

**Nuovo Codice dei contratti pubblici: la responsabilità
solidale della mandante in un RTI verticale rischia di
provocare l'estromissione delle PMI dalle gare**

di Arrigo Varlaro Sinisi¹

La bozza di Codice varata dal Ministero ed attualmente al vaglio delle Commissioni parlamentari presenta, tra le altre, una novità di assoluto rilievo in tema di raggruppamento temporaneo tra imprese che, ove confermata, rischia di avere **effetti devastanti** per le piccole e medie imprese.

L'art. 68, infatti, nel disciplinare l'istituto del raggruppamento temporaneo tra imprese, ha soppresso la distinzione tra raggruppamento orizzontale e quello verticale, contenuto nell'art. 48 del Codice del 2016.

Nella "nuova" disciplina l'RTI rileva solo ai fini della presentazione di un'offerta tra più imprese, possibile attraverso il conferimento di un mandato collettivo ad una di esse, senza richiedere ulteriori requisiti, e **prevedendo la responsabilità solidale per tutto l'appalto**, in modo indistinto tra i singoli partecipanti all'RTI.

Al contrario, l'attuale Codice dei contratti pubblici (commi 1 e 2 dell'art. 48 del D. Lgs n. 50/2016) distingue tra RTI di tipo "verticale", in cui un operatore economico esegue la categoria prevalente ("lavori") o principale ("servizi"), mentre gli altri eseguono le categorie scorporabili ("lavori") o secondarie ("servizi"), e RTI orizzontale in cui le categorie/prestazioni sono eseguite indistintamente dai componenti l'RTI.

¹ Pubblicata in www.Appalti&Contratti.it, 27 gennaio 2023, Maggioli ed..

La soppressione dell'istituto dell'RTI "verticale" ha comportato il venimento della previsione dell'attuale Codice dei contratti pubblici, secondo la quale l'assuntore di lavori scorporabili risponde solo per la corretta esecuzione dei lavori da esso realizzati, ma non anche per quelli eseguiti dagli altri componenti l'RTI.

Più in particolare, il comma 5 secondo periodo dell'art. 48 del D. Lgs n. 50/2016, in tema di "responsabilità solidale" tra i componenti l'RTI, stabilisce che "OMISSIS . 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".

In altre parole, conseguenza diretta della soppressione dell'RTI di tipo "verticale" e dei limiti alla responsabilità solidale tra i componenti lo stesso RTI, è che ciascun operatore economico costituente l'RTI risponde in solido per tutti i lavori/prestazioni oggetto dell'appalto.

È ragionevole immaginare che tale previsione, se sarà confermata, porterà all'estromissione di fatto delle PMI dal mondo degli appalti di pubblici. Infatti, un'impresa che sia chiamata ad eseguire una lavorazione/prestazione ("scorporabile) di valore assai esiguo rispetto a quella del contratto (in ipotesi, 250.000 euro in un contratto del valore di 50milioni di euro), difficilmente sarà disponibile ad assumere, in solido con gli altri componenti l'RTI, la responsabilità della corretta esecuzione di tutto il valore dell'appalto.

Nella Relazione di accompagnamento allo schema di Codice si legge (pagg. 103 e 107) che la soppressione degli istituti dei raggruppamenti verticali e orizzontali si è resa necessaria in ragione di quanto stabilito dalla sentenza della Corte di Giustizia, sez. IV, 28 aprile 2022, in causa C-

642/20, secondo la quale non è ammissibile che uno Stato membro predetermini le modalità esecutive all'interno del raggruppamento.

A ben vedere, quanto stabilito nella summenzionata sentenza della Corte di Giustizia nulla ha a che vedere con la "responsabilità" solidale dei componenti l'RTI, in **fase di esecuzione dell'appalto**.

La richiamata sentenza della Corte di Giustizia, infatti, **in tema di requisiti occorrenti ai fini della partecipazione alle gare**, ha ritenuto inammissibile che una norma nazionale possa imporre agli operatori economici riuniti in RTI chi tra di essi debba eseguire i lavori/prestazioni in misura maggioritaria. Si legge infatti nella sentenza: *"L'articolo 63 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale secondo la quale l'impresa mandataria di un raggruppamento di operatori economici partecipante a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico deve possedere i requisiti previsti nel bando di gara ed eseguire le prestazioni di tale appalto in misura maggioritaria"*.

La questione esaminata dalla Corte di Giustizia, dunque, non riguarda il limite alla responsabilità solidale delle mandanti di un raggruppamento di tipo verticale, che peraltro a ben vedere rileva solo nella **fase di esecuzione dell'appalto**.

D'altra parte, una eventuale previsione del Codice che sancisse che la mandante di un RTI di tipo verticale, in fase di esecuzione dei lavori, risponda in solido con gli "tutti" gli altri partecipanti al RTI per l'intero valore dell'appalto, si porrebbe in palese contrasto con il principio della "proporzionalità", secondo il quale il contenuto delle norme deve sempre essere "proporzionato" a quanto è necessario per il conseguimento degli

obiettivi che la singola norma si prefigura di raggiungere. Principio che trova il suo fondamento nell'art. 5 del Trattato dell'Unione Europea, cui devono conformarsi anche le norme nazionali dei paesi aderenti all'U.E., come più volte ribadito dalla Corte di Giustizia europea.

Peraltro, la stessa direttiva europea 2014/24 sugli appalti, al primo *considerando* afferma che l'aggiudicazione degli appalti pubblici da e per conto di autorità degli Stati membri deve rispettare i principi del Trattato sul funzionamento dell'U.E., tra i quali, per l'appunto, quello della proporzionalità. Il secondo *considerando* della medesima direttiva sottolinea invece come la normativa debba sempre facilitare la partecipazione delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici.

Appare quindi di tutta evidenza che una norma che imponga ad un operatore economico che esegue una percentuale assai esigua dell'appalto (nell'esempio fatto, lo 0,05% del valore complessivo dell'appalto), la responsabilità in solido con gli altri componenti l'RTI e per tutto il valore dell'appalto - oltre ad essere assai discutibile sotto i profili della logicità e ragionevolezza - certamente appare sproporzionata, giacché carica la PMI dell'onere di un rischio assolutamente smisurato rispetto alla prestazione che la stessa è chiamata ad eseguire.

In considerazione di quanto sopra evidenziato, è auspicabile una riflessione da parte del Legislatore, guidata *in primis* dall'esigenza di facilitare la partecipazione delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, e non già il contrario. Il tutto in linea con le direttive europee.