

I limiti al principio dell'immodificabilità soggettiva dei raggruppamenti temporanei di imprese

di Battista Barberio

Data di pubblicazione: 23-9-2020

I limiti in punto di ammissibilità delle modifiche soggettive del raggruppamento in corso di gara discendono dai fondamentali principi di parità di trattamento tra i concorrenti e di concorrenza. In questa prospettiva, una diversa valutazione della rilevanza della perdita (in corso di gara) di un requisito soggettivo di partecipazione, a seconda che il concorrente cui è imputabile la causa di esclusione si presenti in forma associata o non, configurerebbe una lesione della parità di trattamento tra gli offerenti, consentendo agli operatori economici componenti del raggruppamento di evitare - con lo strumento del recesso - la sanzione espulsiva, che normalmente si applicherebbe nei confronti degli altri concorrenti (ove colpiti dalla stessa causa di esclusione).

Un'interpretazione conforme ai principi eurounitari in materia di appalti pubblici impone di concludere nel senso che la sola ipotesi di recesso dal raggruppamento, in fase di gara, ammessa ai sensi dell'art. 48, commi 19 e 19-ter, del Codice dei Contratti Pubblici è quella contemplata nel primo periodo del citato comma 19, giustificata da obiettive esigenze organizzative del raggruppamento.

GUIDA ALLA LETTURA

Con la pronuncia in commento, la V Sezione del Consiglio di Stato di sofferma sulla questione relativa ai limiti entro i quali opera, nel sistema del Codice dei contratti pubblici, il principio dell'immodificabilità soggettiva dei raggruppamenti temporanei di imprese.

A tal proposito, il Collegio rileva come **l'art. 48 del D.lgs 18 aprile 2016 n. 50, nella versione originaria** (ossia, anteriore alle modifiche e integrazioni apportate dall'art. 32, comma 1, lett. h), del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56), facendo riferimento alla prosecuzione del rapporto contrattuale, **interveneva solo nella fase di esecuzione**, disciplinando le conseguenze sul contratto di appalto già stipulato della sopravvenienza di una serie di vicende patologiche (*«fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione del mandatario ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80»*), consentendo all'amministrazione di *«proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico»* (a

seconda dei casi, con il mandatario o con la mandante costituitasi come mandataria, che abbiano dimostrato di possedere i requisiti di qualificazione adeguati alle prestazioni contrattuali ancora da eseguire).

Diverso è, invece, il recesso dal raggruppamento, consentito «esclusivamente per esigenze organizzative», con la conseguente modifica soggettiva che può intervenire **oltre che nella fase di esecuzione del contratto, anche nel corso della procedura di gara, anche se, in questo caso, il recesso non vale quale strumento atto ad evitare le conseguenze giuridiche della mancanza – sia originaria che sopravvenuta – di uno dei requisiti richiesti per la partecipazione.**

La norma, in effetti, finisce col recepire il principio già affermato dalla giurisprudenza (**Cons. Stato, V, 28 agosto 2017, n. 4086; Cons. Stato 18 febbraio 2019, n. 1116**), secondo cui il divieto di modificazione della compagine delle A.t.i. nella fase procedurale corrente tra la presentazione delle offerte e la definizione della procedura di aggiudicazione, di per sé non impedisce il recesso di una o più imprese partecipanti all'A.t.i. medesima, a condizione che quelle che restano a farne parte risultino titolari, da sole, dei requisiti di partecipazione e di qualificazione e che ciò avvenga per esigenze organizzative proprie dell'A.t.i.

In altri termini, il costante orientamento pretorio individua il limite a qualsivoglia modifica soggettiva del raggruppamento partecipante alla gara nel divieto di elusione, in corso di gara, della mancanza di un requisito di partecipazione.

Tali considerazioni, tuttavia, non sono incise, sotto il profilo dei tipi di fattispecie modificative ammissibili, dal **comma 19-ter dell'art. 48, cit.**, il quale si limita ad ammettere le modifiche soggettive intervenute nel corso della gara, sul presupposto che le stesse rientrino in una delle ipotesi consentite dai commi 17, 18 e 19; e quindi, nell'ipotesi di recesso volontario, solo se la variazione della composizione sia giustificata da esigenze organizzative del raggruppamento per sole ragioni organizzative interne al raggruppamento (si pensi all'acquisizione di nuove commesse, che inducano l'impresa [mandante o mandataria], a rivedere la partecipazione alla gara).

A tal proposito, occorre rilevare come tale interpretazione sia suffragata anche dal costante orientamento pretorio sovranazionale (Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 11 luglio 2019, nella causa C-697/17, Telecom Italia), ove i giudici comunitari, muovendo dai principi generali del diritto dell'Unione Europea e soffermandosi in particolare sul principio della parità di trattamento tra gli offerenti, hanno ricordato come quest'ultimo principio *“ha lo scopo di favorire lo sviluppo di una concorrenza sana ed efficace tra le imprese che partecipano a un appalto pubblico e impone che tutti gli offerenti dispongano delle stesse opportunità nella formulazione dei termini delle loro offerte e implica, quindi, che queste ultime siano soggette alle medesime condizioni per tutti i concorrenti”* e, con riguardo alla modifica della composizione del raggruppamento in corso di gara, hanno affermato che *“il principio di parità di trattamento degli operatori economici, di cui all'articolo 10 della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, in combinato disposto con l'articolo 51 della medesima, deve*

essere interpretato nel senso che un ente aggiudicatore non viola tale principio se autorizza uno dei due operatori economici che facevano parte di un raggruppamento di imprese invitato, in quanto tale, da siffatto ente a presentare un'offerta, a subentrare a tale raggruppamento in seguito allo scioglimento del medesimo e a partecipare, in nome proprio, a una procedura negoziata di aggiudicazione di un appalto pubblico, purché sia dimostrato, da un lato, che tale operatore economico soddisfa da solo i requisiti definiti dall'ente di cui trattasi e, dall'altro, che la continuazione della sua partecipazione a tale procedura non comporta un deterioramento della situazione degli altri offerenti sotto il profilo della concorrenza”.

Alla luce di quanto sopra, ne deriva che **i limiti in punto di ammissibilità delle modifiche soggettive** del raggruppamento in corso di gara **discendono dai fondamentali principi di parità di trattamento e di concorrenza**. In questa prospettiva, infatti, una diversa valutazione della rilevanza della perdita (in corso di gara) di un requisito soggettivo di partecipazione, a seconda che il concorrente cui è imputabile la causa di esclusione si presenti in forma associata o non, configurerebbe una lesione della parità di trattamento tra gli offerenti, consentendo agli operatori economici componenti del raggruppamento di evitare (con lo strumento del recesso) la sanzione espulsiva, che normalmente si applicherebbe nei confronti degli altri concorrenti (ove colpiti dalla stessa causa di esclusione).

Un'interpretazione conforme ai principi eurounitari in materia di appalti pubblici impone, quindi, di concludere nel senso che **la sola ipotesi di recesso dal raggruppamento, in fase di gara, ammessa ai sensi dell'art. 48, commi 19 e 19-ter, del Codice è quella contemplata nel primo periodo del citato comma 19, giustificata da obiettive esigenze organizzative del raggruppamento.**

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 2484 del 2020, proposto da Call&Call Holding s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Caputi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comdata s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Altamura, Giancarlo Sorrentino e Valeria Falconi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'avv. Fabio Altamura in Roma, via Cicerone, 60;

nei confronti

Acquirente Unico s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Marcello Clarich e Giuliano Fonderico, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Marcello Clarich in Roma, viale Liegi, 32;
Olisistem Start s.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sezione III-ter, 16 gennaio 2020, n. 538, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comdata s.p.a. e di Acquirente Unico s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 giugno 2020 il Cons. Giorgio Manca e uditi per le parti gli avvocati Caputi, Altamura, Sorrentino, Clarich e Fonderico;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - La società *Call&Call Holding s.p.a.* partecipava alla procedura ristretta, indetta da Acquirente Unico s.p.a., per l'affidamento del «*servizio di gestione delle chiamate inbound del Call Center dello Sportello per il Consumatore Energia e Ambiente presso Acquirente Unico s.p.a.*». Alla gara partecipava anche la Comdata s.p.a..

All'esito della valutazione delle offerte tecniche ed economiche, la migliore offerta risultava quella presentata da *Call&Call Holding*, in qualità di mandataria del costituendo R.T.I. con *Olisistem Start s.r.l.* (mandante).

Avviata la verifica della sussistenza dei requisiti soggettivi dichiarati dai componenti del raggruppamento aggiudicatario, il 19 marzo 2019 la stazione appaltante inoltrava all'INPS e all'INAIL una richiesta volta ad accertare la regolarità della posizione contributiva di entrambi gli operatori economici del costituendo RTI. Dall'INPS giungeva come risposta un DURC irregolare per la mandante *Olisistem*.

Il 17 aprile 2019, a seguito della richiesta di comprova della autocertificazione attestante la regolarità contributiva, presentata in sede di gara, la mandataria *Call&Call Holding* inviava una comunicazione nella quale informava la stazione appaltante del fatto che «*la mandante del RTI, Olisistem Start S.r.l., ha ritenuto opportuno recedere unilateralmente dal RTI stesso, "per gravi e sopravvenuti motivi di impedimento all'esecuzione della prestazione" [...]. Contestualmente, Call & Call Holding s.p.a. [...] è pronta a sostenere l'offerta tecnica ed economica in qualità di impresa singola, facendosi carico anche della componente originariamente affidata alla mandante Olisistem Start e mantenendo fermi i contenuti tecnici e sostanziali dell'offerta tecnica e le relative condizioni economiche*».

2. - Con atto del 10 maggio 2019, n. AU/P20190010767, la *Acquirente Unico s.p.a.* (stazione appaltante) aggiudicava la gara alla (sola) *Call & Call Holding*.

3. - Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, la *Comdata s.p.a.*, seconda in graduatoria, impugnava l'aggiudicazione, chiedendone l'annullamento per la violazione dell'art. 48, comma 19, del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2016, n. 50), sul presupposto che il recesso della mandante *Olisistem Start* dal costituendo raggruppamento temporaneo fosse finalizzato esclusivamente a eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara.

4. - Con la sentenza della Sezione III-ter, 16 gennaio 2020, n. 538, il Tribunale amministrativo per il Lazio ha accolto il ricorso ritenendo fondata la censura della ricorrente, sulla base dell'indirizzo giurisprudenziale secondo cui il limite all'ammissibilità delle modifiche soggettive del raggruppamento partecipante alla gara è costituito dal divieto di eludere la sopravvenuta perdita di un requisito di partecipazione in capo ad una delle imprese del raggruppamento, nonché della violazione del principio secondo cui l'operatore economico deve mantenere il possesso dei requisiti di partecipazione lungo l'intero arco di svolgimento del procedimento di gara. Nel caso di specie, il requisito della regolarità contributiva era venuto meno per la mandante *Olisistem Start*, e il suo recesso come componente del raggruppamento sarebbe stato attuato all'esclusivo fine di evitare le conseguenze dell'esclusione dalla gara dell'intera compagine aggiudicataria, in contrasto con il principio codificato nell'art. 48, comma 19, del Codice dei contratti pubblici.

5. - La sentenza è stata impugnata dalla soccombente *Call&Call Holding*, che ne ha chiesto la riforma sulla base di due motivi.

5.1. - Con il primo motivo, l'appellante *Call&Call Holding* deduce l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto che l'art. 48, comma 19, del Codice dei contratti pubblici, sarebbe espressione di un principio generale capace di incidere anche sulla portata applicativa del comma 19-ter del medesimo articolo (il quale prevede che i commi 17, 18 e 19 «*trovano*

applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verificano in fase di gara»). Tale interpretazione, infatti, ad avviso dell'appellante, si porrebbe in contrasto con il principio eurounitario di proporzionalità, il quale costituirebbe un criterio guida anche nell'applicare le cause di esclusione dalla gara, in particolare laddove [come nel caso di specie] si colpisca un operatore economico per una violazione non commessa da lui direttamente, bensì da un soggetto estraneo alla sua impresa, per il controllo del quale detto operatore può non disporre di tutta l'autorità richiesta e di tutti i mezzi necessari.

Sul punto, si richiama anche la sentenza della Corte di Giustizia dell'U.E., Seconda Sezione, 30 gennaio 2020, nella causa C-395/18, pronunciata con riferimento al caso del subappaltatore (indicato dall'offerente) nei confronti del quale in corso di gara erano emerse irregolarità escludenti, che ha statuito l'incompatibilità della normativa nazionale (art. 80, comma 5, del Codice dei contratti pubblici) con il principio di proporzionalità laddove stabilisce che l'operatore economico deve essere escluso per qualsiasi violazione imputabile ad uno dei suoi subappaltatori, senza lasciare all'amministrazione aggiudicatrice la possibilità di valutare le particolari circostanze del caso di specie e all'operatore economico quella di dimostrare la propria affidabilità, malgrado la violazione.

Lo stesso principio, per l'evidente analogia, dovrebbe applicarsi in relazione ad una causa di esclusione maturata in corso di procedura nei confronti di una mandante che abbia poi proceduto al recesso dall'RTI.

In alternativa, l'appellante chiede il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE, ai sensi dell'art. 267 del TFUE, sulla questione della compatibilità degli articoli 48 e 80 del Codice dei contratti pubblici, intesi nel senso fatto proprio dalla sentenza impugnata, con l'art. 57 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, e con il principio di proporzionalità.

5.2. - Con il secondo motivo d'appello, la società lamenta l'erroneità della sentenza anche sotto altro profilo, per la violazione del combinato disposto dei commi 18 e 19-*ter* dell'art. 48 cit. (come modificati dal d.lgs. n. 56 del 2017), secondo i quali - qualora la mandante di un R.T.I. perda, in fase di gara, i requisiti di cui all'art. 80 del Codice dei contratti pubblici - la mandataria è obbligata a garantire l'offerta, o in proprio (se possiede i pertinenti requisiti), o integrando la composizione del raggruppamento. Per cui, sulla scorta della nuova norma, dovrebbe ritenersi che nell'ambito dei raggruppamenti temporanei, anche la perdita dei requisiti generali, da parte di uno o più mandanti, non è di per sé motivo per escludere l'intero raggruppamento di imprese.

6. - Si è costituita in giudizio la *Acquirente Unico s.p.a.*, chiedendo che l'appello sia accolto, con la conseguente riforma della sentenza, insistendo sulla considerazione che, a seguito delle modifiche introdotte dall'art. 32, comma 1, lett. *h*), del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, l'art. 48, comma 19-*ter*, del Codice, consente - anche nel corso del procedimento di gara - le modificazioni soggettive del raggruppamento temporaneo di imprese previste dai commi 17, 18 e 19, della medesima disposizione; e quindi, per effetto del richiamo al comma 18, ammette le modifiche alla composizione del raggruppamento anche in caso di perdita dei requisiti di cui all'art. 80 da parte di uno o più mandanti, evitando l'esclusione dalla procedura di gara

dell'intero raggruppamento. Conseguentemente, secondo la stazione appaltante, la portata applicativa del comma 19, dell'art. 48, nella parte in cui precisa che «*[i]n 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*», va limitata ai casi in cui sia accertata la mancanza del requisito di partecipazione al momento della presentazione dell'offerta.

7. - Resiste in giudizio la *Comdata s.p.a.*, chiedendo che l'appello sia respinto, con la conseguente conferma della sentenza impugnata. Segnala, altresì, che in data 4 dicembre 2019 la *Call&Call Holding* ha presentato ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, ai sensi dell'art. 161, comma 6, della legge fallimentare. Pertanto, per effetto dell'art. 80, comma 5, lett. *b*), del Codice dei contratti pubblici (il quale dispone che la stazione appaltante esclude dalla procedura l'operatore economico qualora «*si trovi in stato [...] di concordato preventivo, salvo il caso di concordato con continuità aziendale, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni [...]*»), non potrebbe comunque ottenere l'aggiudicazione.

Nel merito, osserva che il recesso della mandante *Olisistem* è disciplinato dal comma 19 dell'art. 48 del Codice, in quanto finalizzato ad eludere la mancanza del requisito di partecipazione, mentre la previsione del comma 19-ter del medesimo art. 48 si limita a estendere alla fase di gara la possibilità di recesso previsto dal comma 19, sul presupposto che detto recesso non abbia finalità elusive.

8. - All'udienza dell'11 giugno 2020, la causa è stata trattenuta in decisione.

9. – Si può prescindere dall'esame dell'eccezione di rito formulata dall'appellata *Comdata s.p.a.* in termini di sopravvenuto difetto di interesse all'appello, attesa la infondatezza nel merito dell'appello in esame.

10. – I due motivi dedotti dall'appellante possono essere esaminati congiuntamente, data la loro stretta complementarietà.

I motivi sono infondati.

11. - La questione intorno alla quale ruotano le censure dell'appellante (e, *ad adiuvandum*, della stazione appaltante) attiene ai limiti entro i quali opera, nel sistema del Codice dei contratti pubblici, il principio dell'immodificabilità soggettiva dei raggruppamenti temporanei di imprese. L'art. 48, nella versione originaria (ossia, anteriore alle modifiche e integrazioni apportate dall'art. 32, comma 1, lett. *h*), del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56), interveniva solo nella fase di esecuzione, disciplinando le conseguenze sul contratto di appalto già stipulato della sopravvenienza di una serie di vicende patologiche («*fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione del mandatario ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80*»), consentendo all'amministrazione di «*proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico*» (a seconda dei casi, con il mandatario o con la mandante costituitasi

come mandataria, che abbiano dimostrato di possedere i requisiti di qualificazione adeguati alle prestazioni contrattuali ancora da eseguire). Il riferimento alla prosecuzione del rapporto contrattuale, oltre a mettere in evidenza quale sia, nella fattispecie, l'interesse sotteso alla previsione di una normativa di eccezione rispetto al principio di immodificabilità della composizione delle associazioni di imprese, rivela, altresì, come le fattispecie descritte dai commi 17 e 18 dell'art. 48 del Codice (più che le modificazioni soggettive del R.T.I.) disciplinino le modifiche soggettive del contratto di appalto, in corso di esecuzione.

12. - Diversa è la fattispecie di cui al comma 19 dell'art. 48, che si riferisce al recesso di una o più imprese raggruppate (e quindi al recesso dal raggruppamento), consentito «*esclusivamente per esigenze organizzative del raggruppamento*». Il recesso, e la conseguente modifica soggettiva del raggruppamento, può intervenire, in questa ipotesi, oltre che nella fase di esecuzione del contratto, anche nel corso della procedura di gara (per effetto di quanto stabilito espressamente dal comma 19-ter dell'art. 48 cit.). Ma in questo caso il recesso non vale quale strumento atto ad evitare le conseguenze giuridiche della mancanza (originaria, ossia al momento della presentazione dell'offerta; o sopravvenuta nel corso della gara) di uno dei requisiti richiesti per la partecipazione.

La norma, in effetti, finisce col recepire il principio già affermato dalla giurisprudenza, secondo cui *“il divieto di modificazione della compagine delle A.t.i. nella fase procedurale corrente tra la presentazione delle offerte e la definizione della procedura di aggiudicazione, di per sé non impedisce il recesso di una o più imprese partecipanti all'A.t.i. medesima, a condizione che quelle che restano a farne parte risultino titolari, da sole, dei requisiti di partecipazione e di qualificazione e che ciò avvenga per esigenze organizzative proprie dell'A.t.i. o Consorzio, e non invece per eludere la legge di gara e, in particolare, per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente dell'A.t.i. venuto meno per effetto dell'operazione riduttiva”* (Cons. Stato, V, 28 agosto 2017, n. 4086; di recente anche 18 febbraio 2019, n. 1116, ed ivi la precisazione che *“il limite a qualsivoglia modifica soggettiva del raggruppamento partecipante alla gara è costituito dal divieto di elusione, in corso di gara, della mancanza di un requisito di partecipazione; la perdita sopravvenuta del requisito in capo ad una delle imprese del raggruppamento non incide sfavorevolmente soltanto qualora intervenga in fase esecutiva, come attualmente codificato dall'art. 48 del d.lgs. n. 50 del 2016, modificato dal d.lgs. n. 56 del 2017 (secondo una regola già seguita dalla giurisprudenza nella vigenza del codice di cui al d.lgs. n. 163 del 2006: cfr. Cons. Stato, V, 2 marzo 2015, n. 986, tra le altre)”*).

13. - Il quadro normativo e giurisprudenziale descritto non è inciso, sotto il profilo dei tipi di fattispecie modificative ammissibili, dal comma 19-ter dell'art. 48, cit., il quale si limita ad ammettere le modifiche soggettive intervenute nel corso della gara, sul presupposto che le stesse rientrino in una delle ipotesi consentite dai commi 17, 18 e 19; e quindi, nell'ipotesi di recesso volontario, solo se la variazione della composizione sia giustificata da esigenze organizzative del raggruppamento.

13.1. - In tale prospettiva, non è condivisibile l'argomento patrocinato dalla stazione appaltante, secondo cui l'interpretazione sopra delineata condurrebbe a una sostanziale abrogazione dell'art. 48, comma 19-ter, che sarebbe privato di un autonomo contenuto

normativo.

Permane, infatti, uno specifico spazio di applicabilità dell'art. 48, comma 19-ter, del Codice, con riferimento alle ipotesi di modificazioni soggettive per sole ragioni organizzative interne al raggruppamento (si pensi all'acquisizione di nuove commesse, che inducano l'impresa [mandante o mandataria], a rivedere la partecipazione alla gara).

13.2. - Non è decisivo, per le tesi dell'appellante e della stazione appaltante, nemmeno il richiamo alla giurisprudenza comunitaria.

13.3. - Anzitutto, non appare pertinente il richiamo alla pronuncia della Corte di Giustizia UE, Sezione Seconda, 30 gennaio 2020, nella causa C-395/18, che ha statuito l'incompatibilità con il principio di proporzionalità della norma di cui all'art. 80, comma 5, del Codice, che impone l'esclusione automatica dell'operatore economico per una causa riferibile a uno dei subappaltatori indicati nella terna di cui all'art. 105, comma 6, del Codice, posto che le due situazioni presentano profili significativamente diversi: nel caso sottoposto alla Corte, il contrasto con il principio di proporzionalità è basato sulla irragionevolezza dell'esclusione automatica dell'operatore economico per un motivo riferibile a un soggetto (il subappaltatore, il quale non è un concorrente nella procedura di gara), senza che l'operatore economico abbia la possibilità di fornire elementi circostanziati in merito alla situazione (dimostrando, per un verso, la propria capacità di eseguire l'appalto senza avvalersi necessariamente del subappaltatore in questione; e, per altro verso, permettendo all'amministrazione aggiudicatrice *“di tenere conto, ai fini della valutazione della situazione, di una serie di fattori pertinenti, come i mezzi di cui l'operatore economico che ha presentato l'offerta disponeva per verificare l'esistenza di una violazione in capo ai subappaltatori [...]”*: cfr. punto 52 della sentenza citata).

Nella fattispecie per cui è controversia, invece, non solo il motivo di esclusione si puntualizza nei confronti di operatori economici che debbono ritenersi (tutti) concorrenti nella procedura di gara, ma la modificazione soggettiva della parte offerente, che intervenga (come avvenuto qui) dopo la presentazione dell'offerta, implica anche una modificazione dei contenuti dell'offerta (quantomeno nei suoi aspetti tecnici o prestazionali o di esecuzione del contratto, nelle diverse ipotesi di raggruppamenti verticali o orizzontali). Il che pone l'ulteriore problema di compatibilità delle modifiche soggettive del R.T.I. con il principio di immutabilità dell'offerta (ricavabile da quanto previsto dall'art. 83, comma 9, del Codice dei contratti pubblici, che esclude dal soccorso istruttorio qualsiasi mancanza o incompletezza *«afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica»*).

14. – Viceversa, una lettura dei commi 19 e 19-ter dell'art. 48 del Codice che tenga conto degli specifici principi operanti nella fase procedimentale dedicata all'individuazione del contraente, si impone alla luce della giurisprudenza europea che ha esaminato la questione della ammissibilità di modifiche soggettive degli offerenti (o dell'identità giuridica e sostanziale degli offerenti, secondo la formula delle sentenze della Corte di Giustizia UE).

La Corte, infatti, muovendo dai principi generali del diritto dell'Unione Europea e soffermandosi in particolare sul principio della parità di trattamento tra gli offerenti, ha ricordato

come quest'ultimo principio *“ha lo scopo di favorire lo sviluppo di una concorrenza sana ed efficace tra le imprese che partecipano a un appalto pubblico [e] impone che tutti gli offerenti dispongano delle stesse opportunità nella formulazione dei termini delle loro offerte e implica, quindi, che queste ultime siano soggette alle medesime condizioni per tutti i concorrenti”* (sentenza 11 luglio 2019, nella causa C-697/17, Telecom Italia, punto 33); e con riguardo alla modifica della composizione del raggruppamento in corso di gara ha affermato che *“il principio di parità di trattamento degli operatori economici, di cui all’articolo 10 della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, in combinato disposto con l’articolo 51 della medesima, deve essere interpretato nel senso che un ente aggiudicatore non viola tale principio se autorizza uno dei due operatori economici che facevano parte di un raggruppamento di imprese invitato, in quanto tale, da siffatto ente a presentare un’offerta, a subentrare a tale raggruppamento in seguito allo scioglimento del medesimo e a partecipare, in nome proprio, a una procedura negoziata di aggiudicazione di un appalto pubblico, purché sia dimostrato, da un lato, che tale operatore economico soddisfa da solo i requisiti definiti dall’ente di cui trattasi e, dall’altro, che la continuazione della sua partecipazione a tale procedura non comporta un deterioramento della situazione degli altri offerenti sotto il profilo della concorrenza”* (Corte Giustizia UE, 24 maggio 2016, in causa C – 396/14, punto 48 e dispositivo, richiamata da Corte di Giustizia UE, 11 luglio 2019, in C-697/17, sopra citata).

I limiti in punto di ammissibilità delle modifiche soggettive del raggruppamento in corso di gara discendono, pertanto, dai fondamentali principi di parità di trattamento tra i concorrenti e di concorrenza. In questa prospettiva, infatti, una diversa valutazione della rilevanza della perdita (in corso di gara) di un requisito soggettivo di partecipazione, a seconda che il concorrente cui è imputabile la causa di esclusione si presenti in forma associata o non, configurerebbe una lesione della parità di trattamento tra gli offerenti, consentendo agli operatori economici componenti del raggruppamento di evitare (con lo strumento del recesso) la sanzione espulsiva, che normalmente si applicherebbe nei confronti degli altri concorrenti (ove colpiti dalla stessa causa di esclusione).

Un’interpretazione conforme ai principi eurounitari in materia di appalti pubblici impone, quindi, di concludere nel senso che la sola ipotesi di recesso dal raggruppamento, in fase di gara, ammessa ai sensi dell’art. 48, commi 19 e 19-ter, del Codice è quella contemplata nel primo periodo del citato comma 19, giustificata da obiettive esigenze organizzative del raggruppamento.

15. - Nel caso di specie, dette ragioni organizzative non sono state nemmeno allegare dalla società appellante.

16. – Pertanto, alla luce delle considerazioni esposte, l’appello va respinto.

17. – Per quanto concerne le spese giudiziali, vanno poste a carico dell’appellante *Call&Call Holding s.p.a.* e di *Acquirente Unico s.p.a.*, secondo la regola della soccombenza, in ragione della medesima posizione sostanziale.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese nei confronti della controinteressata *Olisistem Start s.r.l.*

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la società appellante Call&Call Holding s.p.a. al pagamento delle spese giudiziali in favore dell'appellata Comdata s.p.a., che liquida in euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre accessori di legge.

Condanna la società Acquirente Unico s.p.a. al pagamento delle spese giudiziali in favore dell'appellata Comdata s.p.a., che liquida in euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre accessori di legge.

Compensa le spese di lite nei confronti di *Olisistem Start s.r.l.*

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 11 giugno 2020.