

**LA MODIFICA DELLE CONSORZIATE ESECUTRICI NELL'AMBITO
DEI CONSORZI STABILI AI SENSI DELL'ART. 48, COMMA 7-BIS,
DEL D.LGS. 50 DEL 2016**

Federico Busbani

SOMMARIO: 1. Ambito sistematico – 2. Limiti applicativi – 3. Perdita dei requisiti di partecipazione – 4. L'operatività rispetto ai co. 17 e 18 – 5. Conclusioni.

1. – Il Decreto Legislativo “correttivo” 19 aprile 2017, n. 56, ha introdotto il comma 7-*bis*¹ all'art. 48 del d.lgs. n. 50 del 2016, con il fine di regolamentare i limiti della modificabilità delle consorziate esecutrici nell'ambito di alcune specifiche tipologie di consorzi.

In particolare il dato normativo di nuova introduzione dispone che “è consentito, per le ragioni indicate ai successivi commi 17, 18 e 19 o per fatti o atti sopravvenuti, ai soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), designare ai fini dell'esecuzione dei lavori o dei servizi, un'impresa consorziata diversa da quella indicata in sede di gara, a condizione che la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere in tale sede la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata”.

Tale specificazione è stata inserita in un complesso normativo, il nuovo art. 48 d.lgs. 50 del 2016, che con l'introduzione del correttivo d.lgs. n. 56 del 2017 ha subito un radicale mutamento non solo sotto il profilo letterale, ma soprattutto riguardo all'aspetto sistematico. Difatti, le modifiche del correttivo hanno permesso una maggiore flessibilità circa la conformazione dei concorrenti raggruppati sia durante la fase esecutiva, sia avuto riguardo alla fase di gara, come si vedrà in seguito, con lo scopo di rendere fluida la struttura dei raggruppamenti e dei consorzi, così da scardinare il principio della immutabilità dei concorrenti raggruppati. In sostanza sembra che sia stato

¹ Comma inserito dall'art. 32, co. 1, lett. c), d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56.



scardinato il paradigma originario: l'eccezione diventa regola e quest'ultima, a sua volta, viene ora identificata *a contrario* attraverso una tipizzazione a numero chiuso delle fattispecie applicative della non modificabilità. Così l'ambito operativo del comma 9, originariamente perno dell'art. 48 del Codice, viene ridotto della sua portata applicativa soprattutto alla luce dei modificati (*rectius* ampliati) commi 17 e 18 e del nuovo comma 19-ter.

Riponendo l'attenzione con specifico riguardo al comma 7-bis, dalla lettura della relazione illustrativa del decreto correttivo si desume, invero, una inversione di tendenza rispetto a quanto disposto in termini di ampliamento della modificabilità dei raggruppamenti rispetto a quanto previsto per i consorzi ordinari e per i raggruppamenti. In particolare nella medesima relazione si legge che tale comma "*introduce il divieto per il consorzio stabile e per il consorzio di cooperative di produzione e lavoro di incaricare, per l'esecuzione dei lavori, un'impresa consorziata diversa da quella indicata in sede di gara, salvo che ciò non sia necessario per motivi sopravvenuti e sempre che la modifica non serva ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione. Tale disposizione apporta elementi di chiarezza alla disciplina inerente i consorzi e si rende necessaria in considerazione del fatto che, nel vigente quadro normativo, non è del tutto pacifico se e in che limite sia possibile per il consorzio stabile e per il consorzio di cooperative di produzione e lavoro incaricare, ai fini dell'esecuzione dei lavori, un'impresa consorziata diversa da quella indicata in sede di gara*".

Da una parte è sicuramente reale la necessità di chiarezza richiamata dalla relazione stante la giurisprudenza radicata sul punto, la quale ha avuto più volte la cura di affrontare il tema in termini differenti, creando estensioni applicative attraverso interpretazioni maggiormente liberali, a volte difficilmente arginabili, e arrivando a stabilire che "[...] *l'autonoma soggettività del consorzio (stabile) consente la possibilità di designare una nuova cooperativa come esecutrice ove per motivi sopravvenuti la prima designata non sia in condizione di svolgere compiutamente la prestazione*"². Il brocardo di partenza era evidentemente quello secondo cui eventuali variazioni di tali tipologie di consorzi rileverebbero esclusivamente quali mutamenti di rapporti interorganici interni alla struttura, senza assumere valenza intersoggettiva a rilevanza esterna. La stessa Autorità Nazionale Anticorruzione, nelle precedenti vesti dell'AVCP, ha affrontato il tema disponendo che, nel caso in cui il consorzio

² Cons. Giust. Amm. Regione Siciliana, sez. Giur., 2-1-2012, n. 12

indichi l'impresa esecutrice, *“tale designazione è un atto meramente interno al consorzio, che non vale ad instaurare un rapporto contrattuale tra la consorziata e la stazione appaltante. La designazione della consorziata per l'esecuzione dei lavori è un atto rilevante solo nei rapporti interni tra il Consorzio e le sue consorziate: tale atto determina unicamente una distribuzione interna di responsabilità inopponibile ai terzi”*³.

Ciò posto, dall'altra parte, tale comma 7-*bis* comporta indiscutibilmente alcune difficoltà interpretative, non tanto sotto il profilo letterale, quanto avuto riguardo al suo inserimento strutturale all'interno del novellato art. 48 del Codice, che, come in precedenza evidenziato, ha attualmente mutato il suo indirizzo in precedenza poco transigente verso le modifiche dei raggruppamenti o consorzi, come attestato dai commi 17, 18, 19-*bis* e 19-*ter*.

Da ultimo, prima di passare in rassegna alcuni aspetti di coordinamento sistematico del comma in argomento, occorre rilevare un profilo interessante riguardo al regime transitorio dell'art. 216, comma 14, del codice, il quale dispone che *“fino all'adozione delle linee guida indicate (rectius: del decreto ministeriale) all'articolo 83, comma 2, continuano ad applicarsi, in quanto compatibili, le disposizioni di cui alla Parte II, Titolo III, nonché gli allegati e le parti di allegati ivi richiamate, del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207”*. In particolare, in assenza di emanazione di suddetto decreto ministeriale, l'attualmente vigente art. 94, comma 1, del D.P.R. n. 207 del 2010, lascia ai consorzi stabili la facoltà di eseguire i lavori oggetto di appalto *“o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara”*. Tale facoltà alternativa viene riservata esclusivamente a specifiche tipologie di consorzi [di cui all'articolo 45, comma 2, lettere *b*) e *c*) del codice], proprio al fine di differenziarne la natura operativa e strutturale rispetto ai raggruppamenti di concorrenti (Ati) ovvero ai consorzi ordinari. Il problema che potrebbe sopraggiungere al momento dell'abrogazione delle disposizioni di cui alla Parte II, Titolo III (articoli da 60 a 96 - sistema di qualificazione delle imprese), del decreto del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 è che la predetta facoltà non è stata ad oggi riprodotta all'interno della *“Proposta (dell'ANAC) al Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti finalizzata all'adozione del decreto di cui all'art. 83, comma 2, del d.lgs. 50/2016”*, ossia il documento che, recepito all'interno del decreto ministeriale, dovrebbe regola-

³ Parere sulla normativa ANAC 7-3-2013, n. 7, nonché Delibera ANAC 13-7-2016 n. 764.

mentare ciò che ad oggi, per disciplina transitoria, viene disciplinato dai suddetti artt. da 60 a 96 del Regolamento. Se ciò dovesse accadere non si avrebbe solamente una carenza normativa in merito alle modalità di partecipazione alle gare dei predetti consorzi, quanto piuttosto, per quanto di stretto interesse, una evidente difficoltà di qualificazione ermeneutica e inquadramento sistematico del comma 7-*bis*. Difatti, se prima non vengono definiti il ruolo della designata esecutrice nell'ambito dei consorzi stabili, in particolare in termini di necessità ovvero di facoltà di designazione ai fini della partecipazione alle procedure competitive, si rischierebbe di lasciare spazi interpretativi eccessivi agli operatori del settore, con la conseguenza di modulare il contenuto della fattispecie in esame sulla scorta delle contingenze e delle opportunità. Risulterebbe d'altronde incomprensibile l'inserimento del divieto recato nel comma 7-*bis* in assenza di una disciplina preordinata che identifichi il ruolo (a monte) della designata per l'esecuzione nel caso di consorzio stabile.

2. – Un primario aspetto interpretativo che necessita chiarimenti è certamente la definizione della portata del comma in oggetto rispetto alle fase in cui lo stesso può o deve operare. In particolare occorre dirimere l'incomprensione sistematica interna all'art. 48 del codice, derivante dalla convivenza del comma 7-*bis* con il comma 19-*ter*, così da stabilire se la modifica della consorziata designata per l'esecuzione, secondo i limiti riportati all'interno dello stesso comma 7-*bis*, possa operare esclusivamente nell'ambito della fase esecutiva ovvero anche rispetto alla procedura di gara. Il dibattito prende le mosse dalla lettura dell'art. 19-*ter*, il quale dispone che *“le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 (in tema di Ati) trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verificano in fase di gara”*, senza richiamare espressamente il comma 7-*bis* (in tema di consorzi stabili) e, pertanto, indirettamente escludendo l'applicabilità estensiva di quest'ultimo comma anche alla fase di gara. Inoltre, a sostegno di tale visione, lo stesso comma 7-*bis* permette, in ambito di consorzi stabili, di *“designare ai fini dell'esecuzione dei lavori o dei servizi, un'impresa consorziata diversa da quella indicata in sede di gara”*, prevedendo che la facoltà di sostituzione possa avvenire in fase esecutiva senza esprimersi rispetto alla procedura di gara. Se tale interpretazione ha l'indiscusso pregio di semplificare i connotati applicativi della disposizione in argomento, risulta del tutto evidente che abbia il difetto di scontrarsi

con argomentazioni antitetiche sia sotto il profilo sistematico, sia avuto riguardo al dato letterale. Partendo da quest'ultimo aspetto, si prenda in considerazione il richiamo effettuato nel co. 7-*bis* alle previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19, letto in combinato con il comma 19-*ter*, il quale, si è detto, estende la portata applicativa dei predetti commi anche alla fase di gara: la lettura unitaria delle previsioni sembrerebbe far propendere per una funzione estensiva del richiamo effettuato dal comma 7-*bis* alla interezza della regolamentazione recata nelle previsioni dei commi 17, 18 e 19, prospettando implicitamente anche ai consorzi stabili e a quelli di cooperative di produzione e lavoro l'estensione operata dal comma 19-*ter*. In sostanza, la fattispecie si dovrebbe interpretare alla stregua di un'applicazione *de relato* del comma 19-*ter* anche al comma 7-*bis* e, quindi, dell'applicazione della disciplina recata all'interno di tale ultima fattispecie normativa anche alla fase di gara: ciò avverrebbe non attraverso un richiamo diretto, bensì per il tramite indiretto delle richiamate previsioni dei commi 17, 18 e 19, come estesi dal comma 19-*ter*. Diversamente argomentando si dovrebbe sostenere l'ardita costruzione ermeneutica secondo cui le previsioni dei commi 17, 18 e 19 sono parzialmente applicabili ai consorzi stabili solamente nella parte che compete alla fase esecutiva, ponendo l'attenzione esclusivamente sulla singola fattispecie (co. 17, 18 e 19) e non anche al complesso funzionale dell'art. 48 del codice, come integrato al co. 19-*ter*. Ciò non bastasse, anche sotto il profilo sistematico si arriverebbe all'assurda incongruenza di consentire la modifica in sede di gara della conformazione dei raggruppamenti temporanei di cui all'articolo 45, comma 2, lett. *d*) e non anche la modifica della consorziate designata ai consorzi di cui alle lettere *b*) e *c*). Tale possibilità si rivelerebbe del tutto contraria ai principi codicistici in tema di consorziate designate in ambito dei consorzi stabili, stante il favore che il complesso normativo riconosce alle variazioni di tali tipologie di consorzi sulla scorta della rilevanza autonoma degli stessi rispetto alle consorziate esecutrici e della mera accessorialità di quest'ultime rispetto al consorzio stabile nella fase di gara.

In parziale prosecuzione con le considerazioni espresse, si innesta d'altronde anche il comma 19-*bis* del codice, il quale ribadisce che "*le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche con riferimento ai soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b), c) ed e)*". Seppure la finalità della previsione si sostanzia in una comprensibile necessità di estensione del-

la disciplina recata ai commi 17, 18 e 19 anche ai consorzi stabili e a quelli ordinari, nonché riguardo ai consorzi di cooperative di produzione e lavoro e imprese artigiane, rimangono parecchie lacune e incomprensioni sotto il profilo applicativo. Innanzitutto si coglie un evidente doppio richiamo dei predetti commi sia da parte dello stesso co. 19-*bis*, sia avuto riguardo al precedente co. 7-*bis*: difatti l'estensione delle discipline recate ai commi 17, 18 e 19 nei confronti dei consorzi di cui all'art. 45, co. 2, lettere *b*) e *c*) è già stato operato nell'inciso del co. 7-*bis* "per le ragioni indicate ai successivi commi 17, 18 e 19 o per fatti o atti sopravvenuti", di talché non si coglie cosa esattamente possa aggiungere tale previsione (co. 19-*bis*) rispetto a quanto non sia già stato espresso al co. 7-*bis*. Ciononostante, anche volendo superare la ridondanza sistematica della previsione in oggetto, ci si scontra con un palese difetto di applicabilità funzionale. In particolare risulta complesso cogliere nella prassi come si possa estendere l'applicazione dei co. 17 e 18, e dei loro espliciti richiami rispetto alle figure della mandante e della mandataria, a delle strutture societarie come i consorzi. Difatti, le modifiche previste sembrano direttamente compatibili esclusivamente con riferimento ai raggruppamenti temporanei, in quanto denotati dalla presenza di tali figure, lasciando in un alveo di eccessiva indeterminatezza le modalità applicative in caso di consorzi. D'altronde si sarebbe potuto circostanziare l'operatività della norma recata al comma 19-*bis* solamente ove si fosse esplicitato che al posto di mandanti e mandataria ci si riferisse alla consorziata designata per l'esecuzione, ma operare tale interpretazione in assenza di chiare disposizioni normative sul punto risulta quantomeno rischioso, se non addirittura contrario al principio di stretta tipicità della normativa di settore. In tale ambito si potrebbe al più giustificare il richiamo estensivo del comma 19-*bis* ai consorzi ordinari, di cui alla lett. *e*), ma non anche quello riferito ai consorzi *ex* lett. *c*) e *d*), in quanto già esaustivamente coperti dal comma 7-*bis*. In conclusione, tale comma risulta incompleto sul piano letterale (con riguardo ai consorzi ordinari) e sistematicamente sovrapponibile alla disciplina del comma 7-*bis* (in riferimento ai consorzi stabili e a quelli di cooperative di produzione e lavoro e imprese artigiane), nonché, in parte, carente di integrazione con la normativa antimafia, preso atto dei limiti entro i quali possono operare i commi 17 e 18 dell'art. 48 nell'ambito della normativa antimafia di cui al d.lgs. n. 159 del 2011. Senza entrare nelle maglie del coordinamento sistema-

tico tra codice degli appalti e codice antimafia, si deve evidenziare, per quanto di specifico interesse, che l'art. 95, comma 1, del codice antimafia ⁴ contempla quale unica ipotesi in cui è possibile sostituire un soggetto facente parte di un'Ati, con altro operatore economico a essa estraneo (in deroga al principio dell'immodificabilità soggettiva), l'ipotesi in cui si proceda alla sostituzione di una mandante. Non è previsto, di contro, l'ipotesi di sostituzione della mandataria, in parziale distonia con il comma 17 dell'art. 48 del vigente codice degli appalti e, quindi, del comma 19-*bis* in oggetto. Tale mancato richiamo della mandataria all'interno del codice antimafia non può di certo essere de-rubricata a mera dimenticanza, dovendosi al contrario ritenere che una sua eventuale previsione avrebbe comportato una forzatura inaccettabile al principio di immodificabilità soggettiva delle Ati, tenuto conto della rigida articolazione del codice antimafia rispetto alla fluidità sistematica, in alcuni passaggi un po' grossolana, che il decreto "correttivo" ha inteso conferire al d.lgs. 50 del 2016 in tema di modificabilità soggettiva dei concorrenti ⁵.

⁴ L'art. 48 d.lgs. 50 del 2016 d.lgs. 159/2011 recita "se taluna delle situazioni da cui emerge un tentativo di infiltrazione mafiosa, di cui all'articolo 84, comma 4, ed all'articolo 91, comma 6, interessa un'impresa diversa da quella mandataria che partecipa ad un'associazione o raggruppamento temporaneo di imprese, le cause di divieto o di sospensione di cui all'articolo 67 non operano nei confronti delle altre imprese partecipanti quando la predetta impresa sia estromessa o sostituita anteriormente alla stipulazione del contratto. La sostituzione può essere effettuata entro trenta giorni dalla comunicazione delle informazioni del prefetto qualora esse pervengano successivamente alla stipulazione del contratto".

⁵ Per una disamina completa dell'argomento v. la sentenza del Tar Sicilia - Palermo, 6-4-2018, 2018 n. 799, la quale ha tenuto a precisare che "[...] ritiene il collegio che si ricavi un diverso regime applicabile all'ipotesi in cui l'evento interdittivo colpisca una mandante di un'A.T.I. impegnata in un appalto (esecuzione o fase di gara che sia, in conseguenza dell'estensione operata dal comma 19 *ter*), ovvero una mandataria, in quanto anche in quest'ultimo caso la normativa consente la sua sostituzione, ma soltanto con un operatore che fa già parte dell'A.T.I., purché sia disponibile e ne sussistano le condizioni, e cioè abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori, servizi o fornitura da eseguire; condizioni quindi che la stazione appaltante può valutare in astratto, e a monte di qualsiasi interlocuzione con l'A.T.I. interessata. Appare opportuno evidenziare che già da tempo la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha messo in evidenza il differente impatto - con riferimento al principio del divieto di modificazione soggettiva - dell'ipotesi in cui un nuovo operatore economico venga a fare parte di un'A.T.I., rispetto a quella in cui un operatore economico, che ne faceva parte, ne receda; in particolare l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 8 del 4 maggio 2012 precisa che: "Tale essendo, dunque, la funzione di detta disposizione è evidente come le uniche modifiche soggettive elusive del dettato legislativo siano quelle che portano all'aggiunta o alla sostituzione delle imprese partecipanti e non anche quelle che conducono al recesso di una delle imprese del raggruppamento, in tal caso, infatti, le esigenze succitate non risultano affatto frustrate poiché l'amministrazione, al momento del mutamento soggettivo, ha già provveduto a verificare i requisiti di

3. – Problemi di correlazione sussistono anche in riferimento all'evidente difetto di coordinamento che il decreto correttivo n. 56 del 2017 ha prodotto attraverso l'introduzione, in tema di consorzi stabili, dell'inciso recato al comma 7-bis "a condizione che la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere in tale sede la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata" rispetto alla (nuova) previsione riportata ai commi 17 e 18 con la quale si è voluto estendere le facoltà di modifica delle Ati anche "in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80". È evidente come la contemporanea convivenza dei co. 17 e 18, come da ultimo emendati, con la chiusura del co. 7-bis rechi parecchie difficoltà in capo agli operatori del settore nell'applicazione della citata fattispecie normativa. In tema di consorzi stabili, i requisiti di partecipazione di cui tratta il comma 7-bis, quali elementi ostativi - in caso di mancanza - rispetto alla modificabilità della consorziata esecutrice, sembrerebbero riferirsi anche ai requisiti morali ex art. 80 del codice. Ciò in palese contraddizione rispetto ai co. 17 e 18, i quali permettono la modificabilità della mandataria e della mandante anche in caso di perdita dei requisiti ex art. 80. Tale rappresentazione normativa spinge inevitabilmente l'operatore in un vicolo cieco ove gli si presenti l'occasione di valutare l'eventuale modificabilità, nell'ambito di un consorzio stabile, di una consorziata designata in caso di perdita di un requisito morale ai sensi dell'art. 80. Se da una parte il co. 7-bis, richiamando la disciplina dei co. 17 e 18, parrebbe permetterne la sostituibilità, dall'altra parte la chiusura del comma in argomento parrebbe osteggiarne qualsivoglia possibilità, do-

capacità e di moralità dell'impresa o delle imprese che restano, sicché i rischi che il divieto mira ad impedire non possono verificarsi". [...] *La possibilità invece, prevista dalla normativa sugli appalti, che, nei casi in esame, un mandante, già facente parte dell'A.T.I., avendone i presupposti, possa diventare mandatarario, determina conseguenze ben più ridotte rispetto al principio di immodificabilità dell'A.T.I., anche alla luce della già citata giurisprudenza del Consiglio di Stato. L'interpretazione letterale della norma che viene in rilievo, nel senso propugnato, risulta anche la più ragionevole, da un punto di vista logico. Il mandatarario di un'A.T.I. costituisce il soggetto principale di un raggruppamento, talvolta assolutamente preponderante rispetto agli altri partecipanti, e quindi il sostanziale interlocutore dell'amministrazione; mentre i mandanti, in alcuni casi, rivestono un ruolo puramente marginale, rispetto all'esecuzione dell'appalto che viene in rilievo. Appare quindi ragionevole che le due posizioni vengano trattate in modo differente, in quanto la generalizzata possibilità di sostituire il mandatarario consentirebbe il cambiamento in corsa del protagonista principale del soggetto che partecipa alla gara - ovvero che svolge l'appalto - con l'assoluto svuotamento del principio di immodificabilità soggettiva, e con esiti persino paradossali, ove l'imprenditore subentrante sia un operatore economico che ha partecipato alla stessa gara, senza averne ottenuto l'aggiudicazione".*

vendosi indiscutibilmente qualificare i requisiti morali *ex art. 80* alla stregua di requisiti di partecipazione. La gravità di tale ricostruzione assume un rilievo ancora più marcato se solo si pensa che entrambe le disposizioni in argomento sono state introdotte dal d.lgs. n. 56 del 2017 a scopo “correttivo”, senza la possibilità di addurre scusanti dettate da incongruenze sistematiche tipiche di una legiferazione stratificata in tempi differenti. L'unica interpretazione possibile sembrerebbe quella di limitare la facoltà di modifica “*in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80*”, riportata ai co. 17 e 18, esclusivamente alla fase esecutiva dell'appalto, nonostante il richiamo estensivo operato dal co. 19-*ter* riguardo alla possibilità di estendere la disciplina di predetti commi anche alla fase esecutiva. Si tratterebbe, dunque, di una limitazione isolata e operante esclusivamente per i requisiti morali *ex art. 80*, la cui perdita permetterebbe la sostituzione degli operatori economici esclusivamente ove avvenga in fase esecutiva. Contrariamente si avrebbero due strade interpretative opposte: in una ipotesi verrebbero del tutto vanificate le limitazioni richiamate al co. 7-*bis* e al co. 19 in tema di elusione dei requisiti di partecipazione in capo all'impresa consorziata, permettendo sempre la sostituzione anche in caso di elusione dei requisiti di partecipazione; in una seconda ipotesi si avrebbe l'assurdo sistematico, in caso di perdita di un requisito *ex art. 80* in sede di gara, di permettere la sostituzione con altro operatore ai sensi dei co. 17 e 18 e di negare la possibilità di recesso di un componente del raggruppamento nell'ipotesi del co. 19.

4. – Al fine di ipotizzare la definizione di un quadro interpretativo stabile è opportuno esaminare, da ultimo, il passaggio del co. 7-*bis* dell'art. 48 del codice secondo cui la modifica della consorziata designata, nell'ambito dei consorzi stabili, sarebbe possibile non solo nei casi di cui ai co. 17 e 18 del medesimo articolo, bensì anche “*per fatti o atti sopravvenuti*”, quale clausola di chiusura testimoniante l'atipicità della fattispecie di modifica ipotizzata in tale comma, rispetto alla stretta tipicità recata ai suddetti co. 17 e 18 in tema di raggruppamenti. Da una prima lettura di tale passaggio sembrerebbe che l'intento del legislatore sia quello di ampliare l'ambito di modificabilità delle consorziate designate in materia di consorzi *sub lett. b) e c)* dell'art. 45 del codice rispetto alle ipotesi spettanti nel caso di raggruppamenti *ex lett. d) ed e)* dello stesso articolo 45. Riguardo al profilo letterale, nonostante sembri

chiara tale intenzione, rimane però l'incongruente restrizione recata al medesimo co. 7-*bis* rispetto alla non modificabilità del consorzio in caso di "mancanza di un requisito di partecipazione", come ampiamente trattato prima: delle due l'una, o si permette la sostituzione anche per fatti o atti ulteriori rispetto ai co. 17 e 18 oppure se ne prevede la possibilità in un numero inferiore di fattispecie, quindi con l'esclusione dei casi di perdita dei requisiti di partecipazione in capo alla consorziata. Prescindendo dalle considerazioni svolte nel precedente capoverso in tema di contrasto interno della norma, al fine di inquadrare il reale significato dell'estensione atipizzante della locuzione "per fatti o atti sopravvenuti", si potrebbero prendere in considerazione le analisi preliminari effettuate in tema di consorzi stabili: nello specifico l'autonoma soggettività del consorzio stabile e la consequenziale rilevanza meramente interna al medesimo della designazione della consorziata esecutrice, quale atto rilevante solo nei rapporti interorganici tra il consorzio e le sue consorziate, dovrebbe comportare un allargamento delle maglie applicative circa la facoltà di modifica del concorrente-consorzio stabile in alcune delle sue componenti rispetto alle ipotesi di raggruppamento. In tale ambito si potrebbe al limite anche conferire un ruolo sostanziale al successivo limite di mantenimento dei requisiti di partecipazione, qualificando quest'ultima previsione quale clausola tipizzata di salvaguardia rispetto alla atipicità e generalità della previsione "ovvero per fatti o atti sopravvenuti". In questo senso, nonostante permangano i dubbi di difformità rispetto al trattamento recato ai co. 17 e 18 in caso di perdita dei requisiti *ex* art. 80 del codice, il comma 7-*bis* lascerebbe ampia facoltà discrezionale di modifica con il limite estremo di cui sopra. A dire il vero anche tale lettura sconta una certa irrazionalità se si pensa che, a questo punto, sarebbe bastato liberalizzare la facoltà di sostituzione senza effettuare il richiamo ai co. 17 e 18, invece di richiamare la tipizzazione delle casistiche riportate in detti commi per poi deregolamentare la facoltà di sostituzione anche per ulteriori fatti o atti.

5. – Alla luce delle considerazioni esposte, preso atto delle modifiche apportate all'articolo in commento dal d.lgs. n. 56 del 2017, nonché delle piccole incongruenze sistematiche sopravvenute, si può affermare che l'intervento correttivo abbia una duplice anima. Nonostante abbia inteso volgere lo sguardo in una direzione estensiva circa l'apparato modificativo delle con-

sorziate designate per l'esecuzione, il reale effetto del nuovo dato normativo sconta una tipizzazione che, al contrario, sembrerebbe limitare ad un numero chiuso le ipotesi di modificabilità. D'altronde un intervento improntato sulla specificazione normativa porta inevitabilmente ad un restringimento degli spazi interpretativi degli operatori del settore in materia: tale metodo di produzione normativa risulterebbe idoneo per tali finalità solamente ove fosse regolato nella perfezione sistematica dell'intervento, il che sarebbe stato possibile solamente attraverso un'opera di ristrutturazione complessiva del corpo normativo e non certo mediante un intervento modificativo parziale. L'esattezza della produzione normativa, difatti, non può estraniarsi dal contesto sistematico, come invece si è rischiato nel caso di specie. Lo stesso concetto di *Esattezza*⁶ richiede che la parola colleghi la traccia visibile (la lettera della norma) alla cosa invisibile (sistema normativo), *“come un fragile ponte di fortuna gettato sul vuoto”*: il problema, in questa normazione stratificata, è che il ponte viene eretto su argini eterogenei, in quanto figli di momenti e dinamiche successive. Sul tema di modificabilità delle consorziate esecutrici, nell'ambito del correttivo in oggetto, si sarebbe auspicata una precisazione da parte del Consiglio di Stato all'interno del parere emesso nel marzo 2017, invece di limitarsi ad una mera annotazione in riferimento al comma 17⁷ che non ha prodotto alcun chiarimento sul tema. Preso atto di ciò, si auspica che una razionalizzazione del sistema dei consorzi stabili avvenga, in ultima istanza, attraverso la recente consultazione pubblica sul Codice dei contratti da ultimo (nuovamente) promossa dal Ministero delle infrastrutture anche se, come anticipato nelle precedenti pagine, utilizzare uno strumento di piccola ortopedia normativa potrebbe non dirimere le problematiche radicate sul punto, rischiando, di contro, di ampliare le criticità sistematiche.

⁶ I. Calvino, *Lezioni Americane*, Milano, 1988.

⁷ Parere Cons. Stato, 30-3-2017, n. 00782, 31: *“Si segnala la necessità per ragioni di chiarezza di modificare il comma 17, ultimo periodo, nel senso che in assenza delle condizioni sopra elencate l'amministrazione deve, e non può, recedere dal contratto, qualora l'impresa facente parte del raggruppamento o del consorzio che abbia subito l'evento patologico previsto dalle citate disposizioni non abbia ancora eseguito la prestazione alla stessa imputata”*.

Abstract

The Author focuses on the introduction of the art. 48, paragraph 7-bis, of Legislative Decree n. 50/2016 and its framework regarding the amendment of performed members in stable consortia. With a overall reading of the regulatory, the Author argues about problems of systematic interpretation of the new paragraph.