



## DELIBERA N. 213

27 aprile 2022.

### Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla I.CO.RES. S.r.l. - Procedura aperta per "Città Teatro - Restauro delle scale delle logge del Teatro Massimo" - Importo a base di gara euro: 1.969.244,30 - Criterio di aggiudicazione: minor prezzo - S.A.: Comune di Palermo - Ufficio Città Storica  
**PREC 56/2022/L**

### Riferimenti normativi

Art. 140 e 37, comma 9, d.lgs. 163/2006;

Art. 92, comma 2, D.P.R. 207/2010

### Parole chiave

Raggruppamenti temporanei di imprese – Modifiche – Interpello – Recesso – Perdita requisiti di partecipazione

### Massima

**Appalto pubblico – In genere – Scelta del contraente – Procedura – Interpello – Raggruppamento temporaneo di imprese – Modifica – Recesso mandataria – Ammissibilità – Condizioni**

**Appalto pubblico – In genere – Scelta del contraente – Procedura – Raggruppamento temporaneo di imprese – Modifica interna quote esecuzione – Autorizzazione - Condizioni**

*Non è consentita, in sede di interpello ex art. 140 del d.lgs. 163/2006 (ora art. 110 del d.lgs. 50/2016), la modifica in riduzione del raggruppamento temporaneo di imprese, qualora la Stazione appaltante abbia accertato la sopravvenuta e parziale perdita, in capo al soggetto che viene meno per effetto dell'operazione riduttiva, di un requisito di partecipazione di carattere speciale, tale da impedirgli di eseguire la quota parte di lavorazioni indicate in sede di offerta.*



*La rimodulazione interna delle quote di esecuzione dei lavori può essere autorizzata previa verifica del possesso, in capo ai componenti del raggruppamento, della qualificazione necessaria ad eseguire la quota parte di lavorazioni indicata in sede di offerta.*

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 27 aprile 2022

## DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 18685 del 14 marzo 2022, con cui la Soc. I.CO.RES. S.r.l. ha chiesto all'Autorità di esprimere un parere sulla possibilità di un raggruppamento temporaneo di imprese di modificare, in sede di interpello ex art. 140 del d.lgs. n. 163/2006 (ora art. 110 del d.lgs. n. 50/2016), la propria composizione in riduzione mediante il recesso, per ragioni organizzative, dell'impresa mandataria, ove quest'ultima sia incorsa nella sopravvenuta e parziale perdita di un requisito di partecipazione di carattere speciale;

CONSIDERATO che l'istante ha rappresentato di aver partecipato alla procedura di gara in oggetto, bandita sotto la vigenza del d.lgs. 163/2006, quale mandante di un raggruppamento temporaneo con le imprese FAIM S.r.l. (mandataria) e Dafne Restauri S.r.l. (mandante), e di essersi posizionata al secondo posto della graduatoria; a seguito della risoluzione del contratto con l'originale aggiudicataria, la Stazione appaltante procedeva all'interpello ai sensi dell'art. 140 del d.lgs. 163/2006, chiedendo al suddetto RTI la disponibilità al subentro nel contratto; il raggruppamento manifestava la propria disponibilità alla prosecuzione dei lavori, comunicando, tuttavia, la volontà della mandataria FAIM S.r.l. di recedere dal Raggruppamento per proprie esigenze organizzative e il diverso assetto interno delle quote di esecuzione dei lavori, compatibili con le qualificazioni nel frattempo acquisite dalle altre due imprese raggruppate. La Stazione appaltante, con nota dell'8 marzo 2022, comunicava di non poter accettare il recesso della originale mandataria FAIM S.r.l., in quanto diretto ad eludere l'esclusione dalla gara per difetto dei requisiti di partecipazione. Ed infatti questi, nel lasso di tempo intercorso tra l'originaria aggiudicazione e l'attivazione dell'interpello, aveva ridotto la propria qualificazione nella categoria SOA OS2A, passando dalla classifica III alla II, non sufficiente a consentirle l'esecuzione della quota parte di lavori (70%) indicata in sede di offerta;

VISTE le specifiche contestazioni sollevate dall'istante avverso il diniego opposto dall'Amministrazione e concernenti, per un verso, la necessità di calibrare il principio della continuità del possesso dei requisiti alla specificità della procedura di interpello e, pertanto, all'irragionevole pretesa del possesso ininterrotto dei requisiti di qualificazione a decorrere dalla partecipazione alla procedura di gara. Sotto altro profilo, ha rappresentato che l'assenza di finalità elusive della prospettata operazione riduttiva troverebbe conferma nella possibilità, concessa ai raggruppamenti dall'art. 92, comma 2, del D.P.R. 207/2010, di modificare "all'interno" le quote di esecuzione dei lavori. In mancanza delle esigenze organizzative poste a fondamento del recesso della mandataria, il suddetto R.T.I. avrebbe potuto richiedere, alla stazione appaltante, l'autorizzazione alla modifica delle quote di partecipazione interne, assegnando alla F.A.I.M. S.r.l. una quota non inferiore al 40%, tale da consentirle di continuare a ricoprire il ruolo di mandataria;



VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 23520 del 30 marzo 2022;

VISTA la nota acquisita al prot. n. 24570 del 4 aprile 2022 con cui il raggruppamento di imprese Calvagna Giovanni e FAE Costruzioni S.r.l., terzo classificato nella procedura di gara, ha dichiarato di essere disponibile all'esecuzione dei lavori e di possedere le adeguate qualificazioni;

VISTA la nota prot. n. 25022 del 5 aprile 2022, con cui la Stazione appaltante ha confermato, con ampie argomentazioni, l'impossibilità di consentire il recesso dell'originale mandataria, pena la violazione della *par condicio competitorum*;

VISTA la documentazione in atti;

CONSIDERATO che la questione sottoposta all'attenzione dell'Autorità richiede di svolgere talune preliminari considerazioni in merito alla natura della procedura di interpello;

VISTO l'art. 140, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 163/2006, pacificamente applicabile *ratione temporis* alla procedura in esame, a mente del quale *"Le stazioni appaltanti, in caso di fallimento dell'appaltatore o di liquidazione coatta e concordato preventivo dello stesso o di risoluzione del contratto ai sensi degli articoli 135 e 136 o di recesso dal contratto ai sensi dell'articolo 11, comma 3 del decreto del Presidente della Repubblica 3 giugno 1998, n. 252, potranno interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori. Si procede all'interpello a partire dal soggetto che ha formulato la prima migliore offerta, fino al quinto migliore offerente escluso l'originario aggiudicatario. L'affidamento avviene alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta."*;

CONSIDERATO che la giurisprudenza pronunciata sulla norma in esame ha affermato, dapprima, che *"la fase procedimentale disciplinata dall'art. 140 d.lgs. 163/2006 si configura come un segmento di un'unica procedura di affidamento, avviata con la pubblicazione del bando, con la conseguenza, per quanto qui rileva, che i requisiti di partecipazione, attesa l'unicità e l'inscindibilità del procedimento selettivo, devono essere ininterrottamente posseduti dal suo avvio (e, cioè, dalla pubblicazione dell'avviso pubblico) fino alla sua conclusione (e, cioè, alla data dell'affidamento dell'appalto in esito all'interpello)"* (Consiglio di Stato sez. III, 13.01.2016 n. 76). Successivamente, con la sentenza del 06.03.2017 n. 1050, la medesima Sezione ha diversamente opinato che nell'ambito della procedura di "scorrimento della graduatoria" è irragionevole pretendere dall'offerente non aggiudicatario il possesso continuo dei requisiti per il periodo nel quale venga disposta l'aggiudicazione in favore di un terzo, essendo dunque sufficiente, ai fini del rispetto del principio di continuità nel possesso dei requisiti sancito dalla decisione dell'Adunanza Plenaria n. 8/2015, che il concorrente possieda i requisiti al momento della presentazione dell'offerta originaria nonché all'atto della conferma di quest'ultima nella fase di interpello ex art. 140 del D. Lgs. n. 163/2006. Tale decisione, tuttavia, nell'affermare che *"nelle ipotesi in cui l'amministrazione decida legittimamente di scorrere la graduatoria non vi è l'indizione di una nuova selezione concorsuale, né formulazione di nuove offerte"*, in merito alla natura del procedimento in esame non ha modificato l'orientamento già espresso dalla precedente sentenza del 2016, da ritenersi pertanto non superato. Ribadisce, infatti, la III sezione del Consiglio di Stato che *"si tratta, quindi, di un'attività amministrativa vincolata dalla legge in un duplice senso: soggettivo ed oggettivo (Cons. St., sez. VI, 14 novembre 2012, n. 5747)"* atteso che *"sotto il primo profilo, la stazione appaltante, se decide di esercitare la facoltà riconosciutale dall'art. 140 d.lgs. cit., resta tenuta ad indirizzare la proposta alle (sole) imprese che seguono quella appaltatrice nella graduatoria che si è consolidata in esito alla gara già svolta, mentre, sotto il secondo profilo, le condizioni del nuovo contratto devono coincidere con quelle "già proposte"*



*dall'originario aggiudicatario in sede di offerta" e che "sia sul piano soggettivo che su quello oggettivo, dunque, l'azione amministrativa preordinata alla scelta dell'impresa alla quale affidare il completamento dei lavori in seguito alla risoluzione del contratto d'appalto per uno degli eventi tassativamente elencati nella disposizione in esame risulta vincolata dal rispetto delle risultanze della gara inizialmente bandita, restando preclusi sia l'interpello di imprese diverse da quelle utilmente classificatesi all'esito della selezione già svolta, sia la modificazione delle condizioni del contratto";*

CONSIDERATO che la riconosciuta natura della procedura di interpello alla stregua di un segmento procedurale privo di valenza autonoma, ma inserito sempre nell'originario procedimento di evidenza pubblica (da ultimo confermato anche da Cons. Stato, sez. V, 14.06.2021 n. 4619) comporta che l'aggiudicazione in favore del soggetto interpellato debba avvenire previa verifica del possesso, all'atto della manifestazione della disponibilità al subentro, della sussistenza di tutti i requisiti di partecipazione dichiarati in fase di presentazione delle offerte e che, in ogni caso, non è consentito all'impresa interpellata apportare variazioni sostanziali all'offerta originariamente presentata, pena la violazione della *par condicio competitorum*,

CONSIDERATO, altresì, che l'inquadramento del procedimento di interpello quale segmento dell'unica procedura di affidamento avviata con la pubblicazione del bando di gara esige che, anche in detta fase, sia rispettato il principio di immodificabilità della composizione dei raggruppamenti, sancito dall'art. 37, comma 9 del d.lgs. 163/2006, *ratione temporis* applicabile alla fattispecie in esame. Come correttamente rilevato dalla Stazione appaltante, il d.lgs. 163/2006 indica i casi in cui è possibile la modificazione soggettiva dell'ATI già aggiudicataria nell'art. 37, commi 18 e 19 del d.lgs. n. 163/2006. Si tratta di casi relativi a vicende patologiche, indipendenti dalla volontà del soggetto partecipante alla gara, che colpiscono il mandatario o il mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese (fallimento del mandatario o di uno dei mandanti ovvero, in caso di imprenditore individuale, morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia). Al di fuori dei casi tipizzati dall'art. 37, commi 18 e 19 del d.lgs. n. 163/2006 vige il divieto di modificazione soggettiva dei raggruppamenti temporanei o dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto alla composizione risultante dall'impegno presentato in sede di offerta. La *ratio* di tale divieto è stata rinvenuta dalla giurisprudenza nell'esigenza di assicurare alle amministrazioni aggiudicatrici, attraverso la sottoscrizione del mandato da parte di tutte le componenti dell'ATI, una conoscenza piena dei soggetti che intendono contrattare con esse, al fine di consentire un controllo preliminare e compiuto dei requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria e all'ulteriore scopo di impedire che tale verifica venga vanificata od elusa con modificazioni soggettive adattabili agli sviluppi della procedura di gara e, in quanto tali, lesive della *par condicio*. (Consiglio di Stato, sez. V, 7 aprile 2006, n. 1903; Consiglio di Stato, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5081). Peraltro, intesa in questi termini la *ratio* del divieto di modificazione soggettiva, altre pronunce giurisprudenziali hanno temperato il rigore della disposizione di cui all'art. 37, comma 9 del d.lgs. n. 163/2006. Si è rilevato, infatti, che il recesso di una o più imprese dell'ATI sarebbe possibile, dopo l'aggiudicazione, se quelle rimanenti siano in possesso dei requisiti necessari per l'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto, in quanto solo nelle ipotesi di aggiunta o di sostituzione nell'ATI di un'impresa resta impedito all'amministrazione un controllo tempestivo e completo del possesso dei requisiti anche da parte della nuova compagine associativa, mentre nel caso di recesso le predette esigenze non risultano frustrate, poiché l'amministrazione, al momento del mutamento soggettivo, ha già provveduto a verificare i requisiti di capacità e moralità dell'impresa o delle imprese che restano, così che i rischi che il divieto mira ad impedire non possono verificarsi (Consiglio di Stato, sez. IV, 23 luglio 2007, n. 4101; Consiglio di Stato, sez. VI, 13 maggio 2009, n. 2964). Tale orientamento, da un lato, non penalizza la stazione appaltante, non creando incertezze, e dall'altro



lato, non penalizza le imprese, le cui dinamiche non di rado impongono modificazioni soggettive di raggruppamenti o consorzi per ragioni che prescindono dalla singola gara; né si verifica una violazione della *par condicio* dei concorrenti, perché non si tratta di introdurre nuovi soggetti in corsa, ma solo di consentire ad alcuni associati o consorziati il recesso, mediante utilizzo dei requisiti dei soggetti residui, già comunque posseduti. E' stato, tuttavia, opportunamente puntualizzato che tale soluzione va seguita purché la modifica della compagine soggettiva in senso riduttivo avvenga per esigenze organizzative proprie dell'ATI o del 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'ATI che viene meno per effetto dell'operazione riduttiva (Consiglio di Stato, sez. VI, 16 febbraio 2010, n. 842; Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 4 maggio 2012, n. 8; Determinazione Anac n. 4/2012; Determinazione n. 3/2013; Cons. Stato, sez. VI, 16 febbraio 2010, n. 84 );

RILEVATO che, nel caso di specie, la Stazione appaltante ha accertato che, in sede di interpello, la mandataria FAIM S.r.l. aveva ridotto la propria qualificazione nella categoria prevalente OS2A, passando da una classifica III ad una classifica II, e che, in conseguenza di tale riduzione, il raggruppamento non era nelle condizioni di confermare l'offerta originariamente presentata ed eseguire le lavorazioni secondo la percentuale dichiarata dai singoli componenti in sede di offerta;

RITENUTO, pertanto, che, in applicazione dell'orientamento giurisprudenziale citato, risulta corretto il diniego opposto dall'Amministrazione all'operazione riduttiva proposta dal raggruppamento in quanto trattasi di recesso finalizzato ad evitare l'esclusione dalla gara per difetto parziale dei requisiti di partecipazione in capo alla Soc. FAIM S.r.l.;

CONSIDERATO che non convince, in senso contrario, la lettura dell'art. 92, comma 2, del D.P.R. 207/2010 offerta dall'istante, secondo il quale la natura non elusiva del recesso della mandataria sarebbe confermata dalla possibilità che le imprese avevano di rimodulare all'interno le quote di ripartizione dei lavori - mantenendo, peraltro l'assetto originario - mediante l'assegnazione alla mandataria FAIM S.r.l. di una quota maggioritaria delle lavorazioni e comunque non inferiore al 40%. Invero, l'art. 92, comma 2, del D.P.R. 207/2010 stabilisce che *"I lavori sono eseguiti dai concorrenti riuniti secondo le quote indicate in sede di offerta, fatta salva la facoltà di modifica delle stesse, previa autorizzazione della stazione appaltante che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate"*. Come correttamente rilevato dalla Stazione appaltante nelle memorie trasmesse, osta alla interscambiabilità delle quote di esecuzione proposta dall'istante, quanto statuito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n.6 del 27 marzo 2019, secondo la quale *"in applicazione dell'art. 92, co. 2, DPR 5 ottobre 2010 n. 207, la mancanza del requisito di qualificazione in misura corrispondente alla quota dei lavori, cui si è impegnata una delle imprese costituenti il raggruppamento temporaneo in sede di presentazione dell'offerta, è causa di esclusione dell'intero raggruppamento, anche se lo scostamento sia minimo ed anche nel caso in cui il raggruppamento nel suo insieme (ovvero un'altra delle imprese del medesimo) sia in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all'esecuzione dell'intera quota di lavori"*. Ed invero secondo il Supremo Consesso *"se si consentisse la modifica delle quote di esecuzione in funzione dei ridotti requisiti in possesso di un'impresa del raggruppamento ritenendo sufficiente che il raggruppamento nel suo complesso sia in possesso del requisito di qualificazione adeguato all'esecuzione dell'intera quota dei lavori, si finirebbe per attribuire una sorta di "soggettività" al raggruppamento che va al di là di quella delle singole imprese partecipanti"*. Pertanto, la rimodulazione delle quote di esecuzione può essere consentita a condizione che non sia diretta ad eludere l'esclusione dalla gara del raggruppamento per mancanza, da parte di uno dei componenti del raggruppamento, della qualificazione necessaria ad eseguire la quota parte di lavori indicata in sede di offerta. Nel caso di specie,



la prospettata attribuzione di una ridotta quota parte di lavori alla Soc. FAIM S.r.l. appare volta ad aggirare un difetto parziale e sopraggiunto di qualificazione, onde non può essere consentita;

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, che in sede di interpello sia consentita la modifica in riduzione della composizione del raggruppamento temporaneo d'impresе solo quando il recesso sia dettato da esigenze organizzative e non dalla sopravvenuta e parziale perdita, in capo al soggetto che viene meno per effetto dell'operazione riduttiva, di un requisito di partecipazione di carattere speciale, tale da impedirgli di eseguire la quota parte di lavorazioni indicate in sede di offerta.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 4 maggio 2022

Per il Segretario Maria Esposito

Valentina Angelucci

Firmato digitalmente