

Focus Team Diritto Amministrativo

**Ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria n. 6959/2021 del
18 ottobre 2021**

Con la recentissima ordinanza n. 6959/2021 del 18 ottobre, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza plenaria la questione circa l'esatta applicazione dei commi 17,18 e 19-ter dell'art. 48 del Codice dei contratti pubblici.

In particolare, si chiede al massimo consesso della giustizia amministrativa se sia possibile interpretare i predetti commi dell'art. 48 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 nel senso che la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese in caso di perdita dei requisiti ex art. 80 da parte del mandatario o di una delle mandanti, sia consentita anche in fase di gara e non solo in fase di esecuzione.

Nell'ordinanza di rimessione il Consiglio di Stato menziona le diverse correnti interpretative sull'argomento, nonché le argomentazioni a sostegno dell'una e dell'altra tesi.

Secondo un primo filone giurisprudenziale, infatti, è consentita la sostituzione della mandante in fase di gara per le vicende sopravvenute previste dal comma 18 con esclusione, però, della perdita dei requisiti di cui all'art. 80 del codice dei contratti pubblici, che, per il medesimo comma 18, è prevista quale causa di sostituzione della mandante nella sola fase di esecuzione.

La *ratio* è quella di voler mantenere la par condicio tra i concorrenti, affinché questi siano nell'integrale e continuativo possesso dei requisiti sin dalla presentazione della domanda di partecipazione (Consiglio di Stato sez. V Sent. del 28 gennaio 2021, n. 833).

Altra parte della giurisprudenza ha ritenuto che il comma 19 – ter dell'art. 48 estenda espressamente la modifica soggettiva a tutte le vicende richiamate dai commi 17 e 18 (oltre che dal comma 19), ivi compresa la perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 del codice, anche nella fase di gara.

Secondo questa ricostruzione, limitarne la portata, in ragione della locuzione “*in corso di esecuzione*” inserita nei predetti commi, sarebbe in palese contraddizione con il contenuto dispositivo innovativo del nuovo comma, tale da privarlo di significato (Consiglio di Stato Sezione III sentenza del 2 aprile 2020, n. 2245).

L'Adunanza Plenaria dovrà quindi sciogliere il nodo interpretativo ed esprimersi circa la corretta interpretazione dei commi 17, 18 e 19-ter dell'art. 48, determinando se quest'ultimo abbia una portata così estensiva tale da neutralizzare l'inciso ‘in corso di esecuzione’ dei primi due commi.

Infine, in caso di risposta affermativa al predetto quesito, l'ordinanza di rimessione chiede all'Adunanza Plenaria di precisare la modalità procedimentale con la quale detta modifica possa avvenire. Nel dettaglio se, è onere della stazione appaltante interpellare il raggruppamento, assegnando congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno, così da poter riprendere la propria partecipazione alla gara.

Autore: Avv. Marianna Vazzana

m.vazzana@liparota.it

06.4203681

Studio Legale



Liparota \ Vazzana &

P A R T N E R S

Dott.ssa Julia Monero

j.monero@liparota.it

06.4203681

C.F.: LPR FBA 70A21 H501U - P.IVA 09896120582