



FOCUS SUL CODICE DEGLI APPALTI: I RAGGRUPPAMENTI TEMPORANEI DI IMPRESE

Mercoledì 22 maggio 2024
webinar

AVV. FABRIZIO COLASURDO

ARTICOLO 65

Nozione di operatore economico

2. Rientrano nella definizione di operatori economici:

- a) gli imprenditori individuali, anche artigiani, e le società, anche cooperative;
- b) i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422 e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577;
- c) i consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443;
- d) i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro; i consorzi stabili sono formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa;
- e) i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti o costituendi dai soggetti di cui alle lettere a), b), c) e d), i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti;
- f) i consorzi ordinari di concorrenti di cui all'articolo 2602 del codice civile, costituiti o costituendi tra i soggetti di cui alle lettere a), b), c) e d) del presente comma, anche in forma di società ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile;
- g) le aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete ai sensi dell'articolo 3, comma 4-ter, del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, n. 33;
- h) i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE) ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240.

N.B.: non è specificato che i GEIE possano essere costituendi

ARTICOLO 65, c. 2 – prestazioni particolari

Prestazioni particolari

3. Le stazioni appaltanti possono imporre alle persone giuridiche di indicare, nell'offerta o nella domanda di partecipazione a procedure per l'affidamento di appalti che comportino esecuzione di servizi o lavori nonché di forniture che comportano anche servizi o lavori di posa in opera e di installazione, il nome e le qualifiche professionali delle persone fisiche incaricate di fornire la prestazione e possono esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente.

La norma si applica a:

- Appalti di servizi
- Appalti di lavori
- Appalti di forniture che comportano anche servizi
- Appalti di forniture che comportano anche lavori di posa in opera o installazione

La norma reca due o forse tre precetti:

- Può essere richiesto che parti del lavoro/servizio siano resi da persone fisiche specifiche, con nominativo e qualifiche puntualmente indicate;
- Può essere richiesto che taluni compiti essenziali (rectius, parti essenziali della prestazione, da individuare preventivamente) siano svolte esclusivamente e necessariamente dall'aggiudicatario; quindi non potrebbero essere date né in subappalto (anche qualificante) né eseguite in avvalimento.
- **(forse) in caso di concorrente plurisoggettivo, possono essere richieste a un preciso membro del r.t.p./consorzio, anche non necessariamente il mandatario**

ARTICOLO 68

I raggruppamenti temporanei e i consorzi ordinari

1. È consentita la presentazione di offerte da parte dei soggetti di cui all'articolo 65, comma 2, lettera e) e lettera f), anche se non ancora costituiti. In tal caso l'offerta deve essere sottoscritta da tutti gli operatori economici che costituiranno i raggruppamenti temporanei o i consorzi ordinari di concorrenti e deve contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, gli stessi operatori conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, da indicare in sede di offerta e qualificato come mandatario, il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti.

2. Fatto salvo quanto previsto dal comma 4, in sede di offerta sono specificate le categorie di lavori o le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati, con l'impegno di questi a realizzarle.

3. I raggruppamenti temporanei non possono essere obbligati ad avere una forma giuridica specifica ai fini della presentazione di un'offerta o di una domanda di partecipazione.

4. Le stazioni appaltanti possono:

a) imporre ai raggruppamenti di operatori economici di assumere una forma giuridica specifica dopo l'aggiudicazione del contratto, nel caso in cui tale trasformazione sia necessaria per la buona esecuzione del contratto;

b) specificare nei documenti di gara le modalità con cui i raggruppamenti di operatori economici ottemperano ai requisiti in materia di capacità economica e finanziaria o di capacità tecniche e professionali, purché ciò sia proporzionato e giustificato da motivazioni obiettive.

ARTICOLO 68

I raggruppamenti temporanei e i consorzi ordinari

I commi 1, 2, 6 e 7-bis dell'art. 48 del decreto legislativo n. 50 del 2016, sono superati da Corte di giustizia, sez. IV, 28 aprile 2022 in causa C-642/20 (punti 38, 39 e 40: nonostante gli artt. 19 e 63 direttiva, non è ammissibile che uno Stato membro predetermini le modalità esecutive all'interno del raggruppamento). In base a detta pronuncia, l'art. 83, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016, imponendo all'impresa mandataria del raggruppamento di operatori economici di eseguire le prestazioni "in misura maggioritaria" rispetto a tutti i membri del raggruppamento, fissa una condizione più rigorosa di quella prevista dalla direttiva 2014/24.

La direttiva 2014/24 infatti (cfr. gli artt. 63, paragrafo 2; 19, paragrafo 2, comma 2):

- si limita ad autorizzare la stazione appaltante a prevedere, nel bando di gara, che taluni compiti essenziali siano svolti direttamente da un partecipante al raggruppamento di operatori economici ("le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente stesso o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici [...], da un partecipante al raggruppamento", così l'art. 63, paragrafo 2),

- prevede che gli Stati membri possano stabilire clausole standard che specifichino il modo in cui i raggruppamenti di operatori economici devono soddisfare le condizioni relative alla capacità economico - finanziaria o alle capacità tecniche e professionali di cui all'art. 58 di tale direttiva (art. 19, paragrafo 2, comma 2, della direttiva 2014/24) e, "quand'anche la capacità di svolgere compiti essenziali rientrasse nella nozione di «capacità tecnica», la norma "contenuta nell'articolo 83, comma 8, terzo periodo, del Codice dei contratti pubblici, che obbliga il mandatario del raggruppamento di operatori economici ad eseguire direttamente la maggior parte dei compiti, va al di là di quanto consentito da tale direttiva" in quanto "non si limita a precisare il modo in cui un raggruppamento di operatori economici deve garantire di possedere le risorse umane e tecniche necessarie per eseguire l'appalto, ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 2, di detta direttiva, in combinato disposto con l'articolo 58, paragrafo 4, della stessa, ma riguarda l'esecuzione stessa dell'appalto e richiede in proposito che essa sia svolta in misura maggioritaria dal mandatario del raggruppamento".

Pertanto, la possibilità di intervenire sulle modalità esecutive dei raggruppamenti e dei relativi partecipanti è demandata alle sole stazioni appaltanti, laddove gli Stati membri possono intervenire, in alcuni casi, sui soli requisiti di qualificazione.

Atteso quanto sopra si è ritenuto di non poter riproporre la distinzione fra raggruppamenti verticali e orizzontali, e la relativa disciplina, volta proprio a regolamentare le modalità di esecuzione dell'appalto da parte dei raggruppamenti, con le conseguenze ivi indicate.

La nuova configurazione dell'istituto del raggruppamento consente la presentazione di un'offerta sulla base del solo mandato collettivo, senza richiedere ulteriori requisiti e comportando la responsabilità solidale dei partecipanti.

Il nuovo **comma 2** ripropone la necessità di indicare, in sede di offerta, le quote di esecuzione delle prestazioni fra i partecipanti al raggruppamento, in quanto costituisce un requisito distintivo rispetto all'avvalimento. Inoltre la stazione appaltante può imporre vincoli esecutivi.

Si è aggiunta la necessità di presentare un impegno all'esecuzione da parte dei partecipanti al raggruppamento, con l'indicazione della parte del contratto cui si riferisce; inoltre la stazione appaltante può imporre vincoli esecutivi.

CONCLUSIONI:

- **Non esiste più differenza tra r.t.i. verticali, orizzontali o misti perché sarebbe un condizionamento delle modalità esecutive**
- **C'è obbligo di dichiarare le PARTI DELLA PRESTAZIONE CHE CIASCUN ESECUTORE ESEGUIRA'. Il CdS invece parla QUOTA DI ESECUZIONE DELLE PRESTAZIONI**, che non è citata. C'è obbligo specifico di eseguire le parti a cui ciascuno si è obbligato e di **ASSUMERE IMPEGNO SPECIFICO**
- Il c. 4 , lett. b) prevede la possibilità di **specificare in atti di gara** le modalità con cui i r.t.i. devono ottemperare ai requisiti di qualificazione (economico-fin. e tecnico-prof.), purché proporzionali e giustificati da ragioni obiettive.

ARTICOLO 68, c. 1 e 3

Generalità sui RTI

- I raggruppamenti possono essere già costituiti o costituendi
- Se costituendo, l'offerta deve essere sottoscritta da tutti gli operatori economici che costituiranno il RTI
- Se già costituito, non è prevista regola specifica → la firma deve essere apposta dal solo mandatario
- I raggruppamenti non possono essere obbligati ad avere una forma giuridica specifica ai fini della presentazione di una offerta o di una domanda di partecipazione (c. 3), con la sola eccezione del c. 4, lett. a), per cui le S.A. possono «*imporre ai raggruppamenti di operatori economici di assumere una forma giuridica specifica dopo l'aggiudicazione del contratto, nel caso in cui tale trasformazione sia necessaria per la buona esecuzione del contratto*»
- In caso di RTI già costituito, in gara dovrà essere allegata la scrittura di mandato collettivo speciale.
- In caso di RTI costituendo, in sede di offerta deve essere allegato un impegno di tutti gli operatori economici (c.d. mandanti) a conferire un mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, c.d. mandatario, da indicare in sede di offerta. Sulle caratteristiche dell'impegno, v. TAR LIGURIA n. 342/2024, secondo cui esso è desumibile in generale dal DGUE e dalla doc. amm, senza necessità di una scrittura apposita e separata. L'assenza dell'impegno è sanabile con soccorso istruttorio ex art. 101 purché con «documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione dell'offerta»

ARTICOLO 68, c. 5 e 6

Il mandato

- Ai fini della costituzione del RTI deve essere stipulato un contratto di mandato, con le seguenti **caratteristiche formali (c. 5 e 6)**:
 - Atto unico (c. 5);
 - Risultante da scrittura privata autenticata (c. 6); è ovviamente possibile anche l'atto pubblico notarile anche se non indicato dalla norma;
 - Il mandato deve essere speciale, cioè avere ad oggetto un singolo e determinato affare coincidente con la procedura di gara in questione → è necessario che la scrittura riporti i dati dello specifico affidamento;
 - Il mandato deve essere con rappresentanza a favore del mandatario.
 - Al mandatario è conferita contestuale procura ad agire in nome e per conto del RTI (c. 6).
- Sono inoltre richieste le seguenti **caratteristiche sostanziali (c. 6)**:
 - Il mandato deve essere gratuito;
 - Il mandato deve essere irrevocabile, con il corollario che al sua revoca, anche per giusta causa, non ha mai effetto nei confronti della S.A. La revoca è ammessa in un solo e specifico caso (inadempimento del mandatario; v. infra).

ARTICOLO 68, c. 7 e 8

Il mandato: conseguenze sulla organizzazione di impresa

c. 8: Il rapporto di mandato non determina di per sé organizzazione o associazione degli operatori economici riuniti, ognuno dei quali conserva la propria autonomia ai fini della gestione, degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali.

Inoltre, in base al comma 7, «Al mandatario spetta la rappresentanza esclusiva, anche processuale, dei mandanti nei confronti della stazione appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto, anche dopo il collaudo, o atto equivalente, fino all'estinzione di ogni rapporto»



I membri del raggruppamento rimangono singole imprese autonome ad ogni fine, ma nei confronti della S.A. essi sono sempre e comunque rappresentati dal mandatario (come fossero un soggetto unico fittizio), salve le eccezioni previste specificamente:

- c. 6, ultimo periodo: è possibile la revoca del mandato speciale al fine di consentire il pagamento diretto alle mandanti nel caso di inadempimento della mandataria
- C. 7: la S.A., in deroga al principio generale, può far valere direttamente la responsabilità delle mandanti per la parte di attività di competenza

ARTICOLO 68

I pagamenti a favore del RTI

In base a tali coordinate, il pagamento avviene di regola a favore della mandataria, essendo una eccezione che *«In caso di inadempimento dell'impresa mandataria è ammessa la revoca del mandato collettivo speciale di cui al comma 5 al fine di consentire alla stazione appaltante il pagamento diretto nei confronti delle altre imprese del raggruppamento».*

Ma la prassi ammette anche la possibilità di stipulare un mandato speciale che contenga la esplicita esclusione degli adempimenti fiscali, ivi inclusa la inclusa la riscossione dei pagamenti per le prestazioni rese dai mandanti: in questo caso è possibile il pagamento diretto in deroga (parere MIMS 1250/2022 --> il parere è stato reso nella vigenza del 50/2016, che conteneva anch'esso la specifica di cui al comma 6 ultimo periodo sopra riportata, però subordinata al consenso delle parti.

Si ritiene, quindi, che in base alla lettera della legge, la regola generale è quella della fatturazione della mandataria anche per le prestazioni delle mandanti, ma che tale regola non è assoluta essendo ammessa la contraria ipotesi di fatturazione diretta delle mandanti, purché il mandato identifichi tale facoltà espressamente (*«La modalità del pagamento diretto ai mandanti deve essere espressamente previsto nell'atto costitutivo del raggruppamento»*, parere MIMS 1250/2022)

ARTICOLO 68

I pagamenti a favore del RTI/3: il parere della Agenzia delle Entrate

Agenzia delle Entrate – interpello n. 47/2024

Secondo l'Agenzia, trova applicazione **anche nella vigenza del d.lgs. n. 36/2023** il principio di diritto n. 17 pubblicato il 17 dicembre 2018 per cui *«gli obblighi di fatturazione ai sensi dell'art. 21 del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, nei confronti della stazione appaltante, sono assolti dalle singole imprese associate relativamente ai lavori di competenza da ciascuna eseguiti»*.

Questo perché il RTI *«è un soggetto trasparente e, in generale, non dà vita ad un autonomo soggetto di diritto. In particolare, con la risoluzione del 13 luglio 2007, n. 172/E, è stato precisato che, «elemento decisivo affinché possa determinarsi un'autonomia soggettiva in capo all'ATI è il fatto che le imprese raggruppate si comportino, nell'esecuzione dell'appalto, in modo unitario e indistinto, sia all'interno del raggruppamento stesso che nei confronti dei terzi, perdendo la propria autonomia gestionale nei complessi rapporti giuridici posti in essere»*. Solo quando *«l'ATI assume funzione esterna e, dunque soggettività giuridica, gli obblighi di fatturazione devono essere posti in capo alla capogruppo»*.

ARTICOLO 68

I pagamenti a favore del RTI/2: il parere della Agenzia delle Entrate

Agenzia delle Entrate – interpello n. 47/2024

L'Agenzia ne deduce due modalità operative:

1. in un «normale» RTI senza personalità giuridica e con mandato con rappresentanza, «*i singoli **componenti sono tenuti ad emettere la propria fattura nei confronti della stazione appaltante** relativamente ai lavori di competenza effettuati, che la capogruppo può **[recte deve, ndr] inoltrare al committente**»». Questo perché la mandataria opera in nome e per conto dei mandanti, e non in nome proprio e per conto dei mandanti.*
2. In alternativa, la mandataria «*può, d'intesa con gli altri componenti del gruppo, assolvere anche al compito di **emettere direttamente le fatture, ma esclusivamente "in nome e per conto degli altri"**, dando evidenza direttamente nel documento di aver assolto a tale compito, in conformità a quanto disposto dall'art. 21, commi 1 e 2, lettera n), del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633*».

La soluzione deve essere bilanciata con quanto previsto nel mandato, che è opportuno disciplini il tema.

Resta il problema, nel caso due, della necessità che la mandataria separi le fatture:

- Quelle in nome e per conto proprio, per le parti di servizio eseguite;
- Quelle in nome e per conto degli altri, per le parti di loro competenza.

ARTICOLO 68, c. 4

La forma dei RTI: il superamento della distinzione tra rti orizzontali, verticali e misti

d.lgs. n. 50/2016

Nel caso di lavori:

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

Nel caso di forniture o servizi:

- per raggruppamento di tipo verticale si intende un raggruppamento di operatori economici in cui il mandatario esegue le prestazioni di servizi o di forniture indicati come principali anche in termini economici, i mandanti quelle indicate come secondarie;
- per raggruppamento orizzontale quello in cui gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione.

Il raggruppamento temporaneo misto è un raggruppamento temporaneo di tipo verticale al cui interno possono essere presenti sub raggruppamenti di tipo orizzontale, come previsto dal 48, c. 6 per cui « lavori riconducibili alla categoria prevalente ovvero alle categorie scorporate possono essere assunti anche da imprenditori riuniti in raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale».

ARTICOLO 68, c. 4

La forma dei RTI: il superamento della distinzione tra rti orizzontali, verticali e misti

d.lgs. n. 50/2016

Ne discendeva un particolare regime di responsabilità verso la S.A., specificato al comma 5:

- Per gli RTI orizzontali: L'offerta degli operatori economici raggruppati o dei consorziati determina la loro responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante, nonché nei confronti del subappaltatore e dei fornitori.
- Per gli RTI verticali: Per gli assuntori di lavori scorporabili e, nel caso di servizi e forniture, per gli assuntori di prestazioni secondarie, la responsabilità è limitata all'esecuzione delle prestazioni di rispettiva competenza, ferma restando la responsabilità solidale del mandatario per l'intera prestazione.

ARTICOLO 68, c. 4

La forma dei RTI: il superamento della distinzione tra rti orizzontali, verticali e misti

D.lgs. n. 36/2023

Non contiene più alcun riferimento alla natura orizzontale, verticale o mista dei raggruppamenti.

Il comma 4 indica quali sono i tassativi limiti di forma che gli atti di gara possono imprimere:

I raggruppamenti temporanei non possono essere obbligati ad avere una forma giuridica specifica ai fini della presentazione di un'offerta o di una domanda di partecipazione → il principio generale è quello di **divieto assoluto** di imposizione di una forma particolare in sede di gara, mentre il **divieto diviene tendenziale** in fase esecutiva dato che la S.A. può (c. 4 lett. a) «imporre ai raggruppamenti di operatori economici di assumere una forma giuridica specifica dopo l'aggiudicazione del contratto, nel caso in cui tale trasformazione sia necessaria per la buona esecuzione del contratto».

Ai sensi del c.4 inoltre, la S.A. può

b) specificare nei documenti di gara le modalità con cui i raggruppamenti di operatori economici ottemperano ai **requisiti in materia di capacità economica e finanziaria** o di **capacità tecniche e professionali**, purché ciò sia proporzionato e giustificato da motivazioni obiettive.

In sostanza, i vincoli attengono esclusivamente alle modalità di dimostrazione dei requisiti, ma non alle modalità di costituzione del RTI.

ARTICOLO 68, c. 9

La forma dei RTI: il superamento della distinzione tra rti orizzontali, verticali e misti

D.lgs. n. 36/2023

Risulta conseguentemente modificato anche il regime di responsabilità, che è unico per ogni «tipo di raggruppamento»:

Il comma 9 prevede che l'offerta degli operatori economici raggruppati determina la loro responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante, nonché nei confronti del subappaltatore e dei fornitori, non riproduce la disposizione, in ultimo contenuta nell'articolo 48, comma 5, del vecchio codice, secondo la quale per gli assuntori di lavori scorporabili e, nel caso di servizi e forniture, di prestazioni secondarie, la responsabilità è limitata all'esecuzione delle prestazioni di rispettiva competenza, ferma restando la responsabilità solidale del mandatario.

La modifica rafforza la posizione delle stazioni appaltanti, che a questo punto non soffriranno più eccezioni limitative delle rispettive responsabilità da parte degli operatori economici che assumono lavori cosiddetti scorporabili, o parti del servizio o della fornitura individuate come secondarie.

Per gli operatori economici si tratterà, viceversa, di valutare se e come riproporre, a livello di pattuizioni contrattuali interne, il regime differenziato prima definito per legge.

C'è sempre l'eccezione del comma 7, ult. periodo, per cui « La stazione appaltante, tuttavia, può far valere direttamente le responsabilità facenti capo ai mandanti».

ARTICOLO 68, c. 9

Il regime di responsabilità della newco costituita a valle

Nel solo caso in cui sia imposta l'assunzione di una forma particolare negli atti di gara per la fase esecutiva (c. 4, lett. a), muta il regime di responsabilità:

*Nell'ipotesi di cui al comma 4, lettera a), **la responsabilità solidale dei membri del RTI concorre con quella del soggetto giuridico nel quale il raggruppamento temporaneo o il consorzio ordinario si sono trasformati.***

*Nel caso di cui al comma 4, lettera a) e nell'ipotesi in cui i concorrenti riuniti o consorziati indicati dal consorzio come esecutori, anche in parte, dei lavori dopo l'aggiudicazione costituiscono tra loro una società anche consortile, ai sensi del Libro V del Titolo V, Capi III e seguenti del codice civile, per l'esecuzione unitaria, totale o parziale, dei lavori, la responsabilità solidale di cui al primo periodo **concorre con quella del soggetto giuridico nel quale il raggruppamento temporaneo o il consorzio ordinario si sono trasformati a far data dalla notificazione dell'atto costitutivo alla stazione appaltante e, subordinatamente, alla iscrizione della società nel registro delle imprese.** In tale ipotesi la società subentra, senza che ciò costituisca ad alcun effetto subappalto o cessione di contratto e senza necessità di autorizzazione o di approvazione, nell'esecuzione totale o parziale del contratto.*

Si tratta di responsabilità diretta e automatica ex lege, non modificabile.

ARTICOLO 68, c. 9

Il regime di responsabilità della newco costituita a valle

Nel solo caso in cui sia imposta l'assunzione di una forma particolare negli atti di gara per la fase esecutiva (c. 4, lett. a), muta il regime di responsabilità:

*Nell'ipotesi di cui al comma 4, lettera a), **la responsabilità solidale dei membri del RTI concorre con quella del soggetto giuridico nel quale il raggruppamento temporaneo o il consorzio ordinario si sono trasformati.***

*Nel caso di cui al comma 4, lettera a) e nell'ipotesi in cui i concorrenti riuniti o consorziati indicati dal consorzio come esecutori, anche in parte, dei lavori dopo l'aggiudicazione costituiscono tra loro una società anche consortile, ai sensi del Libro V del Titolo V, Capi III e seguenti del codice civile, per l'esecuzione unitaria, totale o parziale, dei lavori, la responsabilità solidale di cui al primo periodo **concorre con quella del soggetto giuridico nel quale il raggruppamento temporaneo o il consorzio ordinario si sono trasformati a far data dalla notificazione dell'atto costitutivo alla stazione appaltante e, subordinatamente, alla iscrizione della società nel registro delle imprese.** In tale ipotesi la società subentra, senza che ciò costituisca ad alcun effetto subappalto o cessione di contratto e senza necessità di autorizzazione o di approvazione, nell'esecuzione totale o parziale del contratto.*

Si tratta di responsabilità diretta e automatica ex lege, non modificabile.

ARTICOLO 68, c. 11 e 13

I requisiti nel rti

Requisiti generali (c. 13)

Tutti i partecipanti al raggruppamento e al consorzio ordinario possiedono i requisiti generali di cui agli articoli 94 e 95.

Requisiti speciali (c. 11)

I raggruppamenti e i consorzi ordinari di operatori economici sono ammessi alla gara se gli imprenditori o altro raggruppamento che vi partecipano, oppure gli imprenditori consorziati, **abbiano complessivamente** i requisiti relativi alla capacità economica e finanziaria e alle capacità tecniche e professionali, **ferma restando la necessità che l'esecutore sia in possesso dei requisiti prescritti per la prestazione che lo stesso si è impegnato a realizzare ai sensi del comma 2.** Si applicano in quanto compatibili le disposizioni contenute nell'allegato II.12.

La regola generale è quindi quella del possesso cumulato dei requisiti, senza quote interne minime o fisse predeterminate che sono sempre vietate in attuazione di quanto previsto dalla sentenza Caruter (cfr. anche CdS n. 2227/2024, per cui «*La Corte di giustizia ha concluso che la normativa nazionale, nel fissare una disciplina più rigorosa (a suo tempo indistintamente imponendo, per tutti gli appalti pubblici, sia che la mandataria eseguisse la maggior parte delle prestazioni, sia che possedesse i requisiti di partecipazione in misura maggioritaria), non fosse compatibile con la normativa eurounitaria, potendo in via residuale delle limitazioni essere imposte a singoli partecipanti a raggruppamenti di imprese, purché però nell'ottica di **“un approccio qualitativo e non meramente quantitativo, al fine di incoraggiare la partecipazione di raggruppamenti come le associazioni temporanee di piccole e medie imprese alle gare di appalto pubbliche** [...]”*

Ne consegue che vanno necessariamente disapplicati i limiti puramente quantitativi (quale quello in esame) alla partecipazione alle procedure di gara imposti ai raggruppamenti di tipo orizzontale dall'art. 92, comma secondo, del d.P.R. n. 207 del 2010 (nella parte in cui dispone che “[...] per i raggruppamenti temporanei di cui all'articolo 34, comma 1, lettera d), del codice, i consorzi di cui all'articolo 34, comma 1, lettera e), del codice ed i soggetti di cui all'articolo 34, comma 1, lettera f), del codice, di tipo orizzontale, i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara per l'impresa singola devono essere posseduti dalla mandataria o da un'impresa consorziata nella misura minima del 40 per cento”) nonché dall'ultimo capoverso del secondo comma dell'art. 61 del medesimo d.P.R. n. 207 del 2010, laddove “nel caso di imprese raggruppate o consorziate la disposizione non si applica alla mandataria ai fini del conseguimento del requisito minimo di cui all'articolo 92, comma 2” »)

ARTICOLO 68, c. 11

I requisiti nel rti – esiste ancora la necessità di qualificazione per la quota esecutiva?

Il comma 11 sembra far sopravvivere la necessità di coincidenza tra quota di esecuzione (più correttamente parte di servizio eseguito) e qualificazione dove prevede che deve restare ferma:

la necessità che l'esecutore sia in possesso dei requisiti prescritti per la prestazione che lo stesso si è impegnato a realizzare ai sensi del comma 2.

Tale necessità sussisteva, nel precedente codice, solo per i contratti di lavori, mentre per i contratti di forniture e servizi «*non vige ex lege il principio di necessaria corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa componente il RTI e la quota di prestazione di rispettiva pertinenza, ma la relativa disciplina è rimessa alla lex specialis: ciò in quanto la regola della necessaria corrispondenza tra quote di partecipazione al RTI, a loro volta collimanti con le percentuali di esecuzione, e percentuale del possesso dei requisiti di qualificazione, deriva dall'art. 92 d.P.R. 2010, n. 207/2010, norma che disciplina gli appalti di lavori sia in rubrica "Soggetti abilitati ad assumere i lavori" che nel contenuto dell'articolo, ove il riferimento è ai soli "lavori", come precisato dall'Adunanza plenaria nella sentenza del 27 marzo 2019, n. 6» (Cons. Stato, n. 2367/2022, richiamata anche nella relazione del CdS al codice).*

Oggi invece la previsione sembra aver reinserito il parallelo necessario per tutte le tipologie di appalto → **anche servizi e forniture.**

ARTICOLO 68, c. 11

Requisiti speciali nei rti – Il richiamo all'all. II.12

Il comma 11 richiama l'allegato II.12, che prevede, all'art. 30, comma 2:

Per i raggruppamenti temporanei di cui all'articolo 65, comma 2, lettera e), del codice, i consorzi di cui all'articolo 65, comma 2, lettera f), del codice e i soggetti di cui all'articolo 65, comma 1, lettera h), del codice, le quote di partecipazione al raggruppamento o consorzio possono essere liberamente stabilite entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato o dal consorziato. I lavori sono eseguiti dai concorrenti riuniti secondo le quote indicate in sede di offerta, fatta salva la facoltà di modifica delle stesse, previa autorizzazione della stazione appaltante che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate.

L'ultimo periodo va disapplicato, come statuito da CdS 2227/2024 perché introduce un limite quantitativo laddove prevede che in fase esecutiva i lavori devono essere eseguiti come previsto in sede di offerta?

Non è un limite lineare, ma è un limite quantitativo.

Resta comunque vigente il primo periodo per cui «le quote di partecipazione al raggruppamento o consorzio possono essere liberamente stabilite entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato o dal consorziato».

Ne discende che è ancora esistente la differenziazione tra quote di partecipazione (al rti), esecuzione e qualificazione?

ARTICOLO 68, c. 11

Requisiti speciali nei rti – ripasso

CdS, n. 4425/2022

Nell'ambito dei raggruppamenti temporanei d'impresa, i requisiti di qualificazione vanno tenuti distinti dalla quota di partecipazione al raggruppamento e dalla quota di esecuzione della prestazione da affidare, poiché:

- i **requisiti di qualificazione**, ossia i requisiti di idoneità professionale, di capacità economico-finanziaria e tecnico professionale, attengono alle caratteristiche soggettive del concorrente che aspira all'aggiudicazione dell'appalto messo a gara e riguardano un aspetto essenziale per la valutazione della capacità del concorrente di realizzare la commessa eventualmente aggiudicatogli;
- la **quota di partecipazione** rappresenta la percentuale di "presenza" della singola impresa all'interno del raggruppamento con riflessi, sia sulla responsabilità del componente del raggruppamento temporaneo di imprese nei confronti della Stazione appaltante, sia sulla misura di partecipazione agli utili derivanti dalla esecuzione dell'appalto;
- la **quota di esecuzione** è la parte di lavoro, servizio o fornitura che verrà effettivamente realizzato da ciascuna dell'impresa costituenti il raggruppamento, nel caso di affidamento dell'appalto.

Pertanto, La quota di partecipazione al raggruppamento è, quindi, cosa diversa dalla quota dei lavori che l'impresa s'impegna ad eseguire, indicando - in particolare - anche la misura di responsabilità che l'impresa assume nei confronti della stazione appaltante e che, in quanto tale, non può non riguardare l'insieme dei lavori che sono oggetto di affidamento (anche se del caso subappaltati). Detto in altri termini, "la percentuale di partecipazione rappresenta il contenuto della dichiarazione con la quale le imprese interessate rappresentano di voler partecipare alla gara: la percentuale, infatti, rileva essenzialmente - ora nei confronti della stazione appaltante ora all'interno del gruppo - come misura della responsabilità ovvero come misura con la quale si partecipa agli utili derivanti dalla esecuzione dell'appalto" (T.A.R. Roma, (Lazio) sez. V, 16 maggio 2022, n. 6099)

ARTICOLO 68, c. 11

Requisiti speciali nei rti – le nuove sentenze

TAR Catania, n. 3882/2023

- I requisiti di qualificazione devono:
 - essere soddisfatti «complessivamente» dal raggruppamento;
 - rispondere alla quota di partecipazione indicata da ciascuna impresa all'interno del raggruppamento, dato che l'art. 30, c. 2 dell'all. II.12 prevede che *«le quote di partecipazione possono essere liberamente stabilite entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato»*
- La quota di partecipazione è libera, ma deve rispettare la quota di qualificazione. Essa va calcolata in base all'importo complessivo dei lavori, e non della singola categoria.
- La quota di qualificazione deve essere sufficiente a coprire la quota di esecuzione, in base all'art. 68, comma 11 («ferma restando la necessità che l'esecutore sia in possesso dei requisiti prescritti per la prestazione che lo stesso si è impegnato a realizzare ai sensi del comma 2»).

In sostanza è ripristinata la coincidenza tendenziale tra le tre quote, che sembrava superata (perlomeno per servizi e forniture).

ARTICOLO 68, c. 10

I requisiti esecutivi nel rti

*Le stazioni appaltanti possono richiedere ai raggruppamenti di operatori economici condizioni per l'**esecuzione** di un appalto **diverse da quelle imposte ai singoli partecipanti**, purché siano **proporzionate** e **giustificate** da ragioni oggettive.*

Sembra essere necessaria una motivazione specifica, dato che il principio generale deve essere quello della analogia di trattamento.

Sul punto, il C.d.S. richiama la sentenza 28 aprile 2022, C 642/20 Caruter, che a sua volta rimanda all'art. 19, par. 2 ultimo cpv della direttiva 14/2024, secondo cui «*Le condizioni per l'esecuzione di un appalto da parte di tali gruppi di operatori economici, diverse da quelle imposte a singoli partecipanti, sono giustificate da motivazioni obiettive e sono proporzionati*».

A livello letterale, però, tali condizioni specifiche possono attenersi solo all'esecuzione della commessa, e non alla partecipazione o alla qualificazione.

ARTICOLO 68

Incremento del quinto

Incremento del quinto

Il beneficio del c.d. “incremento del quinto” – ancorché formalmente escluso dalla norma regolamentare vigente – debba ormai poter essere utilizzato anche dalla mandataria senza alcuna limitazione, alla luce della decisione della Corte di giustizia dell’Unione europea del 28 aprile 2022 (C-642/2020), ove si afferma che *“l’articolo 63 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale (art. 83, comma 8, III periodo, del D.lgs. 50/2016 n.d.r.) secondo la quale l’impresa mandataria di un raggruppamento di operatori economici partecipante a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico deve possedere i requisiti previsti nel bando di gara ed eseguire le prestazioni di tale appalto in misura maggioritaria”*.

La Corte di giustizia ha concluso che la normativa nazionale, nel fissare una disciplina più rigorosa (a suo tempo indistintamente imponendo, per tutti gli appalti pubblici, sia che la mandataria eseguisse la maggior parte delle prestazioni, sia che possedesse i requisiti di partecipazione in misura maggioritaria), non fosse compatibile con la normativa eurounitaria, potendo in via residuale delle limitazioni essere imposte a singoli partecipanti a raggruppamenti di imprese, purché però nell’ottica di *“un approccio qualitativo e non meramente quantitativo, al fine di incoraggiare la partecipazione di raggruppamenti come le associazioni temporanee di piccole e medie imprese alle gare di appalto pubbliche [...]”*.

ARTICOLO 68, c. 12

Cooptazione e rti sovrabbondanti

RTI sovrabbondanti

L'ammissibilità del RTI sovrabbondante è sancita nell'art. 97, comma 2, del codice che, nel disciplinare gli effetti sul raggruppamento della causa di esclusione che colpisce uno dei suoi partecipanti prevede, fra le varie opzioni, che **il RTI possa rimanere in gara se estromette il partecipante inciso dalla causa di esclusione, purché riesca a conservare i requisiti di partecipazione anche senza quell'operatore economico, la cui presenza era dunque sovrabbondante.**

Cooptazione

*Se il singolo concorrente o i concorrenti che intendano riunirsi in raggruppamento temporaneo **hanno i requisiti di cui al presente articolo**, possono raggruppare altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando, a condizione:*

- *che i lavori eseguiti da queste ultime non superino il 20 per cento dell'importo complessivo dei lavori*
- *e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna sia almeno pari all'importo dei lavori che saranno ad essa affidati.*

In realtà si tratta della trasformazione della cooptazione in raggruppamento sovrabbondante «particolare»: l'impresa cooptata, infatti, è «raggruppata» e quindi sembrerebbe assumere tutti gli oneri delle altre raggruppate.

Tale meccanismo è possibile solo in deroga (da dichiararsi): diversamente, i raggruppati non potrebbero assumere una quota di partecipazione, perché questa va assunta in relazione alle quote di qualificazione (corrette) possedute.

ARTICOLO 68, c. 14



LEGALI ASSOCIATI PER CELVA
CORSO RE UMBERTO, 65 - 10128 TORINO - TEL. 011.568.30.56 - FAX 011.568.31.06
VIA CHALLANT, 30 - 11100 AOSTA - TEL. 0165.23.04.51 - FAX 0165.36.00.77
LOC. GRANDE CHAMBRÉ, 46 - 11020 SAINT-CHAMBRÉ - TEL. 0165.32651 - FAX 0165.32463
E-MAIL: consulenza.celva@avvocati-torino.it

Partecipazione plurima

Art. 68, c. 14

La partecipazione alla gara dei concorrenti in più di un raggruppamento o consorzio ordinario, ovvero in forma individuale qualora abbiano partecipato alla gara medesima in raggruppamento o consorzio ordinario, determina l'esclusione dei medesimi se sono integrati i presupposti di cui all'articolo 95, comma 1, lettera d), sempre che l'operatore economico non dimostri che la circostanza non ha influito sulla gara, né è idonea a incidere sulla capacità di rispettare gli obblighi contrattuali.



1. Non è più vietata in termini assoluti la partecipazione contemporanea in forma individuale e raggruppata o in più raggruppamenti o consorzi
2. Il partecipante plurimo può essere escluso solo se sono integrati i presupposti dell'art. 95, c. 1, lett. d) (imputabilità ad un unico centro decisionale a cagione di accordi intercorsi con altri operatori economici partecipanti alla stessa gara);
3. In ogni caso, l'O.E. che versi in una situazione di imputabilità a unico centro decisionale può fornire prova contraria specifica (mancata influenza sulla gara; inidoneità a incidere sulla capacità di rispettare obblighi contrattuali)

ARTICOLO 68, c. 15,16 e 19

Associazione in partecipazione e modifiche soggettive in genere

15. È vietata l'associazione in partecipazione (contratto con il quale un imprenditore (detto associante) attribuisce ad un altro soggetto (detto associato) la partecipazione agli utili dell'impresa o di uno o più affari, verso il corrispettivo di un determinato apporto) sia durante la procedura di gara sia successivamente all'aggiudicazione.

La **modifica dei consorzi e dei raggruppamenti è ammissibile nei termini indicati dall'articolo 97 e dal comma 17 del presente articolo.**

16. L'inosservanza di quanto prescritto al comma 15 [*sull'associazione in partecipazione o sulla modifica o su entrambe?*] comporta l'esclusione dei concorrenti riuniti in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti, nonché l'annullamento dell'aggiudicazione o la risoluzione del contratto.

COMMA 19

In caso di procedure ristrette o negoziate oppure di dialogo competitivo l'operatore economico invitato individualmente o il candidato ammesso individualmente nella procedura di dialogo competitivo può presentare offerta o trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti.

Non è previsto per l'affidamento diretto.

ARTICOLI 68, c. 17 e 97

Il superamento del principio di immutabilità del rti

Fin dall'inizio, la disciplina dei contratti pubblici avesse elaborato e codificato il basilare principio, valevole specie in sede di gara, dell'immutabilità del raggruppamento costituito o, più di recente, che avesse anche solo dichiarato di volersi costituire richiedendo di essere invitato e sottoscrivendo in comune l'offerta, noto anche con il latinismo *simul stabunt simul cadent*, da intendersi ovviamente riferito agli operatori intenzionati a concorrere in forma riunita.

Tale principio, in parte derogato nella fase dell'esecuzione con la previsione di limitate possibilità di modifica del raggruppamento nel (solo) caso del venir meno di uno dei componenti per fallimento o, se imprenditore individuale, per morte, interdizione, inabilitazione del titolare, era stato poi esteso nella sua versione più evoluta e flessibile alla fase di gara, peraltro con una serie di limitazioni che, ad esempio, ne escludevano l'operatività laddove la modifica soggettiva risultasse finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara, ciò che comunque testimoniava dell'immanenza del principio pur con le limature via via adottate dal legislatore sospinto dagli autorevoli interventi della giurisprudenza amministrativa.

Oggi invece è esplicitamente prevista la possibilità di modifica generale per recesso (comma 17) e per perdita dei requisiti (art. 97).

ARTICOLI 68, c. 17

Modifiche per recesso

È 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 eseguire. Il recesso è ammesso anche se il raggruppamento si riduce a un unico soggetto.

Il recesso è sempre ammesso, purché permangano requisiti di qualificazione adeguati alle prestazioni ancora da eseguire → ritorna il nesso tra qualificazione ed esecuzione.

Non è più presente la precedente regolamentazione della modifica soggettiva generale, che prevedeva la specificazione di esigenze organizzative e del fine non elusivo (c. 19: «*E' ammesso il recesso di una o più imprese raggruppate, anche qualora il raggruppamento si riduca ad un unico soggetto, esclusivamente per esigenze organizzative del raggruppamento e sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire. In ogni caso la modifica soggettiva di cui al primo periodo non è ammessa se finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara.*»)

Allo stesso modo vengono meno i commi 17 e 18 sul caso di fallimento/morte del mandatario e del mandante, dato che la commessa può proseguire con la novazione soggettiva, non essendo imprescindibile il mantenimento della medesima identità soggettiva.

Per la perdita dei requisiti, si applica il 97 ma **non è mai citata la SOSTITUZIONE. E' possibile?**

ARTICOLO 97

Requisiti generali e speciali dei raggruppamenti

IN SEDE DI GARA

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) [successivamente alla presentazione della offerta e fino alla aggiudicazione]:
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.

IN FASE ESECUTIVA?

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.*

ARTICOLO 97

Relazione al codice

Posto che, sotto il profilo sostanziale, le disposizioni ivi contenute “corrispondono” e “superano” quanto previsto ai commi 17 e 18 dell’art. 48 del decreto legislativo n. 50 del 2016, tenuto conto delle incertezze applicative che avevano indotto la giurisprudenza ad intervenire a più riprese sulle antevigenti disposizioni, è sembrato corretto, a fini sistematici e di chiarificazione, allocare in questa parte del codice la disciplina della c.d. “sostituzione” od “estromissione” del partecipante al raggruppamento, che, sebbene successiva al verificarsi dell’evento passibile di conseguenze espulsive, in realtà si pone a monte delle iniziative della stazione appaltante e previene l’adozione di misure espulsive.

Il comma 1 attua l’art. 63 della Direttiva che:

- “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”.

*Detto articolo è stato interpretato da Corte di giustizia, sez. IX, 3 giugno 2021, in causa C-210/20 nel senso che esso “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 penali passate in giudicato, senza poter imporre o quantomeno permettere, in siffatta ipotesi, a tale offerente di sostituire detto soggetto»*

ARTICOLO 97

Relazione al codice

La Corte ha quindi dettato un principio in materia di AVVALIMENTO, che è stato esteso alla disciplina dei raggruppamenti.

*L'ambito oggettivo di applicazione della disposizione è stato perimetrato, nel rispetto dell'art. 63 della direttiva, con **riferimento alle cause di esclusione di cui agli artt. 94 e 95 (ndr TUTTE)**, comprese le cause di esclusione riguardanti le irregolarità fiscali e contributive (a differenza dell'istituto del self cleaning, che le esclude - in quanto l'art. 57 comma paragrafo 6 "Un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui ai paragrafi 1 e 4", nella parte in cui non richiama il paragrafo 2, esclude dal perimetro applicativo dell'istituto le violazioni fiscali e previdenziali), e all'art. 100.*

*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.***

*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.***

ARTICOLO 97

Modifica soggettiva per mancanza requisiti/riepilogo

- Si applica con riferimento a TUTTI i requisiti generali e a quelli speciali
- Si applica in presenza di due tipologie di problemi:
 - Cause di esclusione verificatesi prima della presentazione della offerta, ma a cui l'operatore non ha potuto porre rimedio tempestivamente prima della presentazione della offerta (lett. a)
 - Cause di esclusione verificatesi in corso di gara (tra presentazione della offerta e aggiudicazione) (lett. b)
- Esiste un **onere di tempestiva dichiarazione** nei confronti della stazione appaltante circa il fatto e il soggetto interessato:
 - Lett. a) → direttamente in sede di offerta
 - Lett. b) → il prima possibile, entro l'aggiudicazione
- Esiste un onere di attivazione connesso con le misure riparative di cui al comma 2, ossia:
 - Estromissione o sostituzione del componente con uno in possesso dei requisiti / dimostrazione della impossibilità di attivarli nel caso della lett. a) [in questa 2° ipotesi la norma si dimentica di disciplinare la successiva attivazione]
 - Ferma restando l'immodificazione sostanziale della offerta

Le misure devono essere valutate come «sufficienti» a superare il problema.
- Esiste un onere di dimostrazione della tempestività della attivazione delle misure riparative di cui al c. 2, differenziato:
 - Lett. a) → dimostrare di non aver potuto attivare la condizione prima della presentazione dell'offerta + comprova della tempestiva attivazione delle misure sufficienti
 - Lett. b) → onere di tempestiva comunicazione delle misure (tempestivamente) adottate in corso di procedura.

L'esclusione opera se con VALUTAZIONE MOTIVATA la S.A. ritiene le misure insufficienti o intempestive.

Se la comunicazione è intempestiva la valutazione è automatica o motivata?

ARTICOLO 97

Problematiche

Immodificabilità dell'offerta

C.D.S.: «tale espressione è stata ritenuta preferibile rispetto alla dizione originariamente ipotizzata (“mantenendo gli standard qualitativi e quantitativi dell’offerta presentata”). Il riferimento all’offerta è da intendersi soltanto in senso oggettivo visto che con la sostituzione si verifica un mutamento soggettivo.»

Cosa accade se:

- l’offerta è parzialmente curricolare?
- Il contratto di fornitura prevedeva prodotti in esclusiva a un fornitore?
- Sono richieste soluzioni intuitus personae?

L’offerta presentata deve essere depurata, in sede di valutazione, da quella componenti che erano di competenza del soggetto estromesso?

Cosa accade in sede di gara se l’offerta tecnica è già stata valutata e il fatto si verifica tra questo momento e la aggiudicazione? Deve procedersi a una valutazione a ritroso dell’offerta?

ARTICOLO 97

Giurisprudenza

TAR Lazio, Latina, n. 175/2024

La norma, invero, consente alla stazione appaltante di non procedere all'esclusione del raggruppamento a condizione che si siano verificate non solo le condizioni di cui al comma 2 (ciò che, in sintesi, parte ricorrente reclama) ma, altresì, che il concorrente abbia adempiuto agli oneri di cui al comma 1 lett. a) quanto alle cause di esclusione preesistenti alla presentazione dell'offerta – ipotesi in cui rientra il caso in esame - ovvero di cui alla lett. b) con riferimento alle cause escludenti verificatesi successivamente alla presentazione dell'offerta, ciò che è reso evidente dall'uso della congiunzione «e» nell'ambito del periodo «si sono verificate le condizioni di cui al comma 2 e ha adempiuto ai seguenti oneri».

TAR Molise, n. 144/2024

L'omessa tempestività del Raggruppamento nel comunicare alla S.A. la propria carenza dei requisiti di qualificazione di ordine speciale, da esso esternata - benché non discendente da sopravvenienze- soltanto alle soglie dell'aggiudicazione, preclude alla ricorrente la possibilità di invocare a proprio vantaggio le previsioni dell'art. 97 del Codice.

L'errore nel riparto delle quote nel raggruppamento non è sanabile ex art. 97 perché si tratta di difetto congenito dei necessari requisiti di qualificazione previsti, giusta le quote di riparto interno della commessa da esso stesso stabilite.

TAR Sicilia, Palermo, n. 218/2024

Non è necessario disporre l'esclusione degli R.T.I., qualora uno dei partecipanti al raggruppamento sia interessato da una causa di esclusione (o dal venir meno di un requisito di qualificazione) purché ricorrano due condizioni. In primo luogo è onere del raggruppamento di comunicare all'Amministrazione in fase di presentazione delle offerte la causa di esclusione verificatasi (o la mancanza di un requisito di qualificazione) nonché l'impresa interessata; esplicitando al contempo le misure adottate per ovviare alla situazione ovvero le ragioni che non hanno consentito l'adozione statim di tali misure. In secondo luogo deve fare riscontro a questo primo adempimento anche l'adozione di rimedi congrui, quali l'estromissione del soggetto interessato o la sua sostituzione con un'altra impresa, fatta salva l'immodificabilità oggettiva dell'offerta presentata. Dal canto suo l'Amministrazione dopo aver ricevuto tale comunicazione ed aver valutato le misure adottate, è tenuta a determinarsi sulla richiesta del raggruppamento, potendo rigettarla soltanto nel caso di rimedi intempestivi oppure insufficienti. In considerazione di questa premessa si dimostrano fondati i profili di gravame sviluppati dalla parte ricorrente con il primo motivo di ricorso.

ARTICOLO 97

Giurisprudenza

TAR Puglia, Bari, n. 1492/2023

Solo il raggruppamento il cui componente dovrebbe essere escluso ai sensi degli articoli 94 e 95 o ha perso il requisito di cui all'articolo 100 può proseguire nella gara

- a condizione che provi di aver estromesso il soggetto economico interessato e di averlo eventualmente, se necessario, “sostituito con altro soggetto munito dei necessari requisiti, fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata”;

- a condizione che tali misure siano ritenute “sufficienti e tempestivamente adottate”;

e sempre che abbia adempiuto agli oneri previsti dal comma 1:

“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”.

Nel caso concreto, è evidente che l'esclusione del raggruppamento S.C.E.A.P. non è legata al “venir meno” del requisito di qualificazione, bensì semplicemente alle modalità di compilazione dei documenti di partecipazione alla gara che il concorrente dovrebbe curare con l'impiego della diligenza e della professionalità proprie dell'operatore economico professionale; è altrettanto evidente che la modifica ex post del raggruppamento e delle relative quote di esecuzione non può reputarsi una misura sufficiente e tempestiva, perché a tal fine il raggruppamento avrebbe dovuto dimostrare l'impossibilità di adottarla precedentemente.