ad. Plen 9 e 10/2021; 2/2022),** secondo cui non è ammissibile la modifica cd. additiva nei raggruppamenti. In questo senso, un'interpretazione dell'art. 97 opposta a quella emersa in sede di Adunanza plenaria sarebbe contraria al criterio direttivo di cui alla L. n. 78/2022.*

2.2.2. – La ricorrente svolge un rilievo di incostituzionalità per eccesso di delega dell'art. 97 d. lgs. 50/2016 senza considerare che la portata della disposizione, per come attualmente è applicata, è l'esito non di un eccesso di delega quanto più propriamente di una soluzione interpretativa (aspetto

che riconosce la stessa ricorrente) **adottata dalla più recente giurisprudenza (sopra indicata), soprattutto alla luce delle indicazioni fornite dalla Corte di giustizia dell'Unione europea.**

2.3. – Né tantomeno può essere avallata la richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267 TFUE. Al riguardo, la ricorrente sostiene che il considerando n. 110 della Direttiva appalti 2014/14/UE sia esplicito nell'escludere che una procedura di gara possa concludersi con aggiudicazione in favore di un soggetto che non vi ha partecipato. Ne deriva che le norme nazionali invocate devono interpretarsi, vieppiù nell'assenza di contenuto testuale che possa dirsi univocamente di segno opposto, nel senso che il subentro nelle quote di raggruppamento e nelle lavorazioni assegnate al soggetto attinto da una causa di esclusione cd. automatica possa essere operato esclusivamente con impresa già facente parte del raggruppamento. Le conclusioni alle quali perviene parte ricorrente non trovano alcun addentellato nel dato normativo comunitario, men che meno nell'invocato **Considerando 110 della Direttiva 2014/14/UE**. La disposizione precisa testualmente che “in linea con i principi di parità di trattamento e di trasparenza, l'aggiudicatario non dovrebbe essere sostituito da un altro operatore economico, ad esempio in caso di cessazione dell'appalto a motivo di carenze nell'esecuzione, senza riaprire l'appalto alla concorrenza. Tuttavia, in corso d'esecuzione del contratto, in particolare qualora sia stato aggiudicato a più di un'impresa, l'aggiudicatario dell'appalto dovrebbe poter subire talune modifiche strutturali dovute, ad esempio, a riorganizzazioni puramente interne, incorporazioni, fusioni e acquisizioni oppure insolvenza. Tali modifiche strutturali non dovrebbero automaticamente richiedere nuove procedure di appalto per tutti gli appalti pubblici eseguiti da tale offerente”. In primo luogo, l'appena illustrato Considerando 110 si riferisce principalmente alla fase di esecuzione del contratto, in precedenza affidato tramite procedura pubblica. In secondo luogo, il Considerando non preclude in via assoluta le eventualità di sostituzione, al contrario ammesse in particolari ipotesi, peraltro indicate in via solo esemplificativa.omissis.... È del tutto evidente che, nel momento in cui si aderisce ad una lettura dell'art. 97 d. lgs 36/2023, favorevole alla

modificazione additiva del raggruppamento, deve accettarsi anche il fatto che il subentrante fornisca i documenti e le dichiarazioni in un momento successivo. Ciò tuttavia non altera l'offerta, il cui contenuto oggettivo rimane inalterato, perché attiene esclusivamente ai profili soggettivi del concorrente..... omissis.... >> (TAR Campania, Napoli, I, n. 5211/2024).