

In tema di (im)modificabilità soggettiva dei raggruppamenti temporanei a cavallo tra ‘vecchia’ e ‘nuova’ disciplina: avvicendamenti normativi e soluzioni giurisprudenziali

di Antonio Ragazzo

Data di pubblicazione: 3-4-2025

Abstract. Il lavoro propone una lettura ragionata delle ‘vicissitudini’ che hanno accompagnato il c.d. principio di immodificabilità, avuto riguardo principalmente ai raggruppamenti temporanei d’impresa – cui è dedicato uno spazio introduttivo - nella sistematica delle pubbliche commesse. L’analisi (diacronica) a cavallo tra la ‘vecchia’ e la ‘nuova’ disciplina mira a mettere in evidenza le diverse soluzioni interpretative e normative che si sono proposte circa la sua operatività, lasciando spazio a brevi considerazioni critiche di sistema.

Sommario. Introduzione. - 1. I raggruppamenti temporanei d’impresa. - 1.1. La disciplina (in pillole) dei raggruppamenti temporanei d’impresa nel d.lgs. 50/2016. - 1.2. ...e le novità più significative contenute nel nuovo d.lgs. 36/2023. - 1.3. La qualificazione dei R.T.I. nei lavori e nei servizi (e forniture) nel formante giurisprudenziale e normativo a partire dal d.lgs. 163/2006. - 2. Il principio di immodificabilità nei R.T.I. a cavallo tra il d.lgs. 50/2016 e il d.lgs. 36/2023. - 2.1. L’art. 48, cc. 17-19 *ter* del d.lgs. 50/2016. - 2.2. Gli arresti dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato più significativi degli ultimi anni. - 2.2.1. Cons. St., Ad. Plen., 27 maggio 2021, n. 9 e Cons. St., Ad. Plen., 27 maggio 2021, n. 10. - 2.3. I nuovi artt. 68, cc. 15-17 e 97 del d.lgs. 36/2023. - 2.4. L’operatività del meccanismo *ex art.* 97 d.lgs. 36/2023 esteso, tra gli altri, anche ai consorzi stabili. - Conclusioni. - Bibliografia. - Giurisprudenza.

Introduzione

Nella dinamica contrattuale ‘comune’, e in particolar modo per quei **contratti** contraddistinti dal **c.d. *intuitu personae***, emerge con evidenza la necessità, di ciascuna parte, di **confidare con sufficiente grado di certezza sulla esatta identità e sulle caratteristiche proprie dell’altro contraente**.

Tale esigenza è maggiormente avvertita nella materia della contrattualistica pubblica.

Il fatto stesso che l’Amministrazione assuma il ruolo di parte, infatti, implica che l’interesse ad

aggiudicare le commesse al miglior offerente venga bilanciato, nell'ottica del pubblico interesse, dalla esigenza di selezionare sul mercato operatori, oltre che qualificati, anche affidabili e 'moralmente' ineccepibili.

In quest'ottica, l'ordinamento nazionale, nelle sue prime applicazioni, ha guardato con particolare favore all'introduzione nel sistema del c.d. '**principio di immodificabilità soggettiva**'; almeno, si intende, con riferimento a quei soggetti – tra cui si annoverano sicuramente i raggruppamenti temporanei su cui si soffermerà la presente analisi – che decidono di prender parte alle procedure di gara in forma 'pluristrutturata', onde evitare distorsioni e facili elusioni della normativa.

Il presente lavoro, entro queste coordinate, si prefigge l'obiettivo, dunque, di indagare le caratteristiche del principio appena richiamato e, soprattutto, in una prospettiva diacronica che tenga conto delle novità normative oltre che delle importanti decisioni giurisprudenziali registratesi sul punto, approfondirne l'evoluzione.

Così, in una prima parte sarà lasciato spazio ad una descrizione preliminare dei raggruppamenti e alla disciplina che li caratterizza nei suoi tratti essenziali; nella seconda, invece, l'attenzione si concentrerà sull'approfondimento dei più importanti cambiamenti – giurisprudenziali e normativi – che hanno caratterizzato il principio in argomento, con l'obiettivo di comprendere se, ed in che misura, tali novità abbiano inciso sulla regolamentazione recepita da ultimo nel complesso del d. gs. 36/2023.

1. I raggruppamenti temporanei d'impresa

1. 1. *La disciplina (in pillole) dei raggruppamenti temporanei d'impresa nel d.lgs. 50/2016 ...*

Nella sistematica del **d.lgs. 50/2016**, tra gli operatori economici descritti all'**art. 45** rientrano – al **comma 2, lett. d)** – anche «*i raggruppamenti temporanei di concorrenti*».

L'**art. 3** del medesimo reticolato normativo al **comma 1, lett. u)** si premura di fornirne la **definizione**: il raggruppamento temporaneo, a mente di tale articolo, si descrive infatti come l'«*insieme di imprenditori, o fornitori, o prestatori di servizi [che] costituito anche mediante scrittura privata, [è funzionale] allo scopo di partecipare alla procedura di affidamento di uno specifico contratto pubblico, mediante presentazione di una unica offerta*».

Il raggruppamento, in quest'ottica, costituisce un valido strumento messo a disposizione del mercato, latamente inteso, per consentire la partecipazione alle procedure di gara anche di quei soggetti che, invece, se singolarmente considerati non vi avrebbero potuto prendere parte, per insufficienza di requisiti e condizioni.

Come è stato correttamente rilevato in dottrina, il «*raggruppamento [...] sopperisce alla possibile mancanza dei requisiti tecnici o finanziari di imprese troppo piccole, accrescendo i livelli di redditività dei partecipanti, incrementandone l'efficienza produttiva e limitandone e ripartendone i rischi*»^[2].

Allo stesso tempo, l'idea di ammettere nel sistema degli appalti pubblici un tipo di operatore di tal fatta, ben si concilia con lo spiccato interesse - che di questo sistema rappresenta un elemento caratterizzante - di garantire un maggiore grado di concorrenzialità. Si è parlato in giurisprudenza, ormai da tempo, di una vera e propria «*funzione pro concorrenziale*» dell'istituto, riconoscendo a tali aggregazioni l'importante ruolo di «*svolg[ere], sul piano economico, una obiettiva funzione antimonopolistica, consentendo un ampliamento della dinamica concorrenziale*»^[3].

Il soggetto 'raggruppato' ai fini della partecipazione alla gara è costituito, come accennato, mediante il conferimento di ciascun operatore che ne prende parte, di un **mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno solo di essi**.

L'atto è unico e, in considerazione di quanto detto, distingue precipuamente il soggetto destinatario del conferimento – usualmente qualificato come mandatario o, talvolta, come capogruppo – dagli altri partecipanti al raggruppamento – c.d. mandanti^[4].

Solo al primo spetta la rappresentanza esclusiva, anche processuale, dei mandanti nei confronti della Stazione Appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto fino alla estinzione di ogni rapporto^[5]; e, ancora, solo al legale rappresentante del primo è conferita la relativa procura ad agire nell'interesse del soggetto aggregato^[6].

Il **mandato**, che deve risultare da scrittura privata autenticata^[7], è **gratuito ed irrevocabile** e la sua revoca per giusta causa non ha effetto nei confronti della Stazione Appaltante^[8].

Il **d.lgs. 50/2016**, pur riconoscendo nella figura del mandato il tipo legale di riferimento regolante i rapporti tra i vari membri del raggruppamento, **vieta – a differenza di quanto previsto con la disciplina di cui al d.lgs. 36/2023 – «ai concorrenti [...] di partecipare alla gara anche in forma individuale qualora abbia partecipato alla gara medesima in raggruppamento»**^[9].

In tal senso, nonostante il rapporto tra i partecipi del raggruppamento non consenta, giacché regolato dalla disciplina del mandato, di attribuire autonoma personalità giuridica al raggruppamento stesso^[10], il Legislatore del d.lgs. 50/2016 ha ritenuto inopportuno - **per ragioni cautelative** - consentire la partecipazione anche in forma individuale di un medesimo soggetto che, nella stessa gara, prenda pure parte al raggruppamento.

Si è ritenuto, in altri termini, di risolvere a monte - mediante l'apposizione del divieto - i probabili (ancorché non certi) profili di inquinamento del regolare meccanismo di gara, resi plausibili alla luce della contemporanea partecipazione di un soggetto come singolo e, allo stesso tempo, come parte di un R.T.I.

Sul **piano** eminentemente **strutturale**, il d.lgs. 50/2016 distingue, poi, due **diversi tipi di raggruppamenti**: a quello di tipo c.d. **‘verticale’** si affianca, invero, l’altro tipo di raggruppamento c.d. **‘orizzontale’**^[11], salva, inoltre, la possibilità di dar forma a tipi di **raggruppamento c.d. ‘misto’**, capaci di coniugare aspetti propri dei primi con caratteri propri dei secondi.

A loro volta, in considerazione delle peculiarità di ciascun oggetto contrattuale, è possibile pure tracciare delle differenze tra i tipi di raggruppamento appena menzionati, a seconda che si tratti di commesse di lavori, piuttosto che di commesse relative a servizi e forniture.

Sul punto, in maniera chiara è stato affermato che: *«Il raggruppamento orizzontale si configura[...] quando per i servizi e le forniture, tutte le imprese riunite eseguono la medesima prestazione; per i lavori, [quando] le imprese riunite realizzano i lavori della stessa categoria di qualificazione»*^[12].

Di contro, *«il raggruppamento verticale si configura [...] quando per i servizi e le forniture, la mandataria esegue la prestazione principale e le mandanti eseguono le prestazioni secondarie; per i lavori, la mandataria realizza i lavori della categoria prevalente, mentre le mandanti realizzano i lavori delle categorie scorporabili»*^[13].

Il presupposto di operatività di un simile meccanismo, come intuibile e come pure è stato ribadito dalla giurisprudenza amministrativa^[14], è che la Stazione Appaltante, nella predisposizione degli atti di gara e, più in generale, nella definizione delle sue caratteristiche, abbia effettivamente **individuato chiaramente quale prestazione sia ritenuta «prevalente» e quale «scorporabile»**, in materia di lavori; **quale «principale», e quale «secondaria»**, in materia di servizi e forniture.

Come anticipato, resta salva la possibilità di prevedere anche raggruppamenti di tipo ‘misto’, tanto per i lavori^[15] che per i servizi e forniture^[16], nella peculiare ipotesi in cui l’esecuzione di una certa prestazione venga realizzata mediante il concorso – proprio del tipo di raggruppamento ‘orizzontale’ – di più soggetti che operano sullo stesso piano.

Da ultimo, si segnala pure che, alla luce delle caratteristiche appena descritte dei diversi tipi di raggruppamento, **muta anche il regime di responsabilità dello stesso rispetto agli impegni assunti in sede di offerta.**

Argomentando dal **comma 5 dell’art. 48 del d. lgs. 50/2016**^[17] si ricava, infatti, che: *«[N]el caso di **raggruppamento orizzontale** si configura[...] una **responsabilità solidale delle imprese componenti**, indipendentemente dal soggetto che esegue quella quota di prestazione. Diversamente, nel **raggruppamento verticale** si configura[...], per quanto riguarda il **soggetto che esegue la prestazione secondaria, una responsabilità limitata a quella prestazione**»*^[18].

1. 2. ... e le novità più significative contenute nel nuovo d.lgs. 36/2023

Con l'introduzione del **d.lgs. 36/2023**, la nuova disciplina in materia di raggruppamenti temporanei di impresa è stata prevista all'**art. 68**.

L'impostazione che il Legislatore delegato ha inteso seguire nella regolamentazione di tale istituto è, nei suoi tratti essenziali, non del tutto dissimile rispetto a quella prevista dalla disciplina previgente, pur riscontrandosi puntuali interventi innovativi di cruciale importanza su cui si concentrerà in questa sede la trattazione.

Tra questi, certamente assume un ruolo significativo la scelta ponderata^[19] di **non riproporre** nel d. lgs. 36/2023 la **distinzione tra raggruppamenti verticali e orizzontali**^[20].

L'opzione normativa è, per stessa ammissione dei redattori del Codice^[21], il risultato di una più ampia lettura del principio espresso dalla pronuncia europea della **Corte di giustizia, sez. IV, 28 aprile 2022 causa C-642/20**.

Come noto, infatti, in tale pronunciamento, il Giudice europeo ha tracciato esattamente il perimetro di legittimità di quelle prescrizioni – eventualmente previste dalla normativa nazionale - che richiedevano particolari modalità di esecuzione delle prestazioni, se eseguite da raggruppamenti; ed ha dovuto necessariamente farlo alla luce della direttiva di armonizzazione^[22] che a livello sovra-nazionale ne regola i requisiti minimi.

Il giudicante è stato chiamato a pronunciarsi, più in particolare, circa la rispondenza al diritto europeo dell'art. 83, c. 8 del d. lgs. 50/2016^[23] e, per quanto rileva in questa sede, sulla circostanza che detto articolo imponeva all'impresa mandataria del raggruppamento di eseguire le prestazioni previste in capitolato «*in misura maggioritaria*» rispetto a tutti gli altri membri del raggruppamento stesso: in tal modo, quindi, finendo la stessa legislazione nazionale per imporre, a livello normativo, un chiaro limite alla gestione esecutiva della commessa, e sottraendo allo stesso tempo tale campo d'azione al soggetto 'aggregato' – aspetto qui d'interesse.

Sul punto, basti qui evidenziare che la Corte ha affermato la contrarietà della disposizione al diritto unionale, in considerazione del fatto che la normativa nazionale prevedeva (in sintesi) una condizione ben più rigorosa (e pertanto non ammessa) rispetto a quella effettivamente richiesta.

Allo stesso tempo, è stato ribadito come, secondo il chiaro disposto della direttiva in parola, *i)* solo le Stazioni Appaltanti possano esigere che taluni compiti siano svolti da un partecipante al raggruppamento; *ii)* al più, agli Stati membri è riconosciuta la possibilità di prevedere clausole standard al solo fine di specificare come possano essere soddisfatte dai raggruppamenti certe condizioni economiche-finanziarie e tecniche-professionali.

Proprio in considerazione di tanto, condividendone la *ratio* e, come detto poc'anzi, considerando in una prospettiva più ampia il principio così espresso, si è ritenuto di non riproporre, tra gli altri, i commi 1 e 2 della vecchia disciplina^[24].

Venuta meno la distinzione tra raggruppamenti 'verticali' e 'orizzontali' è stato

coerentemente anche ^[25] **modificato il regime di responsabilità dei membri del raggruppamento** .

Ebbene, in ragione del cambiamento approntato col d.lgs. 36/2023, la responsabilità dei membri del raggruppamento 'diventa' oggi una **responsabilità solidale generale**, tanto nei confronti della Stazione Appaltante quanto dei subappaltatori e degli eventuali fornitori interessati, come espressamente si evince dalla lettura del **comma 9 dell'art. 68**.

Merita di essere menzionata sempre in tema di responsabilità, anche la novità introdotta nei periodi successivi al primo di cui allo stesso comma 9: nei periodi indicati, infatti, il Legislatore si premura di coordinare la regola appena analizzata della responsabilità solidale con il caso particolare – di cui alla lettera a), c. 4 – che veda imposto, per la buona esecuzione del contratto e da parte della Stazione Appaltante, l'obbligo per il raggruppamento di assumere una certa forma giuridica specifica dopo la eventuale avvenuta aggiudicazione.

Ulteriore punta di innovazione significativa introdotta dal d.lgs. 36/2023 attiene, poi, alla **totale scomparsa del divieto di contemporanea partecipazione alla gara dei concorrenti in più di un raggruppamento, ovvero della diversa ipotesi di partecipazione autonoma di un certo operatore economico che, allo stesso tempo risulti – per la stessa procedura di gara – partecipe già di un raggruppamento**.

Come detto *supra*, tale divieto era previsto nella previgente normativa al comma 7 dell'art. 48.

La formulazione dell'attuale **comma 14 dell'art. 68**, in una prospettiva che resta comune ma che segna una significativa «inversione di rotta»^[26], non comporta l'automatica esclusione in simili casi, ma prevede che la **partecipazione c.d. 'plurima'** ad una medesima gara determini **l'esclusione solo se siano integrati i presupposti di cui all'art. 95, c.1, lett. d)**, intesi come presupposti della causa di esclusione dell'*«unico centro decisionale»*^[27]; e, allo stesso tempo, solo se l'operatore economico non dimostri che la circostanza della partecipazione plurima non ha influito sulla gara, né è idonea a incidere sulla capacità di rispettare gli obblighi contrattuali.

Anche in questo caso, come per la scelta di non riproporre la distinzione tra tipi diversi di raggruppamenti, il Legislatore ha sapientemente fatto tesoro delle vicissitudini di stampo unionale che hanno interessato taluni aspetti della disciplina precedente: con la nuova regola l'ordinamento ha preso atto (e per l'effetto vi si è adeguato) della decisione adottata dalla Commissione europea nella **procedura d'infrazione avverso l'Italia n. 2018/2273** che ha ritenuto non compatibili col *«principio di proporzionalità [pure richiamato alle direttive in materia di contratti pubblici,] [quei divieti che] [...] non lasciano agli operatori economici alcuna possibilità di dimostrare che il fatto di aver partecipato alla stessa procedura di gara, o di essere collegati a partecipanti nella stessa procedura di gara, non ha influito sul loro comportamento nell'ambito di tale procedura di gara né incide sulla loro capacità di rispettare gli obblighi contrattuali»*.

1. 3. La qualificazione dei R.T.I. nei lavori e nei servizi (e forniture) nel formante giurisprudenziale e normativo a partire dal d.lgs. 163/2006

In linea generale, affinché un **raggruppamento temporaneo** possa validamente prender parte ad una procedura d'evidenza pubblica, è anzitutto necessario che ciascun membro sia in possesso dei relativi **requisiti generali**^[28], nonché, nel suo complesso, in possesso dei **prescritti requisiti c.d. speciali**^[29].

Mentre i primi consentono alla Pubblica Amministrazione di confrontarsi con soggetti **affidabili in punto di moralità**, i secondi consentono di selezionare solo **operatori capaci di soddisfare le specifiche esigenze richieste dal committente**.

In questo senso, «*i requisiti di qualificazione attengono alle caratteristiche soggettive del concorrente che aspira all'aggiudicazione del lavoro, della fornitura o del servizio in gara e riguardano un aspetto essenziale per la valutazione delle potenzialità o meglio della capacità dell'aspirante a realizzare quanto poi eventualmente aggiudicatogli*»^[30].

Tale concetto va nettamente distinto, pertanto, da quelli affini di '**quota di partecipazione**' e di '**quota di esecuzione**'.

Ed infatti, mentre il primo di questi ultimi due «*rappresenta null'altro che l'espressione della percentuale di "presenza" all'interno del raggruppamento e ha riflessi in riferimento alla responsabilità [nei rapporti interni] del componente del raggruppamento temporaneo di imprese*»^[31]; il secondo «*è semplicemente la parte di lavoro, di servizio o di fornitura che verrà effettivamente realizzato nel caso di affidamento*»^[32].

Preso atto di tale distinzione concettuale, e volendosi in questa sede riferire ai soli requisiti c.d. 'speciali', l'analisi dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale delle questioni ad essa connesse negli ultimi decenni, a cavallo tra le varie normative succedutesi nel corso del tempo, restituisce un interessante spaccato prospettico che consente di muoversi con maggiore avvedutezza anche nella trama normativa del nuovo Codice.

E così, muovendo dal **d.lgs. 163/2006** si osserva come – 'in origine' – all'**art. 37**, c. 13 (ivi previsto) fosse stabilito per i concorrenti riuniti in raggruppamento che essi «**eseguissero le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento**»^[33].

Dalla lettura della disposizione, come confermato pure dalla giurisprudenza^[34] risulta(va) chiaro l'intento di dar luogo ad una corrispondenza sostanziale tra quelle che *supra* abbiamo definito 'quote di partecipazione' al raggruppamento e quelle (diverse) quote che abbiamo qualificato come 'di esecuzione' delle prestazioni.

Tra l'altro, intendendosi l'obbligo di tale corrispondenza come norma imperativa^[35], dallo stesso si ricavava l'esclusione dell'intero raggruppamento quante volte non fossero state indicate e rispettate in sede di offerta le quote stesse.

Come chiarito in dottrina, pur supportata dalla giurisprudenza^[36], «*la ratio di tale norma risiede nella necessità di assicurare alle Amministrazioni aggiudicatrici la conoscenza preventiva del soggetto, che in concreto eseguirà [la prestazione], non solo per una maggiore speditezza nella fase di esecuzione del contratto, ma anche per una previa verifica sulla competenza tecnica dell'esecutore*»^[37].

La regola, che nella sua formulazione originale non distingueva tra appalti di lavori, servizi e forniture è andata incontro ad una limitazione, per chiara volontà del **Legislatore** che, al già citato **art. 37, c. 13 del d. lgs. 163/2006**, ha **aggiunto in apertura** di disposizione l'inciso «**Nel caso di lavori**»^[38]: se ne è quindi ricavato, **con riferimento ai servizi e alle forniture**, «**che non fosse più applicabile il principio di necessaria corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa componente il raggruppamento e la quota di presentazione di rispettiva pertinenza, rinviando la relativa disciplina alla lex specialis**»^[39].

L'impostazione è stata poi recepita dal **d.lgs. 50/2016** che **non richiama in alcun punto alla corrispondenza tra 'quote di partecipazione' al R.T.I. e 'quote di esecuzione'** per tale tipologia di prestazioni, ma richiede (esclusivamente) che «*nell'offerta [vengano] [...] specificate [...] le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati*»^[40], rimettendo alla disciplina di gara e, quindi – alle scelte della Stazione Appaltante - «*le eventuali misure in cui gli stessi requisiti devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti*»^[41] senza incidere in alcun modo sulla ripartizione tra quote all'interno del raggruppamento stesso.

Se in materia di **servizi e forniture**, anche dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016 non vi sono stati particolari dubbi in giurisprudenza circa la **assoluta libertà di gestire in autonomia le 'quote di partecipazione' all'interno del raggruppamento**^[42], ben diversa è parsa l'esegesi per quanto attiene al diverso campo operativo dei **lavori**.

Per vero, e facendo un passo indietro, con un intervento normativo di poco successivo a quello del 2012^[43], che, come visto, ha limitato il campo d'applicazione della previgente disposizione ex art. 37 d. lgs. 163/2006 ai soli lavori, il Legislatore ne ha abrogato *tout court* il già menzionato comma 13.

Ne è derivata l'automatica **operatività dell'art. 92, c. 2 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 – regolamento di esecuzione del d. lgs. 163/2006** – che testualmente afferma: «***i lavori sono eseguiti dai concorrenti riuniti secondo le quote indicate in sede di offerta***», sull'avviso che, però, allo stesso tempo «***le quote di partecipazione al raggruppamento [...] possono essere liberamente stabilite entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato***».

Detta operatività si è poi 'estesa'^[44] anche sotto la vigenza del **d.lgs. 50/2016**, in ragione della particolare disciplina intertemporale lì contemplata; la quale, con riferimento ai lavori, tra l'altro, ben si coordinava con quanto previsto al comma 6 dell'art. 48 in punto di qualificazione del raggruppamento.

Nel vigore della regola prevista all'art. 92, cit., ad ogni modo, si sono fronteggiati due diversi

orientamenti in giurisprudenza circa la sua corretta portata precettiva, che per essere risolti hanno richiesto uno specifico intervento chiarificatore dell'Adunanza Plenaria^[45].

Ad un primo e maggioritario indirizzo^[46], persuaso dal dato testuale, oltre che teleologico, della **necessità che l'operatore riunito potesse (al più) eseguire lavori per una quota corrispondente nel massimo a quella di qualificazione posseduta, pena la sua esclusione**; se ne accostava un altro^[47] in forza del quale **«l'esclusione di un raggruppamento, per carenza di qualificazione di uno dei partecipanti, non sarebbe legittima al verificarsi di tre condizioni: lo scostamento tra il requisito di qualificazione dichiarato e la quota di lavori per la quale l'operatore si è impegnato non sia eccessivo; il raggruppamento nel suo complesso abbia comunque i requisiti sufficienti a coprire l'intero ammontare dell'appalto; il raggruppamento abbia la forma di un raggruppamento orizzontale»**^[48].

Come accennato, il problema è stato risolto dalla stessa **Adunanza Plenaria** del Consiglio di Stato che, con la **pronuncia n. 6/2019**, nel considerare imprescindibile (almeno nei lavori) la corrispondenza tra 'quote di esecuzione' e 'quote di qualificazione' all'interno del raggruppamento, ha espresso il seguente principio di diritto: **«In applicazione dell'art. 92, comma 2, d.P.R. 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»**.

Allo stato, il **d.lgs. 36/2023, al comma 11 dell'art. 68**, prescrive senza distinzioni di sorta che: **«I raggruppamenti [...] di operatori economici sono ammessi alla gara se gli imprenditori o altro raggruppamento che vi partecipano [...] abbiano complessivamente i requisiti relativi alla capacità economica e finanziaria e alle capacità tecniche e professionali»**, ma con la espressa precisazione che **resta «ferma [...] la necessità che l'esecutore sia in possesso dei requisiti prescritti per la prestazione che lo stesso si è impegnato a realizzare»**. Si aggiunge, in chiusura di comma, che si applicano in quanto compatibili le disposizioni contenute nell'**Allegato II.12** regolante, tra gli altri, il complesso meccanismo di qualificazione degli esecutori di lavori.

Non residuano particolari dubbi circa la corrispondenza della nuova disciplina con le acquisizioni degli ultimi anni, di cui si è detto poc'anzi, in materia di lavori: la stessa espressione che prima veniva utilizzata all'art. 92 viene oggi riproposta all'art. 30, c. 2 di detto Allegato, nella parte in cui si legge che **«le quote di partecipazione al raggruppamento o consorzio possono essere liberamente stabilite entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato»**.

Permangono invece delle **perplexità** per quanto attiene alla **scelta di non dedicare alcuna precisazione per il caso dei servizi e delle forniture**: difatti, dalla lettura del solo dato normativo rinvenibile al **comma 11**, parrebbe inferirsi che, con **l'attuale sistema, torni ad**

operare, anche per le commesse aventi ad oggetto prestazioni diverse dai lavori, un meccanismo che raccorda il *quantum* di 'quota di qualificazione' col *quantum* di 'quota di esecuzione'. Il che, all'evidenza, costituirebbe un evidente 'ritorno al passato' e al modello ancestrale del 'primo' art. 37 di cui al D. Lgs. 163/2006.

V'è a dire, in ogni caso, che **resta plausibile una lettura di sistema** che, muovendo dalla constatazione per cui al **comma 11** si rimanda comunque espressamente ad un **Allegato regolante la (sola) materia dei lavori**, è stato forse interesse del Legislatore quello di **normare - con detto comma, per la sua interezza - il solo caso delle commesse diverse dai servizi e dalle forniture**. Di tal ché, in questa prospettiva, si sarebbe implicitamente riconosciuto che nelle commesse di servizi e forniture continuano ad operare – in difetto di una chiara ed espressa indicazione normativa di segno contrario sul punto – le logiche *supra* evidenziate, ed affermatesi a seguito della modifica normativa dell'art. 37, c. 13 intervenuta nel 2012.

2. Il principio di immodificabilità nei R.T.I. a cavallo tra il d.lgs. 50/2016 ed il d.lgs. 36/2023

2. 1. L'art. 48, cc. 17-19 ter del d.lgs. 50/2016

L'art. 48, c. 9 del d.lgs. 50/2016 afferma a chiare lettere che: «È vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei [...] rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta»[\[49\]](#).

Esso perimetra il c.d. '**principio di immodificabilità dei concorrenti plurimi**'[\[50\]](#) che, a partire dalle indicazioni contenute nella decisione del Cons. St., **Ad. Pl.**, 4 maggio 2012, n. 8[\[51\]](#), vieta in linea generale che un raggruppamento a cui sia stata aggiudicata una commessa pubblica possa modificare la propria compagine soggettiva.

Come è stato correttamente rilevato, la regola dell'immutabilità risponde a due esigenze fondamentali, percepite sia a livello nazionale sia europeo: *i) evitare che la stazione appaltante possa aggiudicare la gara e stipulare un contratto con un soggetto i cui requisiti, generali o speciali, non siano stati verificati a causa di modifiche nella composizione del raggruppamento* durante la procedura di gara o nella fase esecutiva; *ii) garantire la **par condicio** tra i partecipanti* attraverso modifiche della composizione del raggruppamento "calibrate" sull'evoluzione della gara e sull'andamento del contratto[\[52\]](#).

Il principio non è tuttavia assoluto: lo stesso **comma 9** ne ammette delle **deroghe**[\[53\]](#) alle peculiari condizioni – in parte poi modificate con puntuali interventi innovativi di cui si dirà appresso - previste ai successivi commi 17 e 18 che, rispettivamente, si preoccupano di regolare talune evenienze cui possa andare incontro il mandatario, ovvero uno dei mandanti al raggruppamento, durante le fasi della commessa.

Più in particolare, il **comma 17**, nella sua **formulazione originaria**, prevedeva che: «*In caso di liquidazione giudiziale, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, concordato preventivo o di liquidazione del mandatario ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o liquidazione giudiziale del medesimo ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal [...] codice*»; e tanto, a condizione che il sostituto «*abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire*». Il comma chiude, in ottica rimediabile, prescrivendo la possibilità per la parte pubblica di recedere dal contratto laddove non sussistano tali condizioni.

Solo parzialmente differente, in ragione della circostanza che in questo caso l'eventuale sostituto è una mandante del raggruppamento e non il suo mandatario, il successivo **comma 18** affermava come, al concorrere dei medesimi presupposti, «*il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti*» - anche qui, a condizione che questi «*abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire*».

Ai due commi appena richiamati si aggiungeva, poi, un'ulteriore ipotesi ammessa di modifica soggettiva del raggruppamento.

Il **comma 19**, infatti, richiamava all'attenzione la possibilità per un operatore parte del raggruppamento, a certe condizioni, di poter recedere dallo stesso: «*È ammesso il recesso di una o più imprese raggruppate esclusivamente per esigenze organizzative del raggruppamento e sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire*».

Tutto ciò, con la ulteriore specificazione – pure contenuta in chiusura di disposizione – che «*in 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*».

A questa impostazione sono seguiti **più interventi normativi**[\[54\]](#) (a dire il vero non sempre tra loro coerenti) che – come meglio *infra* – hanno generato un fervente clima di dibattito e di confronto, in dottrina[\[55\]](#) come in giurisprudenza, culminati nell'adozione di tre Adunanze Plenarie del Consiglio di Stato, succedutesi in un breve lasso temporale di poco meno di un anno.

Si fa riferimento, più nel dettaglio e per i fini che interessano la presente trattazione, alle **novità introdotte con il c.d. 'correttivo' – d.lgs. 56/2017** - che:

i) hanno introdotto tra le cause legittimanti le modifiche soggettive il «*caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80*»;

ii) hanno previsto la *doverosità* del recesso dal contratto da parte dell'Amministrazione, a dispetto della 'sola' *possibilità* di recesso originariamente prevista, nel caso in cui tutti i

presupposti legali previsti non fossero integrati;

iii) hanno introdotto, sempre in materia di recesso – ancorché si tratti in questo caso di un'ipotesi di recesso ben diversa - la specificazione che, il recesso dell'eventuale operatore dal raggruppamento di cui questi era parte è ammesso «*anche qualora il raggruppamento si riduca ad un unico soggetto*»;

iv) hanno introdotto in linea generale il **comma 19 ter**, a mente del quale: «*Le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verifichino in fase di gara*».

2. 2. Gli arresti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato più significativi degli ultimi anni

Le novità introdotte dal 'correttivo' al d.lgs. 50/2016, di cui poc'anzi, come è stato chiaramente affermato in dottrina^[56] «*ha[nno] generato distonie giurisprudenziali allorché – al comma 19 ter – [si è, come visto,] [...] trasposto l'applicazione delle ipotesi di variazione del R.T.I. (riferibili, per i commi 17, 18, 19, al "corso d'esecuzione") anche alla "fase di gara"*».

In tal modo, infatti, e sempre secondo lo stesso Autore, «*[s]i è così dilatato, per via legislativa, il perimetro delle varianti nella composizione del concorrente plurimo*».

Ebbene, sulla scorta di tale premessa, le osservazioni e le riflessioni riportate nei paragrafi successivi tenteranno, seguendo il percorso tracciato da (lle già citate) tre importanti pronunce dell' Adunanza Plenaria, di dar conto degli argomenti a vario titolo spesi per risolvere le distonie di cui all'inizio ed utili, ancora, ad indicare una 'via d'uscita' unitaria.

2.2.1. Cons. St., Ad. Pl., 27 maggio 2021, n. 9 e Cons. St., Ad. Pl., 27 maggio 2021, n. 10

Per quanto interessa in questa sede, la prima pronuncia del Massimo Consesso amministrativo relativa alle modifiche apportate al d.lgs. 50/2016 con il c.d. 'correttivo' – **Cons. St., Ad Pl. 27 maggio 2021, n. 9**^[57] - è stata chiamata ad esprimersi relativamente alla questione dibattuta **se le disposizioni normative di cui all'art. 48, commi 17, 18, 19 ter, debbano essere interpretate, come taluni sostenevano, nel senso di consentire la sostituzione della mandante con altro operatore economico – diremmo *ab externo*; ovvero se, al contrario, l'esclusione dalla procedura di gara del R.T.I., che si trovi a far fronte ad una patologica sopravvenienza riguardante una propria mandante, sia possibile soltanto ricorrendo alla mera estromissione di quest'ultima e, in questo caso, se sia necessario che il cumulo dei requisiti richiesti dalla *lex specialis* possa ritenersi comunque soddisfatto dalla mandataria e dalle restanti mandanti.**

In quel caso particolare, l'Adunanza Plenaria si è dovuta confrontare con il fatto di una mandante che, nelle more della procedura di gara, aveva formulato una domanda di concordato 'in bianco' o con riserva[58] cui non avrebbe fatto seguito in ipotesi il tempestivo rilascio ad opera del tribunale fallimentare, e la tempestiva comunicazione alla stazione appaltante, dell'autorizzazione a partecipare alla gara pubblica in questione[59].

Pertanto, prima ancora di confrontarsi con lo specifico profilo di operatività della c.d. 'sostituzione per addizione' – relativa, come accennato, alla sostituzione dell'eventuale mandante interessato con altro soggetto, estraneo rispetto alla configurazione originaria del raggruppamento – i Giudici di Palazzo Spada hanno dovuto chiarire che il **concordato 'in bianco' «non integra una causa di esclusione automatica dalle gare pubbliche, per perdita dei requisiti generali»**[60]. E, chiarito meglio, che **detta tipologia di concordato non determina in automatico la perdita dei requisiti di partecipazione**[61] **se l'autorizzazione del giudice interviene «entro il momento dell'aggiudicazione»**[62].

Nella seconda parte della pronuncia hanno affrontato diffusamente l'argomento oggetto della riflessione che più in dettaglio ci occupa.

Così, all'esito di una puntuale ed accorta disamina in punto di immodificabilità soggettiva dei raggruppamenti temporanei, i Giudici amministrativi sono giunti alla conclusione che **«la procedura di gara assume il carattere di strumento di scelta non solo dell'offerta migliore, ma anche del contraente più affidabile»**[63]; e che, in questa esatta cornice di riferimento, **«il principio di immodificabilità soggettiva risponde ad esigenze di sicurezza giuridica per la stazione appaltante durante l'iter di formazione e di esecuzione del contratto, oltre che al principio di concorrenza»**.

Dal che si deduce, quindi, che **«le deroghe, tassativamente previste, devono trovare un solido fondamento normativo, a livello europeo e nazionale, e rispondere anzitutto, seppur non solo, ad un preciso interesse pubblico, che giustifichi la deroga alla riapertura dell'appalto alla concorrenza»**.

Orbene, constatata la assenza di un tale solido fondamento normativo, anche a livello comunitario, e valutato allo stesso tempo che vige in giurisprudenza una regola consolidata – e argomentata - che afferma la **possibilità di procedere a modifiche soggettive sol se 'per sottrazione'**[64] nell'ottica di tutela del pubblico interesse, se ne è per forza concluso che è **«impo[sta] [...] un'interpretazione comunitariamente orientata, ovvero conforme, della disposizione nazionale di cui al comma 19 ter dell'art. 48»**; e cioè **«nel senso che deve ritenersi consentita in sede di gara [...] solo una modifica della composizione del raggruppamento c.d. per sottrazione ovvero per riduzione, la sola coerente con i principi di parità di trattamento e di concorrenza [comunitari]»**[65].

Alla stessa conclusione giunge anche l'Cons. St., **Ad. Pl., 27 maggio 2021, n. 10**[66], che è stata investita della medesima questione in diritto ma, come chiarito dallo stesso giudicante al p.to 15.6 del provvedimento, per la diversa situazione fattuale in cui **ad essere oggetto di esclusione sia non più una delle eventuali mandanti parte del raggruppamento, quanto – piuttosto – la stessa mandataria**: in questo modo, come meglio si dirà tra un attimo,

arrivando a sostenere che sia del tutto irrilevante che a perdere il requisito sia la mandataria piuttosto che la mandante del raggruppamento.

Con riferimento a tale caso, invero, talune pronunce della stessa giurisprudenza amministrativa[67] avevano accolto la sostituibilità dell'impresa mandataria colpita da alcuni eventi pregiudizievoli indicati dalla legge, «*anche con addizione di un soggetto esterno all'originario raggruppamento*»[68], ritenendolo compatibile col paradigma dell'art. 48 del d. lgs. n. 50 del 2016.

In tal senso – e per quanto anche detto *supra* – tale orientamento si poneva dunque in aperto contrasto con quell'altra lettura esegetica che, invece, ha sempre ritenuto plausibile la sola sostituzione 'per sottrazione'.

A tacitare il contrasto, l'Adunanza Plenaria, pur prendendo atto del fatto che dalla lettura del comma 18 - là dove si utilizza la formula «*altro operatore economico subentrante*» – avrebbe potuto lasciar opinare nel senso che il Legislatore si sia effettivamente mosso nella direzione di consentire una sostituzione *ab externo*[69]; ha tuttavia aderito (come anticipato) alle medesime conclusioni (sfruttandone gli stessi argomenti) della 'vicina' pronuncia numero 9.

In un passaggio, in particolare, l'Adunanza Plenaria ha affermato senza mezze misure che «**[I]a sostituzione esterna non è consentita né per la figura della mandataria né per quella della mandante e, in senso contrario, non assume alcun rilievo sul piano letterale né deve trarre in errore la diversa formulazione del comma 17 rispetto al comma 18 dell'art. 48 [...]**». Difatti, «*il riferimento del comma 18 all'operatore economico "subentrante" non allude certo all'ingresso nel raggruppamento di [un] soggetto esterno, ma semplicemente alla struttura stessa del raggruppamento, che presuppone una pluralità di mandanti, e al subentro, appunto, di un mandante in possesso dei prescritti requisiti di idoneità ad altro mandante*»[70].

Le due pronunce, che hanno indubbiamente il merito di aver chiarito i limiti di operatività della modifica soggettiva di un R.T.I. '**in corso di esecuzione**' non si preoccupano, però, del diverso e certamente «non meno delicato tema»[71] relativo alla estensibilità di tali acquisizioni, anche ai casi in cui detta modifica risulti necessaria per la sopravvenuta **perdita di requisiti 'in corso di gara'**; soprattutto – verrebbe da dire – in considerazione della formulazione normativa contenuta al già più volte citato c. 19 *ter* dell'art. 48.

A questa problematica darà risposta, di lì a poco, un nuovo ed ulteriore intervento della Plenaria che, per quanto attiene all'organizzazione del presente lavoro, è oggetto del prossimo paragrafo.

2.2.2. Cons. St., Ad. Pl., 25 gennaio 2022, n. 2

Come ampiamente anticipato, le modifiche introdotte dal 'correttivo' al d.lgs. 50/2016[72] hanno dato luogo a più di un interrogativo circa l'esatta portata della possibilità di

ricorrere ad una modifica soggettiva (per il raggruppamento) nelle ipotesi tipiche previste ai commi 17 e 18.

È stato osservato, per vero, che **dette modifiche «hanno causato contraddizione o incompatibilità tra norme**, in quanto ai commi 17 e 18 è stato aggiunto alle sopravvenienze già ivi presenti anche il “caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all’art. 80” ed è stato introdotto ex novo il comma 19 ter, il quale prevede che “le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verificano in fase di gara” [come visto supra[73]]»[74].

Il disposto di cui al comma 19 ter, pertanto, si pone in **aperto contrasto con quanto previsto dall’inciso** – introdotto in verità con la stessa novella, a riprova della **mancata organicità dell’intervento normativo** – «in corso di esecuzione», valevole per il caso di perdita dei requisiti c.d. ‘di moralità’ ad opera di un membro del raggruppamento.

L’insanabile antinomia[75] venutasi a creare ha dato luogo ad un contrasto giurisprudenziale – della cui risoluzione si è proprio occupata la Adunanza Plenaria in commento[76].

«Un **primo orientamento** [ha] sost[enuto] che l’inciso “in corso di esecuzione”, contenuto ai commi 17 e 18 con riferimento alla perdita dei requisiti di cui all’art. 80 citato, renderebbe tale fattispecie di modificabilità speciale rispetto alle altre ivi previste e la stessa non troverebbe applicazione in fase di gara»[77]. In tal modo, quindi «l’art. 19-ter si riferirebbe solo alle residue ipotesi di modificazione soggettive disciplinate dai commi 17 e 18 (vale a dire ai casi di 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 nei casi previsti dalla normativa antimafia)[78]».

A questo orientamento, se ne è contrapposto quindi un **secondo** che ha, invece, ritenuto che «il comma 19 ter dell’art. 48 estenderebbe espressamente la modificabilità soggettiva in sede di gara a tutte le vicende richiamate dai commi 17 e 18 (oltre che dal 19° comma), ivi compresa la perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 del codice, poiché limitarne la portata, in ragione della locuzione “in corso di esecuzione” inserita nei predetti commi, sarebbe in contraddizione con il contenuto innovativo del nuovo comma con l’effetto di privarlo di significato»[79][80].

L’**Adunanza Plenaria**, prendendo posizione sul punto, ha **aderito** senza riserve al **secondo dei due orientamenti prospettati**.

Essa muove dall’assunto – proprio anche delle precedenti decisioni in argomento[81] - secondo cui **l’ordinamento riconosce ed attribuisce al principio di ‘immodificabilità’ una portata generale**.

Sulla scorta di tale premessa logica, condividendo lo spunto dell’ordinanza di

rimessione, si osserva, allora, come **«nessuna delle ragioni che sorreggono [detto principio] [...] varrebbero a spiegare in maniera convincente il divieto di modifica per la perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 [anche] in sede di gara»**[\[82\]](#).

Difatti, e per un verso, verrebbe certamente non intaccata *«la necessità [di cui tale principio si fa portatore, a] che la stazione appaltante si trovi [sempre] ad aggiudicare la gara e a stipulare il contratto con un soggetto del quale [...] abbia potuto verificare i requisiti»*; ciò in quanto, una volta esclusa dalla stessa Adunanza Plenaria la c.d. sostituzione per addizione[\[83\]](#), tale evenienza non potrà mai verificarsi quale che sia la vicenda sopravvenuta per la quale sia venuto meno uno dei componenti del raggruppamento.

Per altro verso, non viene nemmeno intaccata la tutela della *par condicio* dei partecipanti alla procedura di gara – che, come detto, è l'altro aspetto a cui il principio di immodificabilità guarda con interesse, poiché essa è violata solo se all'uno è consentito quel che all'altro è negato[\[84\]](#): evenienza non certo rilevante per le questioni che ci occupano.

Da simili conclusioni[\[85\]](#) si è quindi dedotto il principio di diritto in forza del quale **«la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) da parte del mandatario o di una delle mandanti, è consentita non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara, in tal senso interpretando l'art. 48, commi 17, 18 e 19 ter del medesimo Codice»**.

Appurata - dunque - la **possibilità di dar luogo a modifiche soggettive anche 'in corso di gara', ma solo nel caso di raggruppamenti 'sovraabbondanti'**[\[86\]](#) - per cui la 'perdita' della mandataria o della mandante possa essere sopperita dal possesso dei requisiti (in abbondanza) posseduti dagli altri operatori ancora parte del raggruppamento – e, in **accordo con i precedenti giurisprudenziali già richiamati**, preso atto che **tali modifiche potranno avvenire solo 'in riduzione'**, si ricava pure dalle argomentazioni in sentenza[\[87\]](#) che, **qualora la committente in corso di gara rilevi la sopravvenuta perdita di uno o più requisiti di moralità, la stessa «ha l'onere di interpellare il raggruppamento in ordine alla volontà di procedere alla riorganizzazione del proprio assetto interno al fine di rendere possibile la propria partecipazione alla gara»**[\[88\]](#).

Il dato è assolutamente rilevante, se solo si considera che, in questo modo, i Giudici di Palazzo Spada pare accolgano una *«soluzione "sanante" volta al mantenimento in gara di un soggetto collettivo che decida di ristrutturarsi, dimostrando di apprezzare una idea di concorrenza intesa nella sua accezione più sostanziale»*[\[89\]](#): in quest'ottica, invero, tende a muoversi anche la nuova disciplina del d. lgs. 36/2023, come si dirà tra un attimo, agli artt. 68 e 97.

2. 3. I nuovi artt. 68, cc. 15-17 e 97 del d.lgs. 36/2023

Il **nuovo art. 68**, di cui si è detto *supra*, **non prevede** – a differenza della disciplina

previgente[90] – **alcun esplicito obbligo di immodificabilità soggettiva per quanto attiene ai R.T.I.**

Al contrario, con una formulazione volutamente ampia[91] si afferma al **comma 15** della disposizione in parola che: «**La modifica [...] dei raggruppamenti è ammissibile nei termini indicati dall'articolo 97 e dal comma 17 dell'lo stesso] [...] articolo [68]**».

Ebbene, muovendo dal citato comma 17, in una prospettiva di respiro che tenga conto dell'importante novità – che potrebbe ritenersi senz'altro il punto di approdo di un lungo percorso, del quale momenti essenziali sono certamente rappresentati dalle pronunce commentate poc'anzi – è dato rilevare come, in effetti, la facoltà di recesso del membro del R.T.I. sia oggi scevra da ogni tipo di condizionamento, particolare presupposto o limitazione.

Nella misura in cui si afferma (solo) che: «*[È] ammesso il recesso di una o più imprese raggruppate, sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire [e che il] recesso è ammesso anche se il raggruppamento si riduce a un unico soggetto*», si aderisce, invero, e si conferma, l'idea di una nuova impostazione che, sul punto, mira a semplificare il sistema di qualificazione dei raggruppamenti.

Nella stessa ottica (di semplificazione) muove anche l'art. 97 che, collocato vicino alle disposizioni regolanti la disciplina delle cause di esclusione per i requisiti c.d. 'generali', si occupa, per l'appunto, delle «*cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti*».

Come ha chiarito la stessa Relazione illustrativa del Codice, «*tenuto conto delle incertezze applicative che avevano indotto la giurisprudenza ad intervenire a piu? riprese [sulla tematica] [...], e? sembrato corretto, a fini sistematici e di chiarificazione, allocare in questa parte del codice la disciplina della c.d. "sostituzione" od "estromissione" del partecipante al raggruppamento, che, sebbene successiva al verificarsi dell'evento passibile di conseguenze espulsive, in realta? si pone a monte delle iniziative della stazione appaltante e previene l'adozione di misure espulsive*»[92].

Ed è la stessa relazione, tra l'altro, a chiarire che «*sotto il profilo sostanziale, le disposizioni contenute [all'art. 97] "corrispondono" e "superano" quanto previsto ai commi 17 e 18 dell'art. 48 del decreto legislativo n. 50 del 2016*»[93].

Ciò detto, e venendo al contenuto dell'**art. 97**, esso prescrive che, salve le ipotesi di c.d. 'self cleaning' di cui all'art. 96 cc. 2-6, «*il raggruppamento non è escluso qualora un suo partecipante sia interessato da una causa automatica o non automatica di esclusione o dal venir meno di un requisito di qualificazione, se si sono verificate le condizioni di cui al comma 2, [di cui si dirà tra un attimo]*», alla concorrente condizione che vengano adempiuti certi «*oneri*».

Detti «oneri», a loro volta, vengono concepiti diversamente a seconda del momento di gara in cui la perdita del requisito è da ritenersi avvenuta.

Pertanto, si distingue peculiarmente a seconda che essa si concretizzi **‘prima’ della presentazione dell’offerta**, dal caso in cui essa si realizzi in un momento successivo, ma comunque **«prima dell’aggiudicazione»**.

E così, nel primo caso, **per poter andare esente dall’esclusione, il raggruppamento deve aver, cumulativamente, i) «comunicato alla stazione appaltante la causa escludente verificatasi [...] e il venir meno, [...] del requisito di qualificazione, nonché il soggetto che ne è interessato; [ii)] [...] comprovato le misure adottate ai sensi del comma 2 o l’impossibilità di adottarle prima di quella data»**.

Nel **secondo caso**, invece, **lo stesso raggruppamento sarà chiamato ad adottare e comunicare all’Amministrazione «le misure di cui al comma 2 prima dell’aggiudicazione, se [come detto] la causa escludente si è verificata successivamente alla presentazione dell’offerta o il requisito di qualificazione è venuto meno successivamente alla presentazione dell’offerta»**.

Come si evince chiaramente, il primo comma rimanda, per consentire la piena operatività del meccanismo previsto all’art. 97, al rispetto delle condizioni e delle misure indicate al comma successivo.

Secondo tale comma, quindi, e in linea con il contenuto complessivamente inteso dell’art. 97, sarà possibile per il raggruppamento evitare l’esclusione in caso di perdita dei requisiti di un suo partecipante^[94], sol se - insieme a quanto detto – il raggruppamento stesso compri anche di aver estromesso o sostituito il soggetto in questione; e ciò, a condizione che il subentrante sia munito dei necessari requisiti e, comunque, che resti immutata nei suoi elementi sostanziali l’offerta (se presentata).

A quel punto, se tali misure saranno ritenute sufficienti e tempestivamente adottate dall’Amministrazione, il raggruppamento non sarà escluso dalla procedura d’appalto. Se la stazione appaltante ritiene, invece, che le misure siano intempestive o insufficienti, l’operatore economico sarà escluso in ogni caso, anche se con decisione motivata.

Ora, venendo all’aspetto più significativo che si ricava dall’analisi condotta – al netto della semplificazione operata e della necessità di confronto tra i protagonisti della vicenda, in una logica ‘conservativa’ – è certamente rilevante notare che, **con la nuova disciplina, si sdogana pacificamente la possibilità di far ricorso (anche) ad una integrazione ‘ab externo’^[95]**, se necessario, non diversamente (e condivisibilmente) da quanto avviene in **materia di avvalimento** ai sensi dell’art. 104 del d.lgs. 36/2024 nel **caso di sostituzione dell’ausiliaria**. Probabilmente, tale scelta è retta dalla considerazione – come pure meglio si dirà avanti – delle **comunanze operative esistenti nella lettura dei rapporti tra mandanti e mandataria nei raggruppamenti; consorzio e consorziate nei consorzi; ausiliata ed ausiliaria nella fattispecie di avvalimento**.

Ad ogni buon conto, qui si intende sottolineare che **si supera l’ultimo caposaldo di quel principio di ‘immodificabilità soggettiva’** che, come visto, a più riprese era stato ribadito negli arresti giurisprudenziali più importanti degli ultimi anni, e **si consente**, al contrario, **una**

‘modifica soggettiva’ tanto per ‘sostituzione’ (con l’esterno) che per ‘estromissione’ (per sottrazione)[96].

Residua – e se ne dà conto in conclusione di questa analisi – un interrogativo sulla **possibilità di far ricorso all’art. 97 anche per la fase di esecuzione contrattuale della commessa.**

Si è detto, infatti, che tale articolo si dedica con una normativa di dettaglio alla regolamentazione della perdita del requisito, ma (apparentemente) per la (sola) fase di gara – come dimostrato dai riferimenti all’offerta e all’aggiudicazione del c.1.

V’è tuttavia da osservare come, **stante la sua formulazione ‘ampia’, non pare tuttavia peregrino sostenere che il comma secondo possa, senza particolari problemi, applicarsi anche ai casi in cui la sostituzione (o estromissione) dell’operatore economico di un raggruppamento avvenga in fase esecutiva, nel rispetto del dato letterale.**

Ciò, sarebbe poi coerente con l’indiscussa possibilità di modificazione soggettiva già patrocinata unitariamente nella vigenza del d.lgs. 50/2016 per tale fase e, tra l’altro, sarebbe coerente pure con la mai discussa necessità di garantire il rispetto del c.d. **‘principio di continuità dei requisiti’[97]**, valevole – come noto – per tutta le fasi, sino alla sua conclusione, della commessa pubblica.

2. 4. L’operatività del meccanismo ex art. 97 d.lgs. 36/2023 esteso, tra gli altri, anche ai consorzi stabili

In conclusione, corre l’obbligo di evidenziare pure come la **disciplina** prevista all’ **art. 97** trovi applicazione, oltre che ai raggruppamenti temporanei, tra gli altri e significativamente, **anche ai c.d. consorzi stabili.**

Detti consorzi, come noto, rientrano nel più ampio *genus* dei c.d. **«consorzi non necessari»** ai sensi dell’art. 67[98], e vengono definiti[99] come quei *«consorzi [...], costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell’ articolo 2615-ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro [che] [...] sono formati da non meno di tre consorziati [e] che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, [hanno] [...] stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa»*.

Da un lato, quindi, essi si caratterizzano perché **i loro membri hanno espressamente deciso di cooperare nel sistema delle commesse pubbliche**, e di farlo per un **periodo significativo di almeno cinque anni**; dall’altro, per il fatto che tale decisione li impegna a costituire una vera e propria **struttura d’impresa (autonoma)** che assuma **soggettività giuridica differente rispetto a quella di ciascuna consorziata**: si parla, al riguardo, di c.d. **‘requisito teleologico’** dei consorzi stabili.

La loro funzione – come intuitivo – consiste nel favorire la partecipazione delle imprese alle procedure pubbliche di gara proprio attraverso la creazione di «*operatori economici dotati di autonoma personalità giuridica, costituiti in forma collettiva e con causa mutualistica, che operano in base a uno stabile rapporto organico con le imprese associate, il quale si può giovare, senza necessità di ricorrere all'avvalimento, degli stessi requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse, secondo il criterio del “cumulo alla rinfusa”*»[\[100\]](#).

Criterio, quest'ultimo, che, oggetto di ampio dibattito in dottrina come in giurisprudenza, pare giunto, con l'introduzione della nuova disciplina codicistica, ad un nuovo punto di approdo[\[101\]](#).

Anche in questo caso, infatti – come pure si è visto per quanto ha riguardato la possibilità di modifica soggettiva dei raggruppamenti – interventi legislativi non sempre impeccabili, hanno dato luogo, in origine, a due diversi orientamenti giurisprudenziali sul punto[\[102\]](#).

E così, se per un orientamento, coerentemente con l'impostazione che era stata adottata dal primigenio d.lgs. 163/2006, le (varie) modifiche sedimentatesi nella vigenza del d.lgs. 50/2016, avevano finito sostanzialmente per ammettere – come in quello – anche nel sistema più recente il meccanismo del c.d. 'cumulo alla rinfusa'[\[103\]](#). Vale a dire, la possibilità per il consorzio stabile di comprovare il possesso dei requisiti in proprio ovvero di avvalersi, senza alcuna distinzione tra consorziate esecutrice (e non), di quelli cumulativamente posseduti da queste ultime. Secondo altro orientamento, al contrario, in considerazione del dato letterale, per come emergente dalle disposizioni interessate dagli anzidetti interventi di legge, il Legislatore avrebbe invece inteso «*riperimetrar[e] l'ambito di operatività del cumulo alla rinfusa [come descritto], limitandolo ai soli fattori produttivi, [quali] [...] la dimostrazione del possesso delle attrezzature, dei mezzi d'opera nonché dell'organico medio annuo*»[\[104\]](#).

Ebbene, al netto delle puntuali argomentazioni spese per sostenere l'uno, piuttosto che l'altro orientamento, preme qui solo evidenziare, come anticipato, che tale diatriba paia essere stata risolta dal Legislatore del d.lgs. 36/2023 nel senso di ammettere, pur se con delle peculiarità, la possibilità di ricorrervi[\[105\]](#).

La puntualizzazione, per i fini che interessano in questa sede, è assolutamente pregna di significato poiché, un simile intendimento normativo rende ancora più tangibile la similitudine che esiste tra il meccanismo di operatività, in punto di qualificazione, previsto per i raggruppamenti temporanei e quello previsto invece per i consorzi stabili stessi.

Anche da ciò può farsi derivare, come anticipato e come meglio si vedrà tra un attimo in chiusura, il coerente ampliamento del meccanismo di sostituzione (o di estromissione) previsto all'art. 97 in favore dei secondi.

Deve essere *anche* in forza di tale parallelismo, difatti, che il nuovo **art. 97., c.3**, nel definire l'ambito soggettivo di applicazione dell'istituto, ne abbia esteso la portata, sino a comprendere - tra le altre - anche « [...] **le consorziate aventi i requisiti di cui i consorzi si avvalgono**»[\[106\]](#).

Difatti, in ipotesi, è con ognuna di queste ultime che il consorzio può instaurare ‘un contatto’ ai fini della qualificazione per partecipare alla procedura di gara assimilabile, sul piano operativo, a quello che lega i vari operatori nei R.T.I.

L’unica differenza che residua di cui conviene comunque dare atto, coerente tra l’altro con la diversa natura dei due istituti considerati, attiene alla circostanza che, quanto ai raggruppamenti, i requisiti dei singoli operatori debbono essere considerati (essi stessi) del raggruppamento unitariamente considerato; là dove, invece, come subito appresso, nel caso del consorzio il rapporto tra questi (che è, lo si ricorda, un soggetto autonomo) e le consorziate può essere più correttamente inquadrato nel modello dell’avvalimento.

In linea, quindi, sul piano più squisitamente giuridico, mette conto sottolineare solo, che – a differenza di un’operatività, come detto, assimilabile – in punto di diritto, il rapporto che lega il singolo consorzio con la consorziata ‘servente’ può più correttamente essere inquadrato nel novero dei rapporti di avvalimento.

Appurato ciò, in ogni caso, e per chiudere, resta da rilevare che l’art. 97, nella stessa prospettiva, e sempre al comma terzo, **ammetta a maggior ragione anche la sostituzione (o la estromissione) delle eventuali consorziate ‘esecutrici’ - e non solo di quelle eventualmente ‘ausiliarie’** – che, da far loro, rimandano anch’esse – nella sostanza – ad un ‘legame’ simile a quello che tiene uniti mandanti e mandatarî nel caso di raggruppamenti.

Conclusioni

Le tematiche connesse al principio di immodificabilità negli ultimi anni, non a caso - come visto - hanno suscitato un generale interesse, tanto sul versante legislativo quanto (e a maggior ragione) sul versante giurisprudenziale.

Sul fronte della esatta perimetrazione del raggio d’azione di tale principio, infatti, si fronteggiano interessi diversi e del tutto speculari.

All’interesse dell’Amministrazione a non ‘subire’ modifiche soggettive elusive della normativa, a ben vedere, fa da capolino il diverso interesse del mercato, e per esso degli operatori economici che intendano costituirsi in raggruppamenti, a non subire, questi, a loro volta, eccessive limitazioni nella gestione della (patologica) evenienza di perdita dei requisiti di un loro membro.

Alla necessità di garantire un effettivo dominio dell’Amministrazione sulle vicende modificative dei concorrenti, in altri termini, si contrappone l’interesse degli operatori a favorire la massima partecipazione alle procedure e, nel caso di aggiudicazione, anche a garantire l’integrale esecuzione della commessa interessata.

Di tali esigenze pare aver fatto tesoro il Legislatore del d.lgs. 36/2023 che, *anche* alla luce dall’evoluzione giurisprudenziale formatasi sul punto, la recepisce e addirittura la supera,

restituendo all'interprete una normativa che pare a tutti gli effetti un buon punto di equilibrio.

La favorevole apertura ad una modifica dei raggruppamenti che non si risolve nella sola 'modifica per riduzione', all'esito dell'analisi condotta, sembra contemperare mirabilmente tutte le tensioni che orbitano attorno al tema dell'immodificabilità.

La 'modifica per addizione', infatti, e per concludere, da un lato, guarda con favore alle istanze del mercato di cui si è detto poc'anzi; dall'altro, non confligge nettamente con le già richiamate esigenze dell'Amministrazione che, in effetti: *i)* conserva intatta la possibilità di escludere un operatore, se privo dei requisiti necessari e se non rispettoso della normativa ai sensi dell'art. 97; *ii)* non pare subisca un aggravio significativo della propria attività di controllo e monitoraggio che, a sua volta e al contrario, sembra comunque favorita in considerazione della integrale digitalizzazione delle procedure di acquisto che lo stesso d.lgs. 36/2023 ha promosso.

BIBLIOGRAFIA

G. Boldi, A. Turchetta, *Gli operatori economici e la loro qualificazione*, in F. Caringella, G. Rovelli, L. Carbone (cur.), *Manuale dei contratti pubblici*, Napoli, Dike Giuridica, 2024.

A.M. Bruni, *Commento all'art. 37*, in G.F. Ferrari, G. Morbidelli (cur.), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, 2013, vol. I

C. Chirieleison, *Regolarità fiscale e continuità dei requisiti di partecipazione*, in www.ildirittoamministrativo.it.

R. Cippitani, *Modificazioni soggettive e autonomia organizzativa nei raggruppamenti di imprese*, nota a Consiglio di Stato, sez. V, 23 novembre 2016 n. 4918, in *Urb. e App.*, 2017.

R. Cippitani, A. Formica, *Quote di partecipazione al raggruppamento e il "limite invalicabile" dei requisiti di qualificazione*, in *Urb. e App.*, 2024.

L. Colacicco, *I Raggruppamenti temporanei di imprese e il fenomeno del mutamento soggettivo interno al raduno: orientamenti pretori consolidati e interventi normativi recenti*, in *federalismi.it*.

D. D'Amico, *Adunanza Plenaria n. 2/2022: ammessa la modifica soggettiva del RTI in caso di perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 D. Lgs. n. 50/2016 da parte del mandatario o di una delle mandanti anche in fase di gara*, in www.ildirittoamministrativo.it.

R. De Nictolis, *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il D. Lgs. 56/2017*, Bologna, 2017.

L. De Pauli, L. Mazzeo, *L'Adunanza Plenaria sull'esclusione dei RTI per mancanza dei*

requisiti di una impresa, nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 27 marzo 2019, n. 6, in *Urb. e App.*, 2019.

S. Esposito, *Sull'ammissibilità del cumulo alla rinfusa: tra interpretazione giudiziale e autentica nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. App*, 2023.

M. Faviere, *Le modifiche soggettive di un R.T.I. in corso di gara*, in *Giur. It.*, 2022.

R. Garofoli, G. Ferrari, *Manuale dei Contratti Pubblici alla luce del Nuovo Codice D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Molfetta, 2023.

S. Ingegnatti, *Sull'ammissibilità del ricorso al cumulo alla rinfusa negli appalti pubblici*, in *Giur. It.*, 2024.

I. Pagani, *La modifica dei R.T.I. in fase di gara o di esecuzione del contratto pubblico*, in *Giur. It.* 2022.

Relazione illustrativa agli articoli e agli allegati del Codice dei contratti pubblici, in www.giustizia-amministrativa.it.

F. Titomanlio, R. Mangani, F. Macri, G. Vetrano, *Le norme di adeguamento alle direttive Cee 440/89 in materia di appalti di lavori pubblici*, Roma, IGInforma, 1992.

M. Giustiniani, *Art. 68*, in F. Caringella (dir.), *Nuovo Codice dei Contratti Pubblici*, Milano, Giuffrè, 2023, 453.

A. Candia, *Art. 97*, in F. Caringella (dir.), *Nuovo Codice dei Contratti Pubblici*, Milano, Giuffrè, 2023.

GIURISPRUDENZA

Cons. St., sez. V, 27 marzo 2001, n. 3188.

Cons. St., sez. V, 28 settembre 2009, n. 5817.

Cons. St., Ad. Pl. 13 giugno 2012, n. 22.

Cons. St., Ad. Pl., 4 maggio 2012, n. 8.

Cons. St., sez. VI, 24 settembre 2012, n. 5067.

Cons. St., sez. III, 26 settembre 2013, n. 4753.

Cons. St., sez. III, 25 febbraio 2014, n. 895.

Cons. St., Ad. Pl. 20 luglio 2015, n. 8.

Cons. St., sez. V, 1 agosto 2015 n. 3769.

T.A.R. Campania (Napoli), sez. I., 28 dicembre 2017, n. 6122.

Cons. St., sez. III, 7 agosto 2018, n. 4860.

Cons. St., sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6032.

Cons. St., sez. III.,16 novembre 2018, n. 6471.

Cons. St., Ad. Pl., 27 marzo 2019, n. 6.

Cons. St, sez. IV, 1 aprile 2019, n. 2113.

Cons. St., sez. III, 2 aprile 2020, n. 2245.

Cons. St., sez. V, 27 agosto 2020, n. 5255.

Cons. giust. Amm., sez. giur., 20 gennaio 2021, n. 37.

Cons. St., sez. V, 28 gennaio 2021, n. 833.

Cons. St., Ad. Pl., 27 maggio 2021, n. 9.

Cons. St., Ad. Pl., 27 maggio 2021, n. 10.

Cons. St., Ad. Pl., 25 gennaio 2022, n. 2.

Cons. St., sez. V, 31 marzo 2022, n. 2367.

Corte di giustizia, sez. IV, 28 aprile 2022 in causa C-642/20

Cons. St., sez. V, 2 maggio 2022, n. 3439.

Cons. St., sez. V, 11 luglio 2023, n. 6777.

Cons. St., sez. V, 27 novembre 2023, n. 10144.

Cons. St., Ad. Pl.,24 aprile 2024, n. 7.

T.A.R. Sicilia, (Palermo), sez. III, 22 gennaio 2024, n. 218

T.A.R. Campania (Napoli), sez. I, 4 ottobre 2024 n. 5211.

T.A.R. Lazio (Roma), sez. IV-ter, 24 dicembre 2024, n. 23457.

[1] Il contributo è frutto di una rielaborazione della tesina presentata nell'ambito della IV ed. (a.a. 2023/2024) del Master Universitario di II° livello in Teoria e Management degli Appalti Pubblici (TEMAP) presso la Libera Università Maria Ss. Assunta (LUMSA): Responsabile Scientifico *Prof. Avv. Angelo Rinella*; Direttore *Avv. Domenico Galli*

; Coordinatore Scientifico *Avv. Adriano Cavina*. *Le opinioni espresse nel presente lavoro sono strettamente personali e non impegnano in alcun modo l'Ente di appartenenza.*

[2] Così G. BOLDI, A. TURCHETTA, *Gli operatori economici e la loro qualificazione*, in L. CARBONE, F. CARINGELLA, G. ROVELLI (cur.), *Manuale dei contratti pubblici*, Napoli, Dike Giuridica, 2024, 174.

[3] Cons. St., n. 3188/2001.

[4] Art. 48, c. 14, d.lgs. 50/16.

[5] Art. 48, c. 15, d.lgs. 50/16.

^[6] Art. 48, c. 13, d.lgs. 50/16.

^[7] Art. 48, c. 13, d.lgs. 50/16.

^[8] Art. 48, c. 13, d.lgs. 50/16.

^[9] Art. 48, c. 7, d. lgs. 50/16.

^[10] In questo senso, cfr. art. 14, c. 16, d. lgs 50/16.

^[11] Art. 48, cc.1,2, d.lgs. 50/16.

^[12] M. GIUSTINIANI, *Art. 68*, in F. CARINGELLA (dir.), *Nuovo Codice dei Contratti Pubblici*, Milano, Giuffrè, 2023, 453.

^[13] M. GIUSTINIANI, *op. cit.*, 453: «Vi era, pertanto, una ripartizione delle prestazioni di tipo qualitativa. In tal caso, il presupposto è che si tratti di un appalto composto da opere che richiedano differenti specializzazioni ed in relazione alle quali dovrà essere il bando ad indicare quali assumono carattere prevalente e quali scorporabili». Vd. anche, in giurisprudenza, Cons. St., Ad. Pl., n. 22/2012: «La distinzione tra a.t.i. orizzontale e a.t.i. verticale [...] poggia sul contenuto delle competenze portate da ciascuna impresa raggruppata ai fini della qualificazione a una determinata gara: in linea generale, l'a.t.i. orizzontale è caratterizzata dal fatto che le imprese associate (o associande) sono portatrici delle medesime competenze per l'esecuzione delle prestazioni costituenti l'oggetto dell'appalto, mentre l'a.t.i. verticale è connotata dalla circostanza che l'impresa mandataria apporta competenze incentrate sulla prestazione prevalente, diverse da quelle delle mandanti, le quali possono avere competenze differenziate anche tra di loro, sicché nell'a.t.i. di tipo verticale un'impresa, ordinariamente capace per la prestazione prevalente, si associa ad altre imprese provviste della capacità per le prestazioni secondarie scorporabili».

^[14] Cfr. al riguardo Cons. St., n. 6032/2018.

^[15] Art. 48, c. 6, d. lgs. 50/2016: «Nel caso di lavori, per i raggruppamenti temporanei di tipo verticale, i requisiti di cui all'[articolo 84](#), sempre che siano frazionabili, devono essere posseduti dal mandatario per i lavori della categoria prevalente e per il relativo importo; per i lavori scorporati ciascun mandante deve possedere i requisiti previsti per l'importo della categoria dei lavori che intende assumere e nella misura indicata per il concorrente singolo. I lavori riconducibili alla categoria prevalente ovvero alle categorie scorporate possono essere assunti anche da imprenditori riuniti in raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale».

^[16] Come si ricava da Cons St., n. 4860/2018.

^[17] Art. 48, c. 5, d. lgs. 50/16.

^[18] M. GIUSTINIANI, *op. cit.*, 454.

^[19] In questo senso, si cfr. *Relazione illustrativa agli articoli e agli allegati del Codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 108.

^[20] E lo stesso è a dirsi, *a fortiori* per il caso dei raggruppamenti 'misti'.

^[21] Ancora sul punto, si rimanda a *Relazione illustrativa agli articoli e agli allegati del Codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 108.

^[22] CEE 24/2014.

^[23] Per comodità di lettura si riporta integralmente l'art. 83, c. 8 del d. lgs. 50/16: «*Le stazioni appaltanti indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse ed effettuano la verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all'impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite. Per i soggetti di cui all'[articolo 45, comma 2, lettere d\), e\), f\) e g\)](#), nel bando sono indicate le eventuali misure in cui gli stessi requisiti devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti. [La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria.] I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle».*

^[24] Come visto al par. 1.1. regolanti i raggruppamenti verticali e orizzontali.

^[25] In questo senso, ad esempio, Cons. St., n. 3769/2015.

^[26] Così R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale dei Contratti Pubblici alla luce del Nuovo Codice D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Molfetta, 2023, 160.

^[27] All'ipotesi dell' 'unico centro decisionale' possono essere ricondotti, ad esempio, i casi in cui i singoli operatori interessati concordino artatamente il contenuto delle offerte presentate, ovvero diano luogo a comportamenti violativi della generale regola di segretezza in sede di elaborazione delle offerte.

^[28] Art. 80 d.lgs. 50/16 e artt. 94-95 d.lgs. 36/2023.

^[29] Chiaramente, con riferimento a questi ultimi, in considerazione della peculiarità propria che contraddistingue l'istituto del raggruppamento, il requisito c.d. speciale non necessariamente deve essere posseduto da ogni singolo membro della struttura associata, bastando al contrario che – lo si ribadisce – nel suo complesso il soggetto plurisoggettivo soddisfi la richiesta qualitativa promossa dalla Stazione Appaltante. Vd. art. 83 d.lgs. 50/16 e 100 d.lgs. 36/2023.

^[30] G. BOLDI, A. TURCHETTA, *op. cit.*, 181.

^[31] G. BOLDI, A. TURCHETTA, *op. cit.*, 181.

^[32] G. BOLDI, A. TURCHETTA, *op. cit.*, 181.

^[33] A.M. BRUNI, *Commento all'art. 37*, in G.F. FERRARI, G. MORBIDELLI (cur.), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, 2013, vol. I, 501 ss.

^[34] Cfr., ad esempio, Cons. St., n. 5817/2009.

^[35] Cfr. Cons. St. n. 4753/2013.

^[36] Cfr. Cons. St. n. 895/2014.

^[37] R. CIPPITANI, A. FORMICA, *Quote di partecipazione al raggruppamento e il "limite invalicabile" dei requisiti di qualificazione*, in *e App.*, 2024, 548.

^[38] Art. 1, c. 2 *-bis*, lett. a), d.l. n. 95/12, così come integrato dalla l. 135/12.

^[39] Cons. St., n. 2367/2022.

^[40] Art. 48, c. 4, d. lgs. 50/16.

^[41] Art. 83 c. 8. d.lgs. 50/16.

^[42] Cons. St., n. 6471/2018.

^[43] L'intervento fu adottato con d.l. 47/14, convertito con l. 80/14.

^[44] L'art. 92, c. 2, d.P.R. 207/10 venne ritenuto ancora in vigore ai sensi dell'art. 217, c.1, lett. u) del d.lgs. 50/16 in considerazione della mancata adozione degli atti attuativi al decreto stesso.

^[45] Il riferimento è alla sentenza Cons. St., Ad. Pl., n. 6/2019, per cui si rimanda anche a L. DE PAULI, L. MAZZEO, *L'Adunanza Plenaria sull'esclusione dei RTI per mancanza dei requisiti di una impresa*, nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 27 marzo 2019, n. 6, in *Urb. e App.*, 2019, 517.

^[46] Cfr. giurisprudenza riportata nota n. 24 in R. CIPPITANI, A. FORMICA, *op. cit.* 548.

^[47] Cfr. giurisprudenza riportata nota n. 26 in R. CIPPITANI, A. FORMICA, *op. cit.* 548.

^[48] R. CIPPITANI, A. FORMICA, *op. cit.*, 548-549.

^[49] R. CIPPITANI, *Modificazioni soggettive e autonomia organizzativa nei raggruppamenti di imprese*, nota a Consiglio di Stato, n. 4918/2016, in *Urb. e App.*, 2017, 401 ss.

^[50] Comparso per la prima volta nell'ordinamento all'art. 9, l. 415/98 che introdusse il comma 5 *bis* all'art. 13, l. 109/94. E per il cui approfondimento si rimanda, tra gli altri a F. TITOMANLIO, R. MANGANI, F. MACRI, G. VETRANO, *Le norme di adeguamento alle direttive Cee 440/89 in materia di appalti di lavori pubblici*, Roma, IGInforma, 1992, 49.

^[51] La sentenza è rinvenibile in www.giustizia-amministrativa.it.

[52] Così L. COLACICCO, *I Raggruppamenti temporanei di imprese e il fenomeno del mutamento soggettivo interno al raduno: orientamenti pretori consolidati e interventi normativi recenti*, in *federalismi.it*, 2024, n. 2, 97.

[53] T.A.R. Campania (Napoli), n. 6122/2017, in *Foro Amm.*, 2017, 2482.

[54] Tra i più importanti si segnalano quello operato con d.lgs. 56/17 – c.d. ‘correttivo’ - ed il d.l. 32/19 – c.d. ‘sblocca cantieri’.

[55] Per tutti, una buona analisi delle antinomie cui si è dato luogo con gli innesti normativi successivi all’adozione del d. lgs. 50/16 in R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il D. Lgs. 56/2017*, Bologna, 2017, 751.

[56] I. PAGANI, *La modifica dei R.T.I. in fase di gara o di esecuzione del contratto pubblico*, in *Giur. It.*, 2022, 2477.

[57] La sentenza è liberamente consultabile in www.giustizia-amministrativa.it.

[58] Per la cui disciplina – non essenziale ai fini della presente trattazione – si rimanda comunque all’ (allora) art. 161, c. 6 della L. fall.

[59] Così Cons. St., Ad. Pl. 9/2021, p.to 11.

[60] Così Cons. St., Ad. Pl. 9/2021, p.to 20. Vd. pure I. PAGANI, *op. cit.*, 2479, che precisa nell'articolo: «Questo perché la scelta sulla prosecuzione dell'attività aziendale è rimessa al giudice fallimentare, in sede di rilascio di quell'autorizzazione [...] che l'imprenditore deve subito richiedere, dimostrando la compatibilità tra procedura concorsuale e affidamento della commessa, sì da contemperare gli interessi tanto del ceto creditorio, quanto di rigenerazione dell'impresa e, soprattutto, della P.A. alla regolare esecuzione del contratto. Per la Plenaria, l'autorizzazione giudiziale dovrà qui intervenire entro il momento dell'aggiudicazione. La partecipazione alle gare necessita dopo la domanda di concordato – "in bianco" o con riserva – dell'autorizzazione del Tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale, secondo il combinato disposto degli artt. 80, 5 comma, lett. b, e 110, 4 comma, Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 50/2016)».

[61] Ai sensi dell'art. 80, c. 5. Lett. b) del d.lgs. 50/16.

[62] Così Cons. St., Ad. Pl. 9/2021, p.to 9.

[63] Cons. St., Ad. Pl. 9/2021, p.to 18.

[64] Vd. p.to 18 della sentenza e, ancora, nota n. 59 del presente lavoro.

[65] Cons. St., Ad. Pl. 9/2021, p.to 18, da ultimo indicato.

[66] La sentenza è liberamente consultabile in www.giustizia-amministrativa.it.

[67] Per tutte, la stessa sentenza che ha rimesso la questione all'Adunanza Plenaria Cons. giust. Amm., n. 37/2021.

[68] Cons. St., Ad. Pl. 10/2021, p.to 12.6.

[69] Con. St., Ad. Pl. 10/2021, p.to 29.4.

[70] Cons. St., Ad. Pl. 10/2021, p.to 33.1.

[71] I. PAGANI, *op. cit.*, 2477.

[72] Si rimanda a nota n. 62.

[73] Vd. par. 2.1.

[74] A. CANDIA, *Art. 97.*, in F. CARINGELLA (dir.), *Nuovo Codice dei Contratti Pubblici*, Milano, Giuffrè, 2023, 650.

[75] Come pure è stata qualificata in dottrina, M. FAVIERE, *Le modifiche soggettive di un R.T.I. in corso di gara*, in *Giur. It.*, 2022, 1935. In considerazione del tenore strettamente letterale delle disposizioni considerate.

[76] Per una nota critica alla pronuncia, D. D'AMICO, *Adunanza Plenaria n. 2/2022: ammessa la modifica soggettiva del RTI in caso di perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 D. Lgs. n. 50/2016 da parte del mandatario o di una delle mandanti anche in fase di gara*, in www.ildirittoamministrativo.it.

[77] Così M. FAVIERE, *op. cit.*, 1935.

[78] Tra le pronunce di riferimento che hanno assunto questo orientamento si veda Cons. St., n. 833/2021.

[79] M. FAVIERE, *op. cit.*, 1936.

[80] Si rimanda per un approfondimento alle riflessioni di Cons. St., n. 2245/2020 e a Cons. St., n. 5255/2020.

[81] Per cui si rimanda ai par. precedenti.

[82] Cons. St., Ad. Pl., 2/2022, p.to 12.

[83] Come visto *supra*, ed è significativo che in sentenza il riferimento sia esplicito a Cons. St., Ad. Pl. 10/2021.

[84] Cons. St., Ad. Pl., 2/2022, p.to 12.

[85] Unitamente ad altre argomentazioni rinvenibili nella sentenza stessa che, solo per ragioni di economia del presente contributo si è ritenuto di omettere in favore di quelle espressamente richiamate ed in ragione di quelle che all'Autore sono apparse più significative nella dinamica (e per gli argomenti trattati) dello scritto.

[86] Il cui divieto di costituzione, in materia di appalti pubblici, è stato limitato al solo caso in cui

la costituzione del raggruppamento 'sovraabondante' stesso sia attuato in una logica anticoncorrenziale. Vedi sul tema, ad esempio, Cons. St. n. 5067/2012.

[87] In risposta ad un ulteriore quesito formulato dall'ordinanza di rimessione.

[88] M. FAVIERE, *op. cit.*, 1936.

[89] M. FAVIERE, *op. cit.*, 1936.

[90] Cfr. c. 9 dell'art. 48 d.lgs. 50/16

[91] Al riguardo, per le ragioni che hanno indotto il Legislatore ad adottare una simile scelta si rimanda alla lettura della *Relazione illustrativa agli articoli e agli allegati del Codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 144 ss.

[92] *Relazione illustrativa agli articoli e agli allegati del Codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 144.

[\[93\]](#) Si pone un interrogativo, al riguardo, in considerazione del fatto che talune ipotesi in precedenza previste dai cc. 17 e 18 oggi non possono essere però ricondotte agli artt. 94 e 95 del d.lgs. 36/23 e – quindi – non possono dirsi regolate dall’art. 97 in commento. Pare a chi scrive, tuttavia, che, qualora le stesse non determinino un’automatica carenza dei requisiti speciali del raggruppamento, non residuano comunque problemi a prevedere una novazione soggettiva del rapporto, in coerenza con il superamento del principio di immodificabilità operata dal d.lgs. 36/2023.

[\[94\]](#) Sul differente meccanismo di operatività dell’art. 97, tra perdita *ab origine* dei requisiti generali di moralità e perdita ‘in corso’ di procedura dei requisiti speciali vd. T.A.R. Lazio (Roma), n. 23475/2024.

[\[95\]](#) Di recente, T.A.R. Campania (Napoli), n. 5211/2024 che, in parte motiva così affronta la questione: *«L’art. 97 conferma ed amplia la disciplina già individuabile nel precedente codice degli appalti, il d.lgs. 50/2016. Da un lato, infatti, l’art. 97 d.lgs. 36/2023 conferma gli orientamenti ai quali era pervenuta la giurisprudenza formatasi nella vigenza del precedente codice, laddove, in materia di “estromissione”, ammette la modifica del raggruppamento cosiddetto “per riduzione”. Dall’altro, l’art. 97 d.lgs. 36/2023 amplia le possibilità di modifica dei concorrenti a struttura plurisoggettiva, laddove, nell’introdurre la nozione di “sostituzione”, ammette la modifica del raggruppamento anche in via “aggiuntiva”. Il legislatore ha consentito ai raggruppamenti, afflitti da vicende inerenti uno dei suoi componenti per condotte ai primi non imputabili e sulle quali non hanno potere di controllo, di prevedere, oltre alla misura dell’estromissione, anche quella della sostituzione. L’art. 97 supera pertanto le restrizioni presenti all’art. 48, commi 17 e 18, d. lgs. 50/2016, prevedendo due possibili misure volte a superare il vizio pendente a carico di uno dei partecipanti al RTI. La prima misura è l’estromissione, con conseguente riduzione soggettiva dell’ATI e redistribuzione interna tra i superstiti dei compiti. La seconda misura è la sostituzione. Con tutta evidenza questa interviene nel caso in cui, in conseguenza dell’estromissione di uno dei componenti, vengano meno i requisiti di partecipazione. Per ovviare a simile inconveniente, l’operatore economico può provvedere a sostituire il partecipante del raggruppamento allo scopo di mantenere i requisiti, senza alterare la divisione dei compiti e fermo rimanendo il rispetto del principio di non modificabilità dell’offerta. Si osserva al riguardo che l’espressione utilizzata dall’art. 97 d.lgs. 36/2023 è identica a quella che si rinviene, con riguardo all’avvalimento, nell’art. 104, laddove si parla di “sostituzione”, ossia il subentro di un nuovo soggetto in conseguenza della fuoriuscita di quello precedente. Il legislatore ha quindi spostato l’attenzione dal soggetto, il partecipante, all’oggetto della gara: in base al principio della par condicio, l’offerta già presentata non può in alcun modo subire modifiche rispetto al contenuto prospettato all’atto della domanda, mentre è consentita la modifica soggettiva, a condizione del rispetto dei*

requisiti di qualificazione». Sempre in sentenza, le prime pronunce dei T.A.R. chiamati a confrontarsi con l'art. 97.

[96] Sul punto, vd. anche *Relazione illustrativa agli articoli e agli allegati del Codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 145.

[97] Sul punto, recentemente Cons. St., Ad. Pl. n. 7/2024 con commento di C. CHIRIELEISON, *Regolarità fiscale e continuità dei requisiti di partecipazione*, in www.ildirittoammministrativo.it. E ancora Cons. St., Ad. Plen. n. 8/2015; Cons. St., n. 2113/2019; Cons. St., n. 3439/2022.

[98] Per cui si rimanda anche al commento critico di A. CANDIA, *Art. 67*, in F. CARINGELLA (dir.), *Nuovo Codice dei Contratti Pubblici*, Milano, Giuffrè, 2023, 436 ss.

[99] Alla lett. d), c. 2 dell'art. 65 d. lgs. 50/16.

[100] Per tutte si rimanda alle considerazioni svolte da Cons. St., n. 10144/2023 e Cons. St., n. 6777/2023 e a tutta la giurisprudenza ivi richiamata.

[101] Per un'attenta analisi precedente al c.d. 'correttivo' vd. S. ESPOSITO, *Sull'ammissibilità del cumulo alla rinfusa: tra interpretazione*

giudiziale e autentica nel nuovo codice dei contratti pubblici, in Urb. App., 2023, 546 ss.

[102] Per una ricostruzione puntuale, articolata e ricca di riferimenti giurisprudenziali si rimanda a S. INGEGNATTI, *Sull'ammissibilità del ricorso al cumulo alla rinfusa negli appalti pubblici*, in *Giur. It.*, 2024, 169 ss.

[103] S. Ingegnatti, *op. cit.*, 171 ss.

[104] S. Ingegnatti, *op. cit.*, 171.

[105] Il riferimento è all'art. 27 del d.lgs. 209/24, c.d. 'correttivo', che modifica in parte il precedente art. 67 del d.lgs. 36/23.

[106] Sul punto si registrano anche i primi pronunciamenti del giudice amministrativo: cfr. T.A.R. Sicilia, (Palermo), 218/24.