



8 MARZO 2023

La crisi dell'operatore collettivo tra
scambi di ruoli e immutabilità
soggettiva

di Stefano Vinti

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Sapienza – Università di Roma



La crisi dell'operatore collettivo tra scambi di ruoli e immodificabilità soggettiva*

di **Stefano Vinti**

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Sapienza – Università di Roma

Abstract [It]: Il saggio indaga i rapporti tra le procedure concorsuali e il settore dei contratti pubblici nei casi di crisi delle imprese componenti degli operatori collettivi. Dopo aver esaminato i valori costituzionali rilevanti, gli interessi tutelati dal divieto di modifiche soggettive e le caratteristiche delle ATI e dei consorzi, l'articolo analizza il divieto per l'impresa soggetta a procedure concorsuali di rivestire il ruolo di mandataria di un RTI. Il saggio si concentra poi sulle interpretazioni giurisprudenziali della disciplina che regola i mutamenti degli operatori collettivi in caso di crisi delle imprese partecipanti, valutandone la portata derogatoria del divieto di modifiche soggettive. Lo studio evidenzia, in definitiva, l'assoluta centralità rivestita dal principio di immodificabilità soggettiva degli operatori nel settore degli appalti pubblici.

Title: The crisis of the collective operator between role exchanges and subjective immutability

Abstract [En]: The essay investigates the relationship between insolvency proceedings and the public contracts sector in cases of crisis of the member companies of collective operators. After having examined the relevant constitutional values, the interests protected by the prohibition of subjective changes and the characteristics of temporary consortia and consortia, the article analyzes the prohibition for the company subject to bankruptcy proceedings to play the role of agent of a temporary groupings of companies. The essay then focuses on the jurisprudential interpretations of the discipline that regulates the changes of the collective operators in the event of a crisis of the participating companies, evaluating the derogatory scope of the prohibition of subjective changes. Ultimately, the study highlights the absolute centrality covered by the principle of subjective unchangeability of operators in the public procurement sector.

Parole chiave: gare pubbliche; imprese in crisi; immodificabilità soggettiva; raggruppamenti temporanei di imprese; consorzi

Keywords: public tenders; companies in crisis; subjective immutability; temporary groupings of companies; consortia

Sommario: 1. La dialettica tra valori costituzionali nella disciplina della crisi dei componenti dell'operatore collettivo. 2. La partecipazione aggregata alle gare pubbliche: i raggruppamenti temporanei di imprese e i consorzi. 3. La crisi della mandataria del RTI: una ragionevole disparità di trattamento con la disciplina dell'imprenditore individuale? 4. I mutamenti dell'assetto delle ATI a seguito della crisi delle imprese partecipanti. 5. Conclusioni.

1. La dialettica tra valori costituzionali nella disciplina della crisi dei componenti dell'operatore collettivo

La problematica integrazione tra la crisi d'impresa e affidamento dei contratti pubblici rappresenta una questione emblematica dei mutamenti nell'assetto dei valori costituzionali alla base della disciplina delle

* Articolo sottoposto a referaggio.

procedure ad evidenza pubblica; tali evoluzioni trovano origine nella continua metamorfosi delle relazioni che legano Stato e mercato nell'avvicinarsi dei momenti storici¹.

Ad una lunga fase in cui il sistema delle commesse pubbliche e l'ordinamento concorsuale erano considerati dal legislatore quali settori privi di qualsiasi canale di comunicazione², è seguita una rinnovata visione dei rapporti che legano il diritto fallimentare e le procedure ad evidenza pubblica; l'evento che ha determinato il progressivo superamento della rigida separazione tra le due aree può essere individuato nel depauperamento del settore industriale iniziato negli anni '90 e aggravato dalla crisi economica mondiale del 2007-2008.

A partire dalla modifica dell'art. 38, comma 1, lett. a) dell'allora vigente Codice dei contratti pubblici da parte dell'art. 33, comma 2 del d.l. n. 83/2012³, con il quale si ammetteva la partecipazione delle imprese in concordato con continuità aziendale⁴ alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, l'interesse al mantenimento e al recupero del patrimonio economico-finanziario degli operatori in crisi è entrato a far parte, in modo altalenante ma dirompente, dell'insieme dei valori complessivamente tutelati dal sistema degli appalti pubblici⁵.

Il “dazio” richiesto dall'ordinamento per consentire all'imprenditore in crisi di superare il “confine” (fino a quel momento invalicabile) dell'ammissione al procedimento di valutazione comparativa concorrenziale⁶ trova le proprie radici nell'art. 97 Cost. quale espressione del principio generale di buon andamento della P.A. e dei suoi corollari; l'impresa in crisi può partecipare alle gare pubbliche accettando, tuttavia, le limitazioni alla propria libertà di organizzazione, Tali condizioni sono imposte dal diritto amministrativo per proteggere la controparte pubblica dai rischi intrinseci che derivano dall'instaurazione di relazioni contrattuali con soggetti dalla solidità economica incerta⁷.

¹ Sul tema del confronto tra Stato e mercato: CASSESE S., *La nuova costituzione economica*, 2003.

² Per un breve *excursus* sull'evoluzione della normativa in materia di appalti pubblici che, a partire dall'art. 68 del r.d. 827 del 1924, aveva considerato la soggezione a procedure concorsuali quale causa ostativa della partecipazione alle gare per l'affidamento dei contratti pubblici: Cons. Stato, ad. plen., n. 9 del 27 maggio 2021.

³ MARONCELLI C., *Concordato preventivo ed appalti pubblici: le recenti modifiche dell'art. 118 del d.lgs. 163/2006*, in *Il Fallimentarista*, 2014.

⁴ Sull'istituto del concordato con continuità aziendale, in generale: BOTTAI L. A., *Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale*, in *Il Fallimento*, 2012; LO CASCIO G., *Concordato preventivo: incerti profili interpretativi*, in *Il Fallimento*, 2012; ARATO M., *Il concordato con continuità aziendale*, in *Il fallimentarista.it*, 2012; VIVALDI R., *La continuità aziendale al tempo dell'emergenza: un'illusione o una sfida?*, in *Il Fallimento*, 2020, SANDULLI M.A., *Il concordato preventivo*, in *Manuale di diritto commerciale*, ideato da Buonocore V., Torino, 2011; ARATO M., *Il concordato con continuità nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fallimento*, 2019, n. 7, p. 855 ss.

⁵ Sui rapporti tra procedure per l'affidamento di contratti pubblici e concordato: FIMMANO' F., *I contratti pubblici nel concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2018, pp. 661 ss.; CHITO M. B., *L'istituto del concordato in continuità nella disciplina dei contratti pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 2020, pp. 537 ss.; APPIO C. L., *Concordato preventivo “in bianco” e appalti pubblici*, in *Rivista di Diritto Bancario*, 2022, pp. 271 ss.; MANGANI R., *Il concordato con continuità aziendale e i contratti pubblici: opportunità e problemi*, in *Riv. trim. app.*, 2015, pp. 150 ss.

⁶ Sia consentito un rinvio a VINI S., *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale*, Padova, 2002.

⁷ PARRONI L., RAVIDÀ F., *Contratto di appalto e associazione temporanea di imprese, Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di GHIA L., PICCININNI C., SEVERINI F., Milano, 2010, II, 569; AZZOLINA U., *Il fallimento e le altre procedure*

L'interesse alla continuazione dell'azienda in difficoltà nella prospettiva del recupero del suo valore produttivo, anche ai fini della protezione dei livelli occupazionali e dei creditori, si pone ontologicamente in conflitto con quello della pubblica amministrazione alla cura dell'interesse pubblico ad essa affidato dalla legge che, nella materia in esame, corrisponde al puntuale adempimento delle prestazioni oggetto del contratto pubblico da parte dell'appaltatore.

La ricerca di una convivenza equilibrata e di un'integrazione pacifica tra due valori difficilmente dialoganti ha generato conflitti che hanno trovato manifestazione puntuale sia nella travagliata evoluzione normativa (caratterizzata dalla rapida successione di interventi contraddittori orientati ora alla tutela dell'interesse imprenditoriale, ora alla salvaguardia dell'interesse collettivo)⁸, sia nei frequenti contrasti giurisprudenziali⁹ (contraddistinti da un'oscillazione dello stesso tenore di quella legislativa), nel contesto dei quali sono intervenute la Corte costituzionale¹⁰ e l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato¹¹.

L'assetto delineato dal legislatore, chiamato dal contesto economico ad aprire il settore degli appalti agli operatori in crisi, e dalla giurisprudenza, chiamata a sciogliere i nodi generati dall'intreccio delle norme in materia di contrattualistica pubblica e di crisi d'impresa, poggia su un equilibrio instabile che rende incerta la fisionomia stessa delle gare per l'affidamento dei contratti della pubblica amministrazione¹².

Tale procedura vede attualmente l'innesto, in un procedimento amministrativo di valutazione comparativa concorrenziale tradizionalmente volto alla realizzazione dell'interesse collettivo incorporato nel contratto pubblico¹³, di un segmento decisionale affidato al giudice fallimentare. L'organo giudiziario esercita la funzione di autorizzazione alla partecipazione nella prospettiva, non già della tutela della stazione appaltante (marginalmente rimessa al contenuto della relazione del professionista indipendente sulla ragionevole capacità dell'impresa di eseguire le prestazioni del contratto), quanto dei creditori sociali e dei lavoratori occupati dall'impresa.

concorsuali, II ed., Torino, 1961, 1261; SCARAFONI S., SCARAFONI F., *Commentario alla legge fallimentare*, a cura di CAIAFA A., 2017, 388.

⁸ A distanza di sette anni si sono susseguite dapprima le norme del d.l. n. 83/2012 modificative del Codice dei contratti pubblici oggi abrogato, le disposizioni del Codice dei contratti pubblici attualmente in vigore (d.lgs. n. 50/2016), la disciplina prevista dal c.d. "decreto sbocca cantieri" (d.l. n. 32/2019) e, da ultimo, quella introdotta dal nuovo Codice della crisi d'impresa (d.lgs. n. 14/2019) la cui entrata in vigore, più volte differita nel corso del tempo, è avvenuta il 15 luglio 2022.

⁹ Per un'analisi degli orientamenti giurisprudenziali favorevoli ad un'ampia partecipazione alle gare delle imprese in crisi e degli opposti indirizzi restrittivi, sia consentito rinviare a VINTI S., *Imprese in crisi e gare pubbliche: la natura poliorcetica della libertà di iniziativa economica e del principio di concorrenza*, in *federalismi.it*, 2021, pp. 227 ss. A titolo esemplificativo, più sensibile alle istanze di risanamento: Cons. Stato, sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6272; per una decisione più attenta alla tutela dell'interesse pubblico: Cons. Stato, sez. VI, 13 giugno 2019, n. 3984.

¹⁰ Corte Cost., sent. n. 85/2020.

¹¹ Cons. Stato, ad. plen., n. 9, n. 10 e n. 11 del 27 maggio 2021.

¹² CARVELLI L., *Il (difficile) rapporto tra procedure concorsuali e contratti pubblici*, in *Giustamm*, maggio 2019, 20 ss.

¹³ Sulla necessità di ricollocare l'interesse all'effettiva esecuzione degli appalti al centro del sistema della contrattualistica pubblica, sia consentito rinviare a VINTI S., *L'eterogenesi dei fini tradisce lo scopo ultimo e l'oggetto stesso della disciplina dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 2020.

La gara di appalto appare così funzionalizzata all'esigenza (privata, sebbene con ricadute indubbiamente rilevanti sul piano socio-economico) di fornire all'imprenditore una via d'uscita pubblicistica alla situazione di dissesto finanziario. Ciò comporta l'"ibridazione" dei ruoli e delle prerogative di poteri tradizionalmente distinti e separati e la successiva dequotazione della rilevanza dello scopo di interesse generale alla cui realizzazione mira la commessa pubblica.

In questo contesto, anche la partecipazione di operatori plurisoggettivi alle procedure ad evidenza pubblica determina in modo peculiare il confronto tra i valori costituzionali evidenziati, declinando in termini specifici la dialettica tra l'interesse della P.A. e quello delle imprese che intendono acquisire la commessa pubblica.

In caso di adesione alla competizione sottoforma di raggruppamento temporaneo di imprese, un evento patologico come la soggezione a procedura concorsuale di una delle partecipanti produce effetti diversi a seconda del ruolo rivestito dall'impresa nella formazione. L'ordinamento differenzia le conseguenze preclusive per la partecipazione del raggruppamento in modo da spostare solo apparentemente, come si vedrà nel dettaglio nel terzo paragrafo, il punto di equilibrio tra gli interessi contrapposti dalla parte della tutela della stazione appaltante.

Le questioni relative alla sostituibilità delle imprese in crisi, che partecipano al raggruppamento temporaneo o al consorzio, richiedono di essere analizzate attraverso le lenti di uno dei principi fondamentali del settore degli appalti pubblici: il divieto di modificazioni soggettive. La centralità di tale principio è evidenziata dalla molteplicità degli interessi salvaguardati dalla sua operatività nell'ordinamento dei contratti pubblici – quest'ultimo è caratterizzato dalla centralità dell'elemento personale nei rapporti contrattuali tra la P.A. e l'appaltatore, che trova origine nella stipulazione del contratto a seguito della conclusione di una procedura competitiva¹⁴.

L'obiettivo tradizionale delle gare di appalto è quello di affidare l'esecuzione del lavoro, del servizio o dell'opera all'esito del confronto più ampio possibile tra soggetti titolari dei requisiti necessari per la realizzazione, in modo da considerare "ottimale" la controparte della stazione appaltante così selezionata. Rispetto alla fase di gara¹⁵, il principio di immodificabilità soggettiva rende affidabile la verifica dei requisiti tecnici, giuridici e morali in capo all'impresa e assicura la parità di trattamento tra gli operatori che, diversamente, sarebbe pregiudicata dalla libera facoltà di adattarsi allo sviluppo della procedura con

¹⁴ Sui valori tutelati dal divieto di modificazioni soggettive, in generale: CRISMANI A., *Il principio di tendenziale immodificabilità soggettiva dei contratti pubblici nella fase di esecuzione*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2018, pp. 301 ss.

¹⁵ Per una ricostruzione dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale sui mutamenti soggettivi in questo segmento della procedura competitiva: CARDARELLI F., CALDARELLI S., TRECROCI C., *Le modificazioni soggettive degli operatori economici in corso di gara: rti, subappalto, avalimento e operazioni straordinarie*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2019, pp. 625 ss.

l'ingresso o l'esclusione di soggetti dalla formazione plurale¹⁶. In relazione alla fase esecutiva, tale principio evita la possibile elusione della disciplina finalizzata a garantire la selezione del miglior contraente per la P.A., tutelando l'interesse della collettività a vedere eseguito il contratto da parte dello stesso soggetto in possesso dei requisiti che hanno giustificato la precedente aggiudicazione.

Il valore assoluto del principio di immodificabilità soggettiva, al pari della tradizionale separazione tra il settore degli appalti e l'ordinamento fallimentare, ha visto la propria "forza" attenuarsi gradualmente, in tempi recenti, in virtù della valorizzazione dell'autonomia degli imprenditori nelle scelte organizzative, il cui carattere "libero" è sancito in via diretta dall'art. 41 della Costituzione¹⁷. Sotto l'influenza del diritto dell'Unione¹⁸, il legislatore ha riconosciuto una seppur limitata rilevanza all'esigenza privatistica di rispondere ai mutamenti repentini del mercato e alle imprevedibili vicende che possono investire le singole imprese – come l'assoggettamento alle procedure concorsuali attualmente disciplinate dal Codice della crisi d'impresa – valorizzando così il *favor participationis* e l'interesse pubblico alla completa esecuzione delle prestazioni.

Tuttavia, occorre valutare la portata effettiva delle norme qualificate dal legislatore come deroghe al divieto di modifiche soggettive, le quali consentono all'operatore collettivo di "mutare" il proprio assetto, sia in corso di gara, sia nella fase esecutiva, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione da parte di una delle componenti. Nel quarto paragrafo sarà chiarita la loro natura di eccezioni sostanziali o meramente formali al principio di immodificabilità soggettiva, alla luce della lettura funzionale del divieto e dell'interpretazione restrittiva delle facoltà di modifica accolte dalla giurisprudenza prevalente.

Prima di analizzare le conseguenze della crisi delle imprese nelle formazioni aggregate, occorre soffermarsi sui profili che caratterizzano le forme di partecipazione collettiva alle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

2. La partecipazione aggregata alle gare pubbliche: i raggruppamenti temporanei di imprese e i consorzi

Il Codice dei contratti pubblici individua, all'art. 3, lett. p)¹⁹, l'insieme degli "operatori economici" che possono partecipare alle procedure di gara attraverso una norma volta a favorire il più possibile l'apertura

¹⁶ FUMEL G., CASCIARO F., *I raggruppamenti temporanei di imprese nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale*, 2021, p. 69.

¹⁷ ZURLO G., *Le modifiche soggettive nel codice dei contratti pubblici*, 2018, p. 7.

¹⁸ Art. 72 della direttiva europea n. 24 del 2014, che ha ampliato le ipotesi di mutamenti soggettivi dell'appaltatore nella fase esecutiva.

¹⁹ Art. 3, lett. p), del d.lgs. n. 50/2016, ai sensi del quale è considerato operatore economico "una persona fisica o giuridica, un ente pubblico, un raggruppamento di tali persone o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, un ente senza personalità giuridica, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico costituito ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240, che offre sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi."

del mercato delle commesse pubbliche²⁰. La nozione di “operatore” trova maggiore specificazione all’art. 45 del d.lgs. n. 50/2016, secondo il quale appartengono a tale categoria gli operatori individuali (imprenditori e società) e quelli plurisoggettivi, quali, in particolare, i consorzi e le associazioni temporanee (ATI) o raggruppamenti temporanei di imprese (RTI).

I raggruppamenti temporanei rappresentano figure caratterizzate dalla presenza di più imprese che cooperano in modo provvisorio ed episodico per realizzare un determinato affare nel settore dei lavori, dei servizi o delle forniture²¹, che presenta, da un lato, una portata tale da trascendere le capacità individuali dei soggetti che compongono la formazione e, dall’altro, una natura tecnica che ne consente o ne richiede la realizzazione congiunta da parte degli operatori aggregati.

Il ricorso all’ATI risponde, dunque, a diversi ordini di esigenze: consentire la partecipazione alle gare, l’aggiudicazione e la realizzazione della commessa pubblica ad imprese che, singolarmente considerate, non potrebbero vedersi affidato il contratto di appalto dalla P.A.; aprire l’appalto alla concorrenza escludendo il monopolio delle imprese di grandi dimensioni; garantire alla stazione appaltante di interloquire con un unico soggetto, indicato dalle imprese partecipanti quale loro rappresentante; consentire di ricorrere a strutture flessibili, confacenti alla natura occasionale e precaria che caratterizza le aggregazioni in materia di appalti²².

L’assetto del RTI consente all’operatore di partecipare alla gara di appalto senza incorrere nei costi richiesti dalle forme di aggregazione stabili e formalmente strutturate come le società.

Il modello societario risulterebbe, da una parte, privo di utilità in caso di esito negativo della gara e, dall’altra, in caso di conclusione positiva, subentrerebbe quale unico soggetto titolare dei diritti e degli obblighi inerenti al rapporto di appalto.

Al contrario, l’assenza di soggettività giuridica del raggruppamento temporaneo permette alle imprese di mantenere la propria autonomia tanto nella fase di gara quanto nell’esecuzione, fermo restando il ruolo di coordinamento delle attività svolto dall’impresa c.d. capogruppo²³.

Le esigenze individuate sono soddisfatte dal ricorso al contratto di mandato, che svolge una funzione centrale nella figura dei raggruppamenti temporanei di imprese. La costituzione dell’ATI avviene, infatti,

²⁰ FANTINI S., SIMONETTI H., *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, 2022, pp. 71-72; *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da SANDULLI M.A., DE NICTOLIS R., GAROFOLI R., vol. II, capitolo 7 (I soggetti ammessi alle procedure di affidamento), Milano, 2008, 1057 ss.; GAROFOLI R., DE GIOIA V., *Codice degli appalti di lavori pubblici*, I, 296 ss., Milano, 2004, in particolare 296 ss. (commento all’art. 13, L. 11 febbraio 1994, n. 109).

²¹ CAMPOBASSO G. F., *Diritto dell’impresa*, 2013, p. 287; Sulla figura, in generale, anche CORAPI D., *Le associazioni temporanee di imprese*, 1983.

²² VITALONE V., MACRÌ G. R., *La crisi di impresa e i suoi effetti nell’affidamento e nell’esecuzione dei contratti pubblici*, 2021, pp. 13 ss.; MAZZAMUTO M., *I raggruppamenti temporanei di imprese tra tutela della concorrenza e tutela dell’interesse pubblico*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2003, I, 179 ss. nonché CORRIAS P., *Cooperazione tra imprese appaltatrici e responsabilità verso i terzi*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, III, 736 ss.

²³ CAMPOBASSO G. F., *Diritto dell’impresa*, 2013, p. 288.

attraverso il conferimento di un mandato collettivo speciale con rappresentanza da parte delle imprese mandanti al singolo operatore indicato come mandatario, il quale assume il ruolo di rappresentante esclusivo, anche processuale, del raggruppamento fino al completo esaurimento del rapporto di appalto²⁴. La funzione di coordinamento e rappresentanza, esercitata dalla mandataria per facilitare la controparte pubblica nell'esercizio delle proprie prerogative di soggetto appaltante e semplificare i contatti tra l'ente committente e l'aggregazione chiamata a realizzare l'opera, trova il proprio completamento nel particolare regime di responsabilità previsto dalla disciplina pubblicistica. Il grado di responsabilità delle imprese partecipanti al raggruppamento si differenzia in base all'eventuale presenza di porzioni "scorporabili" nell'appalto e alla tipologia di competenza tecnica in capo alle imprese mandanti e alla mandataria.

Il Codice dei contratti pubblici²⁵ distingue, infatti, tra RTI orizzontali e RTI verticali. I primi sono caratterizzati dall'identità delle competenze in capo ai componenti del raggruppamento alla luce dell'omogeneità delle prestazioni oggetto dell'appalto, da cui deriva la natura esclusivamente quantitativa della divisione delle attività tra la capogruppo e le altre imprese partecipanti. Nel RTI orizzontale è prevista la responsabilità solidale di tutte le imprese coinvolte nella realizzazione completa dell'opera, che permette alla stazione appaltante di agire indistintamente nei confronti della mandataria e della mandante per ottenere il completo risarcimento del danno²⁶.

In caso di RTI verticali, la presenza di prestazioni secondarie fonda la differenziazione delle competenze tra le imprese aggregate e la conseguente divisione qualitativa delle attività tra la capogruppo e gli altri operatori. L'impresa responsabile per l'intera esecuzione delle prestazioni è la sola mandataria, mentre le mandanti sono responsabili, in solido con l'impresa mandataria, nei limiti delle quote dell'appalto scorporabili loro attribuite²⁷.

Ai sensi dell'art. 48 comma 5, in entrambe le fattispecie di RTI, il vincolo di solidarietà che lega le imprese alla stazione appaltante si costituisce al momento della presentazione delle offerte, ed esso può sorgere

²⁴ FUMEL G., CASCIARO F., *I raggruppamenti temporanei di imprese nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale*, 2021, p. 9.

²⁵ Art. 48, co. 1 e co. 2, del d.lgs n. 50/2016, ai sensi del quale: "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 [...] 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; le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara la prestazione principale e quelle secondarie."

²⁶ Art. 48, co. 5, primo periodo, del d.lgs. n. 50/2016: "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."

²⁷ Art. 48, co. 5, secondo periodo, del d.lgs. n. 50/2016: "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."

anche anteriormente all'instaurazione del vincolo costitutivo tra i componenti del RTI qualora gli operatori decidano di formare il raggruppamento successivamente all'eventuale aggiudicazione del contratto.

Il regime di responsabilità delle imprese riunite in RTI risulta finalizzato a garantire in modo più efficace la stabilità della relazione contrattuale che lega la formazione plurale alla stazione appaltante rispetto alle ipotesi di aggiudicazione dell'appalto da parte dell'impresa singola. Come visto, la disciplina riconosce alla P.A. la facoltà di richiedere il corretto adempimento delle prestazioni ad un altro componente del raggruppamento qualora quello originariamente designato non sia più in grado di eseguirle²⁸.

Un'altra forma di partecipazione plurisoggettiva alle procedure ad evidenza pubblica è rappresentata dai consorzi. L'art. 45 del Codice²⁹, nell'individuare gli operatori economici ammessi alla partecipazione alle gare di appalto, distingue tra consorzi ordinari, consorzi di cooperative e di imprese artigiane e consorzi stabili.

I consorzi ordinari consistono nell'istituzione di un'organizzazione comune finalizzata alla regolazione o allo svolgimento di specifiche fasi delle proprie attività di impresa³⁰. Al pari dei raggruppamenti temporanei, i consorzi ordinari consentono la partecipazione di più imprese in forma aggregata facendo salva l'autonomia dei singoli operatori³¹. Le affinità tra i consorzi ordinari e le ATI trovano manifestazione nei numerosi punti di contatto fra le loro discipline in materia di appalti.

Per entrambe le figure valgono le norme che prevedono la formazione orizzontale o verticale dell'aggregazione, la possibile costituzione del vincolo contrattuale organizzativo successivo all'aggiudicazione dell'appalto, la responsabilità solidale delle consorziate in base alla tipologia di assetto selezionato e a partire dal momento della presentazione dell'offerta, nonché il principio di tendenziale immodificabilità soggettiva della compagine rispetto a quanto previsto dall'offerta originaria.

²⁸ Come già evidenziato (sia consentito) in VINTI S., *Imprese in crisi e gare pubbliche: la natura polioretica della libertà di iniziativa economica e del principio di concorrenza*, in *federalismi.it*, 2021, p. 234.

²⁹ Art. 45, co. 2, del d.lgs. n. 50/2016: "Rientrano nella definizione di operatori economici i seguenti soggetti: [...] 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, e successive modificazioni, e i consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443; c) 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 consorzi ordinari di concorrenti di cui all'articolo 2602 del codice civile, costituiti tra i soggetti di cui alle lettere a), b) e c) del presente comma, anche in forma di società ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile".

³⁰ Art. 2602 del Codice civile. In generale sull'istituto dei consorzi ordinari in una prospettiva di diritto commerciale: CAMPOBASSO G. F., *Diritto dell'impresa*, 2013, pp. 265-279.

³¹ FUMEL G., CASCIARO F., *I raggruppamenti temporanei di imprese nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale*, 2021, p. 20.

La tendenziale assimilazione della disciplina in materia di appalti prevista per i consorzi ordinari e le associazioni temporanee incontra un limite nelle differenze derivanti dalla natura del contratto con il quale sono costituiti. Mentre nel raggruppamento temporaneo di imprese non sono presenti distinte strutture formali, né propri organi investiti del potere di rappresentanza esterna né, tantomeno, un fondo comune separato, i consorzi ordinari sono dotati di un fondo distinto dai patrimoni delle imprese consorziate, e, inoltre, svolgono la propria attività attraverso gli organi individuati in sede di costituzione del consorzio³². Di conseguenza, le norme che disciplinano le funzioni dell'impresa mandataria nel raggruppamento temporaneo di imprese non possono essere applicate anche ai consorzi ordinari³³.

I consorzi di cooperative e di imprese artigiane e i consorzi stabili si differenziano dai raggruppamenti temporanei di imprese e dai consorzi ordinari sotto molteplici profili; ciò nonostante la parziale coincidenza del fine che accomuna il complesso degli operatori economici plurisoggettivi, e cioè l'apertura delle gare alle imprese di dimensioni tali da non poter soddisfare individualmente i requisiti di partecipazione richiesti³⁴.

I consorzi stabili³⁵, in particolare, sono figure caratterizzate da causa mutualistica e costituite 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*”³⁶.

Mentre i consorzi ordinari e le ATI restano figure plurali dal punto di vista soggettivo, i consorzi di cooperative e di imprese artigiane e i consorzi stabili sono figure distinte dalle singole imprese consorziate in quanto dotati di autonomia soggettiva, organizzativa e patrimoniale³⁷. Dalla costituzione del consorzio stabile deriva la nascita di un nuovo e autonomo ente collettivo, titolare di una propria struttura imprenditoriale e legato alle imprese consorziate da un rapporto di tipo organico; i consorzi stabili si posizionano quindi a metà fra i raggruppamenti temporanei e i soggetti societari risultanti dalla fusione di imprese³⁸.

Il consorzio stabile rappresenta, perciò, l'unico interlocutore della stazione appaltante, potendo eseguire sia in proprio le prestazioni oggetto dell'appalto (grazie all'elemento c.d. teleologico della “astratta

³² CIANFLONE A., GIOVANNINI G., LOPILATO V., *L'appalto di opere pubbliche*, 2018, p. 578.

³³ Cons. Stato, sez. V, n. 2679/2000.

³⁴ Cons. Stato, sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165.

³⁵ Sull'istituto dei consorzi stabili, in generale: PRESTIPINO C., *I consorzi stabili nel sistema degli appalti pubblici*, 2020.

³⁶ Art. 45, co. 2, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016.

³⁷ Corte di Cassazione, sez. I, 18 gennaio 2018 n. 1192; Cons. Stato, sez. V, 2 febbraio 2021, n. 964; Cons. stato, 11 dicembre 2020, n. 7943.

³⁸ Cons. Stato, sez. V, 7 novembre 2022, n. 9752.

idoneità del consorzio, esplicitamente consacrata nello statuto consortile, di operare con un'autonoma struttura di impresa³⁹), sia indirettamente tramite l'assegnazione alle imprese consorziate.

Da tale assetto discende l'impossibilità di assimilare le imprese consorziate del consorzio stabile alle imprese mandanti che compongono le ATI. Diversamente dai consorzi stabili, le ATI non possiedono un'autonoma personalità giuridica e il vincolo di mandato declina in modo diverso le relazioni tra i componenti del raggruppamento rispetto al rapporto consortile che, invece, si instaura tra il consorzio e le imprese consorziate. Sotto quest'ultimo aspetto, il vincolo contrattuale da cui sorge l'obbligo per l'impresa consorziata di eseguire le prestazioni oggetto dell'appalto non origina dall'assegnazione ricevuta dal consorzio – che può rappresentare un mero atto unilaterale recettizio – bensì direttamente dall'atto di costituzione e di adesione al consorzio stabile. Attraverso la creazione del legame consortile, le singole imprese incaricano il nuovo soggetto di stipulare in loro nome e per loro conto, in caso di aggiudicazione, il contratto oggetto della gara, conferendo al consorzio anche la facoltà di individuare l'impresa eventualmente assegnataria dell'esecuzione dell'appalto⁴⁰.

Come si vedrà più nel dettaglio nel corso della trattazione, nonostante le rilevanti differenze tra le figure delle ATI, dei consorzi ordinari e dei consorzi stabili, il Codice dei contratti pubblici estende espressamente l'operatività delle disposizioni originariamente riguardanti le sole ATI alle varie tipologie di consorzio, al fine di garantire l'uniformità della disciplina sulle modifiche soggettive anche nelle ipotesi di sostituzione delle imprese consorziate assoggettate alle procedure concorsuali.

3. La crisi della mandataria del RTI: una ragionevole disparità di trattamento con la disciplina dell'imprenditore individuale?

Prima di analizzare il tema della sostituibilità dei componenti dell'operatore economico plurisoggettivo nei casi di soggezione a procedure concorsuali, occorre analizzare il tema logicamente anteriore della possibile partecipazione alla gara dell'elemento dell'ATI in stato di crisi⁴¹.

³⁹ Cons. Stato, sez. III, 4 febbraio 2019, n. 865.

⁴⁰ Corte di Cassazione, sez. I, 18 gennaio 2018, n. 1192.

⁴¹ CENSONI A., *Associazione temporanea di imprese e procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 181 ss.; DI GRAVIO D., *Associazione temporanea d'impresa: quando fallisce la capogruppo* (nota a App. Venezia, 21.5.1997; Trib. Treviso, 16.10.1995), in *Dir. fall.*, 1997, II, 1188 ss.; SANDULLI A., *Effetti del fallimento nell'ambito delle riunioni temporanee di imprese per l'esecuzione degli appalti di opere pubbliche*, in *Dir. fall.*, 1997, II, 338; FIMMANÒ A., *Concordato preventivo in continuità e contratti «stipulati o da stipulare» con la pubblica amministrazione*, in *Riv. not.*, 2018, 3, p. 451; MACAGNO G.P., *Concordato in continuità e contratti pubblici - continuità aziendale e contratti pubblici al tempo della crisi*, in *Fallimento*, 2014, 6, 667; D'ORAZIO L., *Il contratto di appalto e le ati tra fallimento e concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2018, 10, 1181 (commento alla normativa); PELLEGRINO P.L., *Le procedure concorsuali nel codice dei contratti pubblici ex d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163*, in *Giur. mer.*, 4, 2008, 1203.; BORGHI E., CARLINI G., *Crisi di impresa e contratti pubblici. Il favor per la continuità aziendale*, in *Riv. trim. degli appalti*, 1, 2016, 215.

L'art. 95 comma 5 del nuovo Codice della crisi d'impresa⁴² riproduce quanto previsto dall'art. 186-*bis*, sesto comma, della legge fallimentare (come modificato dal d.l. n. 83/2012). La norma stabilisce che: “*l'impresa in concordato può concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, purché non rivesta la qualità di mandataria e sempre che le altre imprese aderenti al raggruppamento non siano assoggettate ad una procedura concorsuale*”. La citata prescrizione esclude l'operatività del beneficio derogatorio⁴³ nei casi in cui l'impresa in crisi interessata all'aggiudicazione dell'appalto sia la c.d. capogruppo di un RTI, la norma, infatti, ammette la partecipazione al raggruppamento esclusivamente della mandante in concordato con continuità ferma restando, in ogni caso, l'assenza di altri operatori in stato di crisi nella formazione plurale. La disparità di trattamento tra operatori singoli e operatori plurisoggettivi ha suscitato perplessità che si sono tradotte, a livello giurisprudenziale, in due ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale con le quali i giudici amministrativi hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'allora vigente sesto comma dell'art. 186-*bis* l.f.⁴⁴. I giudici amministrativi, oltre ad un'incompatibilità della disciplina in esame con gli artt. 41, 97 e 117, comma 2, lett. a) Cost., avevano altresì rilevato la violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. nella parte in cui il legislatore escludeva la mandataria di RTI dal beneficio derogatorio previsto per l'imprenditore singolo e per l'impresa mandante⁴⁵.

La Corte Costituzionale ha respinto ogni censura di illegittimità costituzionale sulla base di argomenti essenzialmente orientati a sottolineare l'eterogeneità sostanziale delle varie forme di partecipazione alle gare di appalto e a valorizzare la funzione esercitata dal comma 6 del previgente art. 186-*bis* della legge fallimentare. In primo luogo, la Consulta ha individuato il *tertium comparationis*⁴⁶ nei casi in cui l'operatore economico concorre in gara individualmente ovvero in qualità di mandante dell'ATI, e ha identificato la *ratio* della norma oggetto della questione di legittimità costituzionale nel fine di salvaguardare l'interesse pubblico alla corretta esecuzione delle prestazioni richieste dall'appalto.

Successivamente, la Corte ha evidenziato i profili di difformità tra le fattispecie in esame, tali da giustificare la scelta del legislatore di differenziare in senso restrittivo il relativo regime di partecipazione per proteggere la posizione della stazione appaltante. La Consulta ha sottolineato il rischio maggiore per

⁴² D.lgs. n. 14 del 12 gennaio 2019.

⁴³ Il divieto generale di partecipazione alle gare pubbliche per l'operatore in stato di crisi – previsto originariamente dall'art. 38, comma 1, lett. a) dall'abrogato Codice dei contratti pubblici e ora disciplinato dall'art. 80, comma 5, lett. b) del nuovo Codice dei contratti pubblici – è espressamente derogato dalle norme di cui all'art. 95 del Codice della crisi d'impresa e all'art. 110 del Codice dei contratti pubblici.

⁴⁴ TAR Lazio, sez. II, ord. n. 10398/2018; Cons. Stato, sez. V, ord. n. 3938/2019.

⁴⁵ MARTIELLO P., *È costituzionalmente legittimo escludere una mandataria di un RTI che si trova in concordato preventivo con continuità aziendale?*, in *lamministrativista.it*, 2019.

⁴⁶ Sull'individuazione del *tertium comparationis* nei giudizi di legittimità costituzionale BARTOLE S., BIN R., *Commentario breve alla Costituzione*, 2008, pp. 24-25. Sull'indifettibilità del *tertium comparationis* anche nei giudizi sull'irragionevolezza intrinseca della norma PALADIN L., *Corte costituzionale e principio generale di eguaglianza*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, 1985, pp. 605-665. In generale, sul principio di uguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale CERRI A., *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, 1976.

la controparte pubblica nei casi di crisi dell'impresa mandataria in virtù della sua funzione di rappresentante esclusivo di tutti i componenti del raggruppamento, nonché di garante per loro conto della piena realizzazione delle prestazioni del contratto pubblico⁴⁷.

La Corte ha rilevato, nell'ipotesi di soggezione della mandataria al concordato, la possibile insolvenza dell'unico debitore comunque solidale per ogni prestazione oggetto dell'appalto, incluse quelle scorporabili di competenza delle imprese mandanti. Rispetto, invece, ai casi di responsabilità solidale sia delle imprese mandanti che della mandataria per la realizzazione delle prestazioni indivisibili, la Corte costituzionale ha comunque differenziato la posizione dell'impresa singola da quella della mandataria, sottolineando il potere di rappresentanza processuale attribuito a quest'ultima al fine di avvantaggiare la stazione appaltante, alla quale è riconosciuta la facoltà di limitarsi ad agire in via diretta ed esclusiva nei confronti della sola capogruppo per far valere le obbligazioni nascenti dal contratto di appalto.

In sintesi, per la Corte l'esigenza di garantire l'instaurazione di rapporti contrattuali con soggetti solidi dal punto di vista economico è considerata preminente dal legislatore al punto da ripristinare, per il caso in esame, la regola generale del Codice dei contratti pubblici che vieta la partecipazione alle gare alle imprese in stato di dissesto economico-finanziario. La peculiare forma partecipativa e la particolare relazione che lega la stazione appaltante alla mandataria in caso di aggiudicazione del contratto differenziano la posizione di quest'ultima da quella degli operatori singoli e delle imprese mandanti, così da rendere non irragionevole la disparità di trattamento generata dall' "eccezione all'eccezione" prevista dal sesto comma dello stesso articolo.

Nonostante appaia apprezzabile la scelta di operare in controtendenza rispetto alla progressiva preminenza assunta dalla libertà di iniziativa economica nel paradigma della partecipazione alle gare pubbliche degli operatori in crisi⁴⁸, le argomentazioni utilizzate dalla Corte costituzionale nella sentenza in esame non sono esenti da rilievi critici. In relazione al giudizio sulla ragionevolezza della differenziazione ai fini della competizione nelle gare di appalto, è possibile evidenziare i profili di omogeneità sostanziale tra le ipotesi di partecipazione alla gara in forma di impresa singola, di c.d. capogruppo ovvero di mandante del raggruppamento temporaneo di imprese⁴⁹.

Dal punto di vista soggettivo, le imprese partecipanti al raggruppamento temporaneo mantengono la loro autonomia soggettiva e operativa poiché la costituzione del vincolo di mandato non fa sorgere un nuovo

⁴⁷ Sul tema della partecipazione alle gare dei soggetti in forma plurisoggettiva sottoposti a procedure concorsuali, si veda: BIAGINI A., *Limiti e condizioni di partecipazione alle gare in forma plurisoggettiva da parte di concorrenti in concordato con continuità*, in *Fallimento*, 2020, 12, 1513 (nota a sentenza); PAGANI I., *Raggruppamenti temporanei di imprese - la modifica dei r.l.i. in fase di gara o di esecuzione del contratto pubblico*, in *Giur. It.*, 2022, 11, 2476 (nota a sentenza).

⁴⁸ Sulla sentenza n. 85/2020 della Corte costituzionale sia consentito un rinvio a VINTI S., *Imprese in crisi e gare pubbliche: la natura poliorcetica della libertà di iniziativa economica e del principio di concorrenza*, in *federalismi.it*, 2021, pp. 235-236.

⁴⁹ D'ORAZIO L., *Il concordato in bianco della mandataria di rti tra Corte di Giustizia UE e Corte Costituzionale*, in *Fallimento*, 2020, 1, 108 (nota a sentenza).

soggetto distinto dai singoli componenti (come accade, invece, nel caso dei consorzi stabili). Le funzioni attribuite alla capogruppo con il contratto di mandato hanno lo scopo di agevolare la presentazione delle offerte e l'interlocuzione con la stazione appaltante da parte dei molteplici soggetti coinvolti, senza però configurare in termini di esclusività la relazione tra la mandataria e la controparte pubblica poiché quest'ultima può comunque agire in via diretta nei confronti delle singole mandanti⁵⁰.

Il ruolo e le prerogative attribuite alla mandataria hanno la mera finalità di snellire l'esercizio delle funzioni della stazione appaltante senza con ciò alterare la sostanza del rapporto che intercorre tra di essa e le imprese partecipanti.

In riferimento alla *ratio legis*, e cioè alla funzione di protezione della P.A. esercitata prima dal sesto comma dell'art. 186-*bis* l.f. (ora art. 95 comma 5 del Codice della crisi d'impresa), la stazione appaltante non rischia un maggior pregiudizio dalla partecipazione dell'impresa in qualità di mandataria di RTI rispetto ai casi di partecipazione in forma singola. L'analisi comparativa dei regimi di responsabilità rende evidente, al contrario, la maggiore tutela per il contraente pubblico nelle ipotesi in cui l'operatore soggetto al concordato con continuità aziendale sia l'impresa c.d. capogruppo di un RTI.

In caso di RTI orizzontali, la stazione appaltante ha infatti la possibilità di agire sia nei confronti della mandataria che delle singole mandanti, e di ottenere da esse il completo risarcimento dei danni in caso di inadempimento. Rispetto ai raggruppamenti verticali, la controparte pubblica ha comunque di fronte a sé due soggetti solidalmente responsabili per le prestazioni secondarie dell'appalto, mentre il regime di responsabilità della mandataria per le prestazioni prevalenti è analogo a quello previsto per l'impresa singola.

Non appare perciò persuasiva la decisione della Corte di fare salva la differenziazione tra le forme di partecipazione alle gare di appalto valorizzando la funzione della norma di tutela rafforzata della controparte pubblica, se si considera che l'aggiudicazione del contratto da parte dell'impresa singola in concordato rappresenta una situazione intrinsecamente più rischiosa per la stazione appaltante.

In definitiva, l'operatività della disciplina derogatoria, frutto del bilanciamento effettuato dal legislatore, non risulta ragionevolmente differenziabile sulla sola base della qualifica di capogruppo di un raggruppamento temporaneo di imprese. Le ricadute formali del ruolo rivestito dalla mandataria – che trova causa nel carattere delle prestazioni da realizzare e nelle esigenze di coordinamento operativo del gruppo ai fini dell'interlocuzione con la controparte pubblica – non giustificano la disparità di trattamento

⁵⁰ PICARDI I., *Secondo la Consulta, il differente trattamento riservato alla mandataria di un RTI in concordato con continuità – rispetto all'impresa che concorra in forma singola o in qualità di mandante – trova giustificazione nella particolare modalità di partecipazione alla gara*, in www.appalticontratti.it, 2020.

rispetto a fattispecie partecipative che offrono una protezione meno efficace dell'interesse alla piena esecuzione dell'appalto⁵¹.

Sotto questo aspetto, l'ingiustificata disparità di trattamento tra la crisi dell'impresa singola e della mandataria di RTI risulta ancora più evidente alla luce delle recenti pronunce giurisprudenziali, che hanno sancito definitivamente, all'esito di un lungo dibattito⁵², la compatibilità tra il concordato c.d. in bianco⁵³ e le gare pubbliche⁵⁴. Rinviando ad altra sede l'analisi nel dettaglio dei contenuti delle sentenze richiamate⁵⁵, è qui opportuno evidenziare alcuni profili utili per l'inquadramento sistematico del tema in esame.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha chiarito che la presentazione della domanda di concordato con riserva non determina automaticamente la perdita dei requisiti generali di partecipazione e ha delineato i passaggi necessari per coordinare la fase di gara con le funzioni di competenza del giudice fallimentare. In quest'ottica, all'impresa che ha presentato istanza di concordato in bianco è richiesto, ai fini della partecipazione alla gara, il solo intervento dell'apposita autorizzazione del Tribunale prima dell'aggiudicazione del contratto e non anche l'adozione del decreto di ammissione al concordato da parte del giudice.

Poiché l'ammissione definitiva al concordato con continuità può quindi avvenire anche dopo il termine della gara, il contenuto effettivo del piano e le reali prospettive di risanamento dell'impresa in crisi potrebbero essere conosciute dalla stazione appaltante solo dopo l'aggiudicazione del contratto.

La controparte pubblica instaura quindi una relazione contrattuale con un operatore autorizzato a partecipare in forza di un intervento che è principalmente funzionale a salvaguardare interessi estranei a quelli del soggetto che governa il procedimento amministrativo. Il giudice fallimentare è infatti chiamato ad esercitare le proprie prerogative nella prospettiva della tutela dei creditori; in sede di autorizzazione, difficilmente valuterà l'eventuale aggiudicazione della commessa pubblica come un evento potenzialmente pericoloso per la posizione di tali soggetti.

⁵¹ Per le stesse conclusioni critiche sulla pronuncia in esame PICARDI I., *Secondo la Consulta, il differente trattamento riservato alla mandataria di un RTI in concordato con continuità – rispetto all'impresa che concorra in forma singola o in qualità di mandante – trova giustificazione nella particolare modalità di partecipazione alla gara*, in www.appalticontratti.it, 2020.

⁵² Sull'incompatibilità tra l'istituto del concordato con riserva e il settore degli appalti pubblici, TAR Campania, Napoli, sez. I, 29 aprile 2015, n. 2428; TAR Piemonte, 7 marzo 2019, n. 260. In senso contrario, Cons. Stato, sez. III, 4 dicembre 2015, n. 5519; Cons. Stato, 8 maggio 2019, n. 2963.

⁵³ Sul concordato in bianco nel sistema degli appalti pubblici, APPIO C. L., *Concordato preventivo "in bianco" e appalti pubblici*, in *Rivista Dir. Banc.*, 2022, pp. 271 ss.

⁵⁴ Cons. Stato, ad. plen., n. 9 e n. 11 del 27 maggio 2021.

⁵⁵ In particolare, sia consentito rinviare a VINTI S., *Imprese in crisi e gare pubbliche: la natura poliortetica della libertà di iniziativa economica e del principio di concorrenza*, in *federalismi.it*, 2021, pp. 236 ss.; sulle sentenze dell'Adunanza Plenaria anche ARMELI B., *Concordato preventivo in bianco e gare pubbliche: i principi di diritto dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *Ifallimentarista.it*, 2021.

L'incertezza sull'effettiva affidabilità dell'operatore economico al momento dell'aggiudicazione del contratto, nonché la tendenziale irrilevanza nella valutazione di competenza del Tribunale dell'interesse alla salvaguardia della stazione appaltante dal rischio di inadempimento (marginalmente rimessa alla relazione dell'esperto indipendente sulla ragionevole capacità di adempimento dell'imprenditore), rende questa ipotesi di partecipazione alla gara particolarmente rischiosa per la controparte pubblica.

Le due pronunce analizzate, se complessivamente considerate, delineano così un assetto paradossale. Da un lato, l'adunanza plenaria n. 9/2021 del Consiglio di Stato ha dichiarato compatibile con le procedure ad evidenza pubblica la partecipazione dell'impresa singola che ha presentato istanza di concordato con riserva, spostando così dal lato della libertà di iniziativa degli operatori economici gli equilibri tra i valori contrapposti del recupero dell'impresa in crisi e della corretta esecuzione dei contratti pubblici⁵⁶.

Dall'altro, la Corte costituzionale nella sentenza n. 85/2020 ha motivato la propria decisione valorizzando l'interesse alla corretta esecuzione dei contratti pubblici, quale *ratio* giustificativa dell'esclusione della mandataria di RTI dal beneficio derogatorio, sebbene, in realtà, abbia di fatto limitato una forma di partecipazione sostanzialmente più favorevole per la stazione appaltante rispetto a quella individuale.

In conclusione, l'obiettivo principale del sistema degli appalti pubblici, e cioè la realizzazione dell'interesse pubblico attraverso il corretto adempimento delle prestazioni da parte dell'operatore selezionato all'esito della procedura di valutazione competitiva, risulta sostanzialmente posto in secondo piano sia nelle ipotesi di partecipazione alla gara dell'impresa che ha presentato domanda di concordato con riserva, sia nei casi in cui l'ordinamento esclude dalla competizione l'impresa mandataria di RTI in concordato con continuità.

4. I mutamenti dell'assetto delle ATI a seguito della crisi delle imprese partecipanti

In assenza delle condizioni che permettono all'impresa in crisi di usufruire del beneficio che paralizza l'operatività della causa di esclusione di cui all'art. 80 comma 5 lett. b) del d.lgs. n. 50/2016, riemerge la generale incompatibilità tra procedure concorsuali e gare pubbliche. Se l'impresa in stato di insolvenza è parte di un operatore plurisoggettivo, occorre valutare il tema della sua sostituibilità ai fini della permanenza della formazione nella gara ovvero della prosecuzione del rapporto di appalto instaurato con la P.A.

Sul punto, l'art. 48, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 prevede il divieto per le ATI e per i consorzi ordinari di mutare la propria composizione soggettiva a seguito della presentazione dell'offerta. Alla violazione del precetto sono ricollegate delle conseguenze particolarmente incisive: l'annullamento

⁵⁶ CAMPAGNANO E., *La crisi d'impresa e la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica. il concordato con riserva al vaglio dell'adunanza plenaria del consiglio di stato*, in *Contratto e Impr.*, 2022, 1, 165.

dell'aggiudicazione ovvero la nullità del contratto eventualmente stipulato, oltre all'esclusione dei partecipanti dell'ATI o del consorzio ordinario dalle procedure di affidamento relative allo stesso appalto⁵⁷.

Il comma 9 dell'art. 48 del Codice dei contratti pubblici sancisce, quindi, il principio di immodificabilità della composizione dell'operatore plurisoggettivo dal momento dell'offerta fino all'esaurimento del rapporto contrattuale. Il comma 9 fa poi espressamente rinvio a quanto previsto dai commi 17 e 18 dell'art. 48 del d.lgs. n. 50/2016, configurando tali norme – almeno in apparenza – quali eccezioni alla regola generale del divieto di modifiche soggettive.

Sotto il previgente Codice dei contratti pubblici, la giurisprudenza amministrativa aveva chiarito la portata effettiva del divieto di modifiche soggettive, differenziando tra mutamenti consentiti e alterazioni vietate, sulla base delle funzioni esercitate da tale divieto nel settore degli appalti pubblici. Nella sua accezione più assoluta, il principio dell'immodificabilità della composizione soggettiva dell'operatore economico – sia in sede di gara quanto nella fase esecutiva – porterebbe infatti alla completa esclusione di qualsiasi variazione nell'assetto della formazione, anche in senso meramente riduttivo, fuori dai casi espressamente contemplati dalla legge.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato⁵⁸ non ha invece condiviso questa lettura formale e rigoristica; al contrario, attraverso un'interpretazione restrittiva del divieto legislativo⁵⁹, ha evidenziato che le uniche modifiche contrastanti con il divieto – in quanto idonee a pregiudicare l'affidabilità della verifica dei requisiti, la trasparenza della procedura di selezione e la parità di trattamento – sono quelle che aggiungono elementi esterni alla formazione originaria, ovvero che sostituiscono le imprese componenti con soggetti assenti nel raggruppamento iniziale.

L'Adunanza plenaria ha perciò considerato legittima la semplice estromissione di un'impresa da un raggruppamento temporaneo nella fase di gara – anche in assenza di una norma di legge esplicita nel Codice dei contratti pubblici abrogato⁶⁰ – purché non finalizzata a sanare l'intervento di una causa di esclusione e ferma restando la titolarità dei requisiti necessari da parte delle imprese rimanenti. Il giudice amministrativo ha quindi accolto un'accezione “temperata” del principio di immodificabilità, escludendone l'operatività nelle ipotesi in cui non sussiste alcuna lesione degli interessi che tutela.

Tornando all'analisi della disciplina⁶¹, i commi 17 e 18 dell'art. 48 del Codice dei contratti pubblici regolano la possibile sostituzione dell'impresa c.d. capogruppo e delle imprese mandanti qualora siano

⁵⁷ Art. 48, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016.

⁵⁸ Cons. Stato, Ad. plen., sent. n. 8 del 4 maggio 2012.

⁵⁹ Art. 37, comma 9 del d.lgs. n. 163/2006, ora art. 48 comma 9 del d.lgs. n. 50/2016.

⁶⁰ Facoltà ora espressamente riconosciuta dall'art. 48, comma 19, del d.lgs. n. 50/2016

⁶¹ Novellata dapprima dal c.d. correttivo del 2017 (decreto legislativo n. 56/2017) e, da ultimo, dalla normativa introdotta per armonizzare il Codice dei contratti pubblici con l'entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa.

assoggettate, nella fase esecutiva, ad una delle procedure concorsuali previste dall'attuale Codice della crisi d'impresa. Il comma 19 *ter* estende espressamente alla fase di gara l'operatività delle norme contenute nei commi 17 e 18, mentre il comma 19 *bis* rende applicabili le disposizioni in materia di modifiche soggettive delle ATI e dei consorzi ordinari nella fase esecutiva anche ai consorzi stabili e ai consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro⁶².

Alla luce dei molteplici rinvii, occorre analizzare i commi 17 e 18 dell'art. 48 del d.lgs. n. 50/2016 per valutare, da un lato, la portata della facoltà di modifica dell'ATI in caso di crisi di una delle componenti e, dall'altro, il carattere effettivamente derogatorio del principio di immodificabilità.

In particolare, il comma 17 prevede che *“in caso di liquidazione giudiziale, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, concordato preventivo o di liquidazione del mandatario”, “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”*; in assenza delle condizioni previste la stazione appaltante ha l'obbligo di recedere dal contratto.

Il comma 18 prevede che *“in caso di liquidazione giudiziale, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, concordato preventivo o di liquidazione di una delle mandanti”, “il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire.”*

Ad un primo sguardo, il legislatore differenzia le conseguenze derivanti dalla crisi delle componenti del raggruppamento temporaneo: in caso di crisi della mandante, se la mandataria non indica un'altra impresa “subentrante” nella posizione dell'impresa estromessa, essa è obbligata a realizzare le prestazioni rimanenti da sola ovvero a mezzo delle altre mandanti; in caso di crisi della mandataria, l'ordinamento prevede lo scioglimento del contratto di appalto se un altro operatore economico non si costituisce mandatario in luogo dell'impresa esclusa dal raggruppamento. Resta ferma, in ogni caso, la titolarità dei requisiti di esecuzione da parte del soggetto che sostituisce l'operatore fuoriuscito dalla formazione.

Poiché il dato letterale risulta ambiguo laddove fa riferimento all' *“altro operatore economico subentrante”* ovvero all' *“altro operatore economico che sia costituito mandatario”*, occorre soffermarsi sulle sue possibili interpretazioni delle disposizioni e valutarne il grado di tensione con il principio di immodificabilità soggettiva.

Sul punto, la giurisprudenza ha proposto letture divergenti, che configurano in modo progressivamente più esteso la facoltà riconosciuta all'operatore economico plurisoggettivo di sopperire all'esclusione della mandante o della mandataria in crisi. Ad un estremo, la sostituzione anche esterna del soggetto

⁶² DE NICTOLIS R., *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il D.Lgs. 56/2017*, Bologna, 2017, 751.

estromesso indipendentemente dal ruolo rivestito nel raggruppamento (subentro di un'impresa inizialmente non appartenente all'ATI in luogo del soggetto escluso) – in posizione intermedia, l'indirizzo che differenzia la posizione della mandataria da quella della mandante, e considera soltanto quest'ultima suscettibile di sostituzione additiva – all'estremo opposto, la sostituzione meramente interna dell'impresa a prescindere dalla sua posizione nell'ATI (semplice riduzione della formazione a cui segue una redistribuzione dei compiti tra gli elementi rimanenti).

Il primo degli orientamenti citati⁶³ interpreta estensivamente sia il comma 17 che il comma 18 dell'art. 48 del d.lgs. n. 50/2016, così ammettendo la sostituibilità della mandante e della mandataria colpite dalla crisi anche con un'impresa esterna alla formazione originariamente presentata in sede di offerta.

A sostegno di questa lettura si sottolinea l'assenza, nella lettera dei due commi, sia di indicazioni univocamente dirette a limitare le modifiche ammesse nell'ambito ristretto delle sostituzioni interne, sia di differenziazioni nel regime di sostituzione fondate sul diverso ruolo rivestito dall'impresa nell'ATI. Dal carattere neutro del dato testuale si fa perciò discendere la configurabilità delle sostituzioni additive, sia della mandante, sia della mandataria soggette a procedure concorsuali.

L'orientamento estensivo fa anche leva sull'esigenza di escludere qualsiasi fattispecie di responsabilità oggettiva in capo all'operatore collettivo, in quanto la crisi della componente determinerebbe lo scioglimento del contratto ovvero l'esclusione dalla gara qualora non fosse possibile aggiungere una nuova impresa per sopperire alla perdita dei requisiti necessari in capo alla formazione ridotta. L'indirizzo in esame considera perciò l'iniziativa economica del raggruppamento meritevole di tutela a prescindere dal ruolo – di mandante o di mandataria – ricoperto dall'impresa estromessa nell'ATI.

In sintesi, l'orientamento estensivo interpreta sia il comma 17 che il comma 18 come fattispecie in cui il principio di immodificabilità subisce una piena deroga, finalizzata a scindere completamente le sorti dell'impresa in crisi da quella della formazione complessiva, così da autorizzare le sostituzioni esterne necessarie per permettere all'ATI di restare in gara o di continuare ad eseguire il contratto.

Passando all'analisi del secondo indirizzo, l'orientamento intermedio⁶⁴ distingue la posizione della mandataria da quella della singola mandante – mentre la prima può essere sostituita solo internamente da una delle altre imprese dell'ATI, la seconda può essere rimpiazzata anche da un soggetto non appartenente alla formazione iniziale. Gli argomenti a sostegno di tale soluzione fanno riferimento sia al tenore letterale delle disposizioni che a considerazioni di carattere sistematico.

⁶³ Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana, sent. non definitiva n. 37/2021. V. anche Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana, sent. n. 706/2019, sulla facoltà dell'ATI di sostituire esternamente la mandataria colpita da interdittiva antimafia.

⁶⁴TAR Puglia, sez. II, Lecce, sent. n. 1424 del 12 agosto 2019. TAR Sicilia, sez. III, Palermo, sent. n. 799 del 6 aprile 2018. V. anche Corte Cost., sent. n. 85/2020.

Nel fare propria la lettura “temperata” del principio di immodificabilità espressa dall’Adunanza plenaria n. 8/2012, l’orientamento intermedio considera le sostituzioni additive come le uniche confliggenti con il divieto di modifiche soggettive; pertanto, laddove previste, tali sostituzioni devono essere interpretate restrittivamente e applicate in modo tassativo.

Sul piano letterale, l’indirizzo in esame evidenzia le differenze testuali tra il comma 18 e il comma 17 dell’art. 48 del d.lgs. n. 50/2016, per rilevare il riconoscimento espresso della facoltà di sostituire esternamente le mandanti e negare la sostituibilità esterna della mandataria. L’uso della locuzione “subentrante” – che in questa prospettiva legittima l’ingresso anche da parte di un’impresa estranea all’ATI iniziale – è infatti utilizzato solo in riferimento ai mutamenti derivanti dall’esclusione della mandante.

L’indirizzo in esame configura perciò il solo comma 18 quale ipotesi in cui – in deroga al divieto generale di modifiche soggettive – il legislatore consente eccezionalmente un mutamento additivo dell’ATI per sopperire all’esclusione della mandante in stato di crisi. Poiché tale previsione non è stata riprodotta nel comma 17, la mandataria soggetta a procedure concorsuali non può essere sostituita da un’impresa non appartenente al raggruppamento originario in virtù del carattere tassativo della modifica additiva contemplata dal comma 18.

Sul piano sistematico, l’orientamento intermedio accoglie una visione sostanziale dei ruoli delle mandanti e della mandataria, così da differenziare qualitativamente il rapporto contrattuale che lega le componenti del RTI alla stazione appaltante, al punto da influenzare il relativo regime di sostituzione. Secondo l’indirizzo in esame, mentre le singole mandanti rappresentano degli interlocutori meramente secondari della controparte pubblica, la mandataria costituisce l’interlocutore principale della stazione appaltante in virtù dei poteri di rappresentanza esclusiva di cui è titolare; in questa prospettiva, la mandataria può essere sostituita solo da un’impresa appartenente all’ATI iniziale, poiché protagonista *ab origine* del rapporto di appalto.

Passando all’analisi del terzo indirizzo, l’orientamento restrittivo – accolto dalle sentenze dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9 e n. 10 del 2021⁶⁵ – esclude la facoltà di modificare l’ATI attraverso l’ingresso di soggetti non appartenenti alla formazione originaria, sia nella posizione di mandante che nel ruolo di mandataria.

Le sentenze n. 9 e n. 10 evidenziano l’effettiva ambiguità della lettera del combinato disposto – soprattutto nel riferimento all’ “*altro operatore economico subentrante*” – tale da aprire la strada ad interpretazioni che autorizzerebbero le sostituzioni esterne dell’ATI.

⁶⁵ Consiglio di Stato, ad. plen., sent. n. 9 del 27 maggio 2021. Consiglio di Stato, ad. plen., sent. n. 10 del 27 maggio 2021. In conformità con i principi enunciati dall’Adunanza Plenaria v. anche Consiglio di Stato, sez. III, sent. n. 5895 del 17 agosto 2021.

Accantonata l'esegesi strettamente letterale delle disposizioni, l'indirizzo citato ricostruisce indirettamente la volontà del legislatore del Codice, interpretando i commi 17 e 18 dell'art. 48 del d.lgs. n. 50/2016 alla luce di quanto previsto da una norma di natura emergenziale, successiva al Codice dei contratti pubblici e ad esso estranea. L'art. 5, comma 4, del d.l. n. 76/2020⁶⁶ fa infatti riferimento ai soli mutamenti riduttivi del raggruppamento nella fase esecutiva, con ciò offrendo una guida nella selezione dei significati da attribuire alle norme del Codice. L'Adunanza Plenaria ricava poi *a fortiori*, anche rispetto alla fase di gara, la configurabilità delle sole modifiche riduttive, poiché le sostituzioni additive realizzate nel corso della competizione pregiudicherebbero il valore della concorrenza in misura più rilevante di quelle nella fase esecutiva.

Inoltre, dopo aver ricostruito il complesso dei valori tutelati dal principio di immodificabilità, l'Adunanza Plenaria esclude l'interpretazione estensiva dei commi 17 e 18 in quanto le modifiche additive contrasterebbero con la *ratio* della deroga al divieto di modificazioni soggettive previsto dal comma 9 – individuata nell'imprevedibilità dell'evento patologico che colpisce la componente senza però intaccare la capacità dell'operatore complessivo di eseguire l'appalto.

L'orientamento restrittivo configura quindi le fattispecie di cui ai commi 17 e 18 (e 19 *ter*, nella parte in cui estende l'applicabilità di tali norme anche alla fase di gara) come delle ipotesi in cui eccezionalmente l'ordinamento consente all'operatore plurisoggettivo di modificare il proprio assetto – nei limiti dei mutamenti meramente riduttivi – in deroga al principio di immodificabilità soggettiva.

La soluzione accolta dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9 e n. 10 del 2021 appare la più ragionevole dal punto di vista sistematico. La rilevanza dei valori protetti dal divieto di modifiche soggettive nel settore degli appalti impone di interpretare restrittivamente il dato letterale preferendo, tra i significati possibili, quelli conformi con il principio generale di immodificabilità.

La necessità di una chiara ed evidente scelta in favore dell'apertura dell'ATI ad elementi esterni, che sembra mancare alle disposizioni esaminate, deriva dalle rilevanti ricadute sulle funzioni esercitate dalla procedura di valutazione comparativa nell'affidamento dei contratti pubblici. Il riconoscimento delle sostituzioni esterne consentirebbe infatti a soggetti sconosciuti alla stazione appaltante di fare ingresso nel corso della gara (così adattando la formazione agli sviluppi della competizione) ovvero di entrare nel rapporto contrattuale in corso di esecuzione, svuotando il valore della verifica dei requisiti e aggirando la logica del confronto competitivo paritario.

⁶⁶ “Nel caso in cui la prosecuzione dei lavori, per qualsiasi motivo, ivi incluse la crisi o l'insolvenza dell'esecutore anche in caso di concordato con continuità aziendale ovvero di autorizzazione all'esercizio provvisorio dell'impresa, non possa procedere con il soggetto designato, né, in caso di esecutore plurisoggettivo, con altra impresa del raggruppamento designato, ove in possesso dei requisiti adeguati ai lavori ancora da realizzare, la stazione appaltante [...] dichiara senza indugio [...] la risoluzione del contratto”.

La soluzione offerta dall'orientamento estensivo non risulta perciò condivisibile poiché la lettera dei due commi fa riferimento a concetti polisensibili, quali quelli di “*altro operatore economico subentrante*” e di “*altro operatore economico che si sia costituito mandatario*”, suscettibili di indicare sia le imprese esterne all'ATI, sia gli operatori economici appartenenti alla formazione dal momento dell'offerta.

Inoltre, l'esigenza di evitare fattispecie di responsabilità oggettiva dell'intero operatore è soddisfatta nelle ipotesi in cui l'ATI rimanga in possesso dei requisiti necessari nonostante la riduzione della formazione. Qualora il raggruppamento risulti comunque privo dei requisiti richiesti a seguito dell'estromissione, la tutela dell'iniziativa economica dell'ATI non può spingersi fino a considerare la crisi dell'impresa singola come un evento patologico da separare ad ogni costo dalle sorti dell'operatore plurisoggettivo a cui appartiene – al punto da legittimare sostituzioni additive prive di copertura da parte di espresse norme derogatorie del divieto generale di modifiche soggettive.

Rispetto all'orientamento intermedio, non appaiono meritevoli di accoglimento gli argomenti – invocati a conferma della differenziazione del regime di sostituzione tra la mandante e la mandataria – che fanno leva sul ruolo di interlocutore c.d. di secondo grado della mandante nell'ATI al fine di giustificarne la sostituibilità esterna. Come sottolineato nel precedente paragrafo, la relazione contrattuale tra la controparte pubblica e le imprese che compongono il raggruppamento – mandanti e mandataria – non si differenzia, dal punto di vista sostanziale, a seconda del ruolo rivestito dalla singola impresa nell'ATI; le competenze della mandataria hanno infatti l'esclusiva finalità di agevolare lo svolgimento dei rapporti tra la stazione appaltante e l'operatore plurisoggettivo.

Dopo aver analizzato le soluzioni interpretative accolte dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nelle sentenze n. 9 e n. 10 del 2021, è possibile – di seguito – effettuare alcune opportune precisazioni sui rapporti tra il comma 9 e i commi 17, 18, 19 *bis* e 19 *ter* dell'art. 48 del d.lgs. n. 50/2016. Occorre infatti chiarire – alla luce delle recenti pronunce ma anche degli approdi giurisprudenziali anteriori all'entrata in vigore dell'attuale Codice dei contratti pubblici e dei suoi correttivi – se tali disposizioni contengano effettivamente norme derogatorie del principio di immodificabilità soggettiva.

5. Conclusioni

Nei casi di partecipazione collettiva alle gare di appalto, i possibili mutamenti soggettivi determinati dalla crisi di un'impresa della formazione non rappresentano delle eccezioni sostanziali al principio di immodificabilità soggettiva.

I commi 17, 18 e 19 *ter* dell'art. 48 del d.lgs. n. 50/2016, che formalmente derogano al divieto di modifiche soggettive di cui al comma 9, prevedono esclusivamente delle modifiche riduttive dell'ATI originaria, senza autorizzare l'aggiunta di imprese non rientranti nell'assetto presentato al momento dell'offerta.

A partire dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 8/2012, la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che il divieto di mutamenti soggettivi non deve essere inteso in senso formale e assoluto, tale da considerare qualsiasi mutamento della formazione originaria come confliggente con il principio dell'immodificabilità. Le uniche modifiche effettivamente vietate (sono quelle che contrastano non con la lettera ma con la *ratio* del divieto di modifiche soggettive).

Trattasi, in particolare, della funzione di garanzia della piena preventiva conoscenza dei soggetti che partecipano alla gara o che eseguono le prestazioni del contratto stipulato; in particolare, le alterazioni vietate sono quelle che impediscono il corretto svolgimento delle verifiche preliminari da parte della stazione appaltante, ovvero che vanificano l'esito di tali verifiche.

I mutamenti riduttivi non ledono e non mettono in pericolo gli interessi salvaguardati dal principio di immodificabilità, poiché la stazione appaltante ha già vagliato i requisiti in capo alle imprese rimanenti e la "sostituzione" dell'impresa estromessa consiste in una semplice riorganizzazione interna, il cui procedimento è disciplinato dal legislatore. Le modifiche in diminuzione rientrano quindi nel perimetro del principio di immodificabilità temperato, al punto da essere state ammesse – per le sole esigenze organizzative e senza lo scopo di sanare eventuali cause di esclusione – dall'Adunanza Plenaria n. 8/2012 anche in assenza di una norma esplicita nel Codice dei contratti pubblici abrogato (ora espressamente contenuta nel comma 19 dell'art. 48 del Codice dei contratti pubblici in vigore). Le modifiche riduttive rappresenterebbero perciò delle effettive eccezioni al divieto di mutamenti soggettivi solo qualora quest'ultimo fosse interpretato in senso puramente formale.

L'immodificabilità soggettiva (ancorché temperata) rappresenta quindi la condizione necessaria per la legittimità dell'operazione di riduzione e riorganizzazione, senza che i valori che essa tutela subiscano alcuna compressione da parte degli interessi incorporati nella norma, formalmente qualificata come "derogatoria". Infatti, successivamente al mutamento, la stazione appaltante continua ad avere una conoscenza completa delle imprese rimanenti e la tutela della *par condicio* non subisce alcuna elusione, in quanto la facoltà di modificare la formazione non può essere esercitata per le cause di esclusione che erano già presenti al momento dell'offerta.

I commi 17, 18 e 19 *ter* dell'art. 48 del d.lgs. n. 50/2016 operano quindi come disciplina di mutamenti soggettivi che sono consentiti dall'ordinamento in quanto estranei all'oggetto del divieto di cui al comma 9.

Ammettere le sostituzioni additive contrasterebbe non tanto con la *ratio* delle deroghe formali al principio di immodificabilità (che prevedono mutamenti non vietati dal comma 9 nella sua accezione "temperata"), quanto con la *ratio* del principio stesso; esse sarebbero perciò configurabili solo se espressamente previste dal legislatore in norme di stretta interpretazione e di applicazione tassativa. Tuttavia, poiché secondo

L'orientamento restrittivo prevalente il legislatore non autorizza modifiche additive nelle norme attualmente vigenti, l'ordinamento non consente le uniche alterazioni sostanzialmente derogatorie del principio di immodificabilità.

I casi di cui ai commi 17, 18 e 19 *ter* dell'art. 48 del d.lgs. n. 50/2016 costituiscono delle eccezioni, piuttosto, alle norme che disciplinano le conseguenze sanzionatorie per gli operatori in caso di intervento di eventi patologici. Normalmente, l'ordinamento ricolleggerebbe al verificarsi delle cause di esclusione di cui all'art. 80 del d.lgs. 50/2016 (tra cui, al comma 5 lett. b), lo stato di crisi dell'impresa) in capo ad una delle componenti dell'operatore collettivo, l'automatica esclusione dell'intera formazione dalla gara ovvero lo scioglimento obbligatorio del contratto di appalto per la perdita dei requisiti di qualificazione; le norme che disciplinano le cause di esclusione valgono infatti tanto per gli operatori individuali quanto per quelli plurisoggettivi.

Nella formulazione originale del d.lgs. n. 50/2016, solo in casi limitati – quali la soggezione alle procedure concorsuali ovvero l'intervento di interdittive antimafia – il legislatore aveva attribuito al raggruppamento la facoltà eccezionale di proteggere dalla causa di esclusione i componenti incolpevoli dell'ATI ancora in possesso dei requisiti necessari. Successivamente, con il c.d. correttivo del 2017, il legislatore ha ulteriormente esteso le ipotesi in cui l'intera formazione non risponde automaticamente dell'evento patologico riguardante la componente, fino ad abbracciare l'intero contenuto dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016.

Nell'assetto attuale, nei casi in cui l'impresa si trova in stato di concordato con continuità già al momento dell'offerta, il legislatore impedisce al soggetto di costituirsi come mandatario di un RTI per tutelare la stazione appaltante dal rischio di inadempimento – senza attribuire rilievo al carattere collettivo dell'operatore e alla conseguente maggiore affidabilità rispetto all'operatore individuale. Dopo la presentazione dell'offerta – nei casi in cui l'impresa componente è assoggettata alle procedure concorsuali che integrano una causa di esclusione – il legislatore valorizza, invece, la natura plurisoggettiva dell'ATI, riconoscendo alla formazione la facoltà di estromettere la mandante o la mandataria.

L'esigenza di evitare che la P.A. vada a contrarre con un operatore al cui interno è presente un'impresa in crisi – che potrebbe perciò non realizzare correttamente le prestazioni di propria competenza – viene considerata soccombente nelle ipotesi in cui gli elementi rimanenti siano da soli titolari della totalità dei requisiti necessari, in grado di provvedere all'esecuzione dell'appalto a seguito di una semplice riorganizzazione interna successiva all'estromissione. La sanzione dell'esclusione del raggruppamento dalla gara, ovvero dello scioglimento obbligatorio del rapporto contrattuale, graverebbe infatti in modo eccessivo sull'iniziativa economica delle imprese, sul valore della più ampia partecipazione alle gare e sull'interesse pubblico alla completa realizzazione dell'appalto.

Se l'ATI ridotto risulta tuttavia privo dei requisiti necessari, la salvaguardia dell'iniziativa economica dell'operatore collettivo non può legittimare modifiche della formazione non autorizzate da puntuali norme derogatorie del divieto generale di modifiche soggettive. In questa ipotesi, lo strumento rappresentato dall'estromissione dell'impresa colpita dalla crisi non vale a proteggere l'operatore aggregato dall'evento patologico e la causa di esclusione si riverbera perciò sull'intera formazione.

Alla luce del rinvio operato dal comma 19 *bis* (introdotto con il d.lgs. n. 56/2017 per risolvere la questione inerente all'applicabilità della disciplina in esame ai soggetti di cui all'art. 45, comma 2 lett. b), c) ed e) del d.lgs. n. 50/2016) a quanto previsto dai commi 17 e 18, le considerazioni evidenziate per la partecipazione in forma di ATI/RTI valgono anche per i consorzi.

Il legislatore ha disciplinato in modo uniforme i possibili mutamenti degli operatori collettivi in caso di crisi delle imprese partecipanti, consentendo così l'estromissione dell'impresa soggetta a procedure concorsuali e la conseguente designazione di un'altra impresa consorziata in possesso dei requisiti necessari per realizzare le prestazioni originariamente assegnate all'impresa estromessa.

Per i consorzi stabili, la sostituibilità dell'impresa in crisi si giustifica, a maggior ragione, alla luce delle differenze tra tali forme di partecipazione, i consorzi ordinari e le ATI. Come visto nel paragrafo 2, i primi rappresentano degli enti autonomi dal punto di vista soggettivo e patrimoniale, dotati di una stabile struttura di impresa collettiva e di distinta qualificazione, tali da non mutare nella propria identità soggettiva originaria a causa del venir meno della singola consorziata e della designazione di un'altra impresa ai fini dell'esecuzione.

In conclusione, nel settore degli appalti pubblici non sono previste deroghe sostanziali al principio di immodificabilità soggettiva nei casi in cui il legislatore consente agli operatori collettivi di estromettere dalla propria formazione l'elemento in stato di crisi. L'assenza di ipotesi, in cui le esigenze tutelate dal divieto di modifiche soggettive subiscano un'effettiva compressione da parte degli interessi di cui è portatrice la norma derogatoria, trova giustificazione nei valori tutelati dalla regola generale dell'immodificabilità.

Le esigenze salvaguardate dal principio – il buon andamento della pubblica amministrazione e la parità concorrenziale – assumono una posizione di assoluta centralità nel settore degli appalti, tale da sopravanzare gli interessi contrapposti della massima partecipazione alla gara e del completamento della fase esecutiva, anche nei casi in cui il legislatore prevede eccezioni al dato puramente formale del divieto. Se il legislatore fosse quanto meno consapevole delle ambiguità linguistiche nelle quali sistematicamente incorre e fosse culturalmente attrezzato per coglierne le devastanti conseguenze in termini di (ulteriore) confusione, tutti (giuristi, operatori e giudici) eviteremmo di perdere tempo.