

## I raggruppamenti temporanei di imprese

Il vigente Codice dei contratti pubblici è stato introdotto dal D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

L'art. 65 del Codice prevede che sono ammessi alla partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti quelli che definisce 'operatori economici', e nel far ciò rinvia all'articolo 1, lett. I, dell'Allegato I.1 (qui viene definito operatore economico *"qualsiasi persona o ente, anche senza scopo di lucro, che, a prescindere dalla forma giuridica e dalla natura pubblica o privata, può offrire sul mercato, in forza del diritto nazionale, prestazioni di lavori, servizi o forniture corrispondenti a quelli oggetto della procedura di evidenza pubblica"*).

Prevede ancora l'art. 65 del Codice che sono inoltre ammessi a partecipare *"gli operatori economici stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi"*, e ciò – va sottolineato – secondo il principio del 'mutuo riconoscimento' previsto dalla normativa europea; principio del 'mutuo riconoscimento' che, per esempio, ha indotto la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (decisione del 10 novembre 2022 nella causa C-486/21) a sancire il principio per cui *"un'Amministrazione aggiudicatrice può esigere che gli operatori economici siano iscritti in un Registro commerciale o in un Albo professionale, purché ogni concorrente sia abilitato ad avvalersi della sua iscrizione in un analogo registro dello Stato membro in cui è stabilito"*. Quindi – detto altrimenti – è vietato all'Amministrazione che indica una gara di appalto imporre l'iscrizione di un 'operatore economico' straniero nel Registro commerciale o nell'Albo professionale del Paese di appartenenza di quell'Amministrazione nel caso in cui il singolo operatore economico già fruisca di iscrizione in analogo registro o albo di altro Stato dell'Unione Europea, nel senso che quella iscrizione in un diverso Paese è già sufficiente a legittimarne la partecipazione alla gara, senza dover essere accompagnata dall'analoga iscrizione nel Paese dell'Amministrazione appaltante.

E ciò nell'ottica di quella che potremmo chiamare reciprocità dei requisiti di idoneità professionale degli operatori economici aventi sede nei Paesi dell'Unione Europea. Quindi, questo richiamo alla decisione della Corte di Giustizia chiarisce come

opera il principio del 'mutuo riconoscimento', principio espressamente fatto proprio dall'art. 65 del Codice dei contratti pubblici.

Al secondo comma l'art. 65 del Codice fornisce, a titolo esemplificativo, un'elencazione delle tipologie di operatori economici (in particolare, vengono indicati "gli imprenditori individuali, anche artigiani, e le società, anche cooperative; i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro" costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422 e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577; i consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443; i consorzi stabili, 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; i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti o costituendi dai soggetti precedentemente indicati i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti; i consorzi ordinari di concorrenti di cui all'articolo 2602 del codice civile, costituiti o costituendi tra i soggetti di cui alle lettere a), b), c) e d) del presente comma, anche in forma di società ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile; le aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete ai sensi dell'articolo 3, comma 4-ter, del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, n. 33; i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE) ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240).

Tale assetto normativo, quindi con l'assenza di un elenco tassativo dei soggetti ammessi alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, si rivela coerente con l'ampia definizione di 'operatore economico' che delinea la direttiva dell'Unione Europea n. 24 del 2014, nonché con l'evoluzione della giurisprudenza euro-unitaria in materia.

Assume rilievo, infatti, il principio di c.d. neutralità delle forme giuridiche, quale richiamato nel Considerando n. 14 e nell'art. 19 par. 1 della suddetta direttiva n. 24 del 2014; principio di neutralità delle forme giuridiche che consente all'iniziativa privata di aggiungere, come dice la norma, "strumenti di

sviluppo del mercato e delle soggettività” che si sommano a quelli più tradizionali, e ciò – come ha evidenziato la Corte di Giustizia dell’Unione Europea con la decisione 11 giugno 2020, causa C-219/19 – *“a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale l’iniziativa privata ha scelto di operare”*, e – si può aggiungere – senza, peraltro, che tutto ciò faccia venire meno gli strumenti operativi tradizionali e anzi presupponendoli quali attori del mercato, al fine di favorire un’ampia partecipazione alla gara e assicurare un pieno confronto concorrenziale.

Proprio la Corte di Giustizia dell’Unione Europea, con la richiamata decisione 11 giugno 2020, causa C-219/19, ha affermato che *“il diritto nazionale non può vietare ad una fondazione senza scopo di lucro, che è abilitata ad offrire taluni servizi sul mercato nazionale, di partecipare a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici aventi ad oggetto la prestazione degli stessi servizi”*. Quindi, anche un fondazione senza scopo di lucro può concorrere, se abilitata ad offrire quei servizi sul mercato nazionale.

Con un’altra pronuncia (del 18 dicembre 2014, C-568/13) la Corte di Giustizia dell’Unione Europea aveva in precedenza osservato che *“uno degli obiettivi della normativa dell’Unione in materia di appalti pubblici è costituito dall’apertura alla concorrenza nella misura più ampia possibile, apertura che è anche nell’interesse stesso dell’amministrazione aggiudicatrice, la quale disporrà così di un’ampia scelta circa l’offerta più vantaggiosa e più rispondente ai bisogni della collettività pubblica interessata”* e, ancora, la Corte – con questa pronuncia – aveva evidenziato che *“sia dalle norme dell’Unione sia dalla giurisprudenza risulta che è ammesso a presentare un’offerta o a candidarsi qualsiasi soggetto o ente che, considerati i requisiti indicati in un bando di gara, si reputi idoneo a garantire l’esecuzione dell’appalto, indipendentemente dal fatto di essere un soggetto di diritto privato o di diritto pubblico e di essere attivo sul mercato in modo sistematico oppure soltanto occasionale”*.

Alla luce di queste statuizioni, appare dunque chiaro come la nozione di “operatore economico” privilegi il profilo ‘sostanziale’ rispetto a quello ‘formale’, non incidendo la natura pubblica o privata o il tipo di organizzazione interna, ed assumendo invece rilievo la capacità di offrire sul mercato beni, servizi o lavori,

quindi con una definizione di ‘operatore economico’ che si potrebbe dire ‘dinamica’ e ‘flessibile’, ovvero ‘a maglie larghe’; in altri termini, la forma giuridica del soggetto offerente è - in linea di principio - irrilevante, caratterizzandosi piuttosto l’operatore economico per il tratto funzionale dell’offrire sul mercato la realizzazione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi, sì che – a ben vedere – un operatore economico non si individua sotto il profilo soggettivo bensì sotto il profilo oggettivo.

Ed in tal senso appare significativo come, già nella vigenza della pregressa disciplina statale (anteriore cioè al Codice del 2023), ma comunque in attuazione dei principi euro-unitari in esame, si era fatta a suo tempo rientrare nella nozione di ‘operatore economico’ (e in questo senso si era espresso il Consiglio di Stato con la sentenza n. 7912 del 10 dicembre 2020) *“qualunque aggregazione riconducibile ad unità economica, sia esso persona o ente, indipendentemente dalla sua forma giuridica”* essendo *“sufficiente – quando si tratti di strutture organizzate – un adeguato grado di autonomia organizzativa, contabile e dispositiva, tali da supportare un’autonoma “offerta” di prestazioni”*.

Va però anche evidenziato come la definizione di “operatore economico” di cui all’articolo 1, lettera l), dell’Allegato I.1 del Codice dei contratti pubblici parli di *“persona o ente ... che può offrire sul mercato, in forza del diritto nazionale, prestazioni di lavori, servizi o forniture corrispondenti a quelli oggetto della procedura di evidenza pubblica”*; e proprio quel *“in forza del diritto nazionale”* si presenta - a prima vista - incoerente con la normativa europea, trattandosi di un richiamo verosimilmente legato al timore che, senza questo argine, possano insorgere difficoltà delle stazioni appaltanti a gestire situazioni per le quali la disciplina statale non fornisca il necessario supporto normativo; anche se - bisogna dire - la coerenza con la disciplina interna viene comunque garantita dai requisiti speciali che le stazioni appaltanti hanno titolo a richiedere agli offerenti quale condizione per partecipare alla gara.

Ora, in tale contesto, e qui veniamo ai raggruppamenti temporanei di imprese, è stato reso possibile alla disciplina dei contratti pubblici – quale si è susseguita nel tempo – l’individuazione di specifici istituti finalizzati a consentire ad una soggettività imprenditoriale di usufruire delle esperienze,

competenze e qualificazioni acquisite da altra soggettività in una prospettiva di sviluppo del mercato interno e di partecipazione il più possibile numerosa alle gare, in tal modo favorendo la cooperazione fra imprese che se, isolatamente considerate, sarebbero prive dei requisiti di partecipazione.

E si tratta, evidentemente, di istituti (fra i quali, in particolare, l'avvalimento e il raggruppamento temporaneo di imprese) che presuppongono quanto meno l'assunzione di un impegno o la stipulazione di un contratto come presupposti per consentire l'effetto acquisitivo in capo al partecipante alla gara e, nel contempo, disciplinare la relativa responsabilità e supportare lo svolgimento di controlli da parte della stazione appaltante, senza invece che sia richiesta sempre la stipulazione di un contratto associativo che dia forma ad una ulteriore soggettività (cioè una soggettività che presenterebbe l'offerta in quanto tale e così si sostituirebbe integralmente alle sue componenti); invece, con tali figure – quale il raggruppamento temporaneo di imprese – non si dà luogo ad un soggetto giuridico autonomo.

A tal proposito si è osservato in giurisprudenza che la circostanza che l'art. 19 paragrafo 2 della direttiva dell'Unione Europea n. 24 del 2014 disponga che i raggruppamenti di operatori *“non possono essere obbligati dalle amministrazioni aggiudicatrici ad avere una forma giuridica specifica ai fini della presentazione di un'offerta o di una domanda di partecipazione”* non osta a che si richieda una qualche modalità di formalizzazione contrattuale che supporti il superamento della soggettività giuridica; e ciò in quanto la norma si limita ad impedire, se non nei casi ivi previsti, la predeterminazione di una specifica forma giuridica (mi riferisco a quanto osservato dalla sentenza del Cons. Stato, Sez. V, 3 giugno 2025 n. 4813). Questa stessa sentenza evidenzia come, infatti, il raggruppamento temporaneo di imprese richieda la sottoscrizione dell'offerta da parte di tutti i componenti e l'assunzione di un impegno alla stipulazione di un mandato collettivo speciale con rappresentanza, gratuito e irrevocabile, in caso di aggiudicazione, connotandosi l'istituto per la responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante nonché nei confronti del subappaltatore e dei fornitori, e connotandosi altresì per la potestà di controllo della stazione appaltante sulla sussistenza dei requisiti di partecipazione.

Possiamo dunque occuparci, così introducendola, della particolare figura del raggruppamento temporaneo di imprese, che l'articolo 1, lett. m), dell'Allegato I.1 del Codice dei contratti pubblici definisce come *“un insieme di imprenditori, o fornitori, o prestatori di servizi, costituito o costituendo, anche mediante scrittura privata, allo scopo di partecipare alla procedura di affidamento di uno specifico contratto pubblico mediante presentazione di una unica offerta”*.

L'art. 65, comma 2, lett. e), del Codice, a sua volta, nel far rientrare tale figura tra gli 'operatori economici', ne parla come di *“raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti o costituendi dai soggetti [di cui alle lettere a), b), c) e d)] i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti”*.

Il successivo art. 68 del Codice dei contratti pubblici si occupa della disciplina particolareggiata di tale figura di 'operatore economico', ribadendo – rispetto al disposto dell'art. 65 – che il raggruppamento può presentare l'offerta 'anche se non ancora costituito'.

Al primo comma, in particolare, è precisato che, in caso di raggruppamento non ancora costituito, l'offerta deve essere sottoscritta da tutti gli operatori economici che costituiranno il raggruppamento temporaneo e deve contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, gli stessi operatori conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, da indicare in sede di offerta e qualificato come mandatario, il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti; è chiaro che, imponendo la sottoscrizione di tutti coloro che si propongono quali futuri componenti del particolare soggetto aggregato in questione, il legislatore ha inteso individuare l'unico strumento idoneo a fare assumere in capo agli stessi la paternità dell'offerta e in tal modo anche le conseguenti responsabilità nei confronti della Stazione appaltante.

Il tutto in coerenza con il consolidato indirizzo interpretativo secondo cui – e qui riporto un passaggio della sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, n. 2115 del 4 marzo 2024 – l'offerta esprime l'impegno negoziale del concorrente ad eseguire l'appalto con prestazioni conformi al relativo oggetto e la

sottoscrizione serve a rendere nota la paternità e a vincolare l'autore al contenuto del documento contenente la dichiarazione; sì che la sottoscrizione assolve la funzione di assicurare provenienza, serietà, affidabilità e insostituibilità dell'offerta e costituisce elemento essenziale per la sua ammissibilità, sotto il profilo sia formale sia sostanziale.

Quanto, poi, all'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, gli stessi operatori conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi – da indicare in sede di offerta e qualificato come mandatario –, si tratta di schema operativo che riprende quanto già nella previgente disciplina aveva indotto la giurisprudenza a rilevare (fra le altre, richiamo il Cons. Stato, Sez. III, sentenza n. 8843/2024) che in simili casi la capogruppo è dotata di uno speciale potere di rappresentanza conferitole dalle imprese raggruppande attraverso l'impegno a stipulare mandato collettivo speciale; impegno a stipulare mandato collettivo speciale che è da intendere come un "preliminare" di mandato sottoposto a condizione risolutiva, condizione risolutiva che opera in caso di mancata aggiudicazione dell'appalto al costituendo raggruppamento temporaneo di imprese.

E, in questo quadro, è chiaro che l'impegno a stipulare il mandato collettivo speciale è un atto distinto dall'offerta, assolvendo la diversa funzione di garantire all'Amministrazione l'effettiva costituzione del soggetto aggregato che, in caso di aggiudicazione, diverrà affidatario dell'appalto.

Come è stato ripetutamente osservato, quella del raggruppamento temporaneo di imprese è una soluzione agile per incrementare le possibilità di partecipazione alle procedure di gara, vista la rilevante elasticità con cui le imprese sono in grado di individuare gli operatori con cui raggrupparsi.

Va soprattutto rilevato come, in modo molto significativo, la nuova regolamentazione recepisca una pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione Europea (sez. IV, 28 aprile 2022 in causa C-642/20), circa la facoltà discrezionale delle stazioni appaltanti – alla luce dell'art. 19, par. 2, della direttiva n. 24 del 2014 – di modulare il possesso dei requisiti tra i componenti dei raggruppamenti di imprese.

E, infatti, l'art. 68 del Codice dei contratti pubblici non reca più la distinzione tra raggruppamenti verticali e raggruppamenti orizzontali, essendo stato precisato, a pag. 103 della 'relazione

illustrativa' al Codice, che una simile scelta è coerente con la "sentenza della Corte di giustizia, sez. IV, 28 aprile 2022, in causa C-642/20 (punti 38, 39 e 40: laddove questa dice che, se non è ammissibile che uno Stato membro predetermini le modalità esecutive all'interno del raggruppamento, lo può fare in certi casi l'Amministrazione)"; e quindi – prosegue la 'relazione' – all'art. 68 del Codice si è configurato l'istituto del raggruppamento senza ricorrere alle figure del raggruppamento orizzontale e del raggruppamento verticale, consentendo la presentazione di un'offerta sulla base del solo mandato collettivo, senza richiedere ulteriori requisiti, e comportando tale modello organizzativo la responsabilità solidale dei partecipanti.

In effetti, come è stato rilevato dal Consiglio di Stato (mi riferisco alla sent. n. 7194 del 21 agosto 2024), la direttiva europea in questione si limita ad autorizzare la stazione appaltante a prescrivere, nel bando di gara, che taluni compiti essenziali siano svolti direttamente da un partecipante al raggruppamento temporaneo, ed inoltre la direttiva prevede che gli Stati membri possono stabilire clausole standard che specifichino il modo in cui i raggruppamenti di operatori economici devono esaudire le condizioni relative alla capacità economico-finanziaria o alle capacità tecniche e professionali.

Pertanto, in conclusione, la possibilità di intervenire sulle modalità esecutive dei raggruppamenti e dei relativi partecipanti è demandata alle sole Stazioni appaltanti, potendo gli Stati membri intervenire, in alcuni casi, unicamente sui requisiti di qualificazione.

E dunque, in ossequio alla disciplina euro-unitaria, è venuto meno l'obbligo di prestazione maggioritaria da parte della mandataria, così come è venuta meno la distinzione tra raggruppamenti orizzontali e raggruppamenti verticali, essendo consentito al raggruppamento la formulazione di un'offerta senza specifici requisiti, purché sulla base di un mandato collettivo e con le formalità di cui si è detto, alla luce del disposto del comma 1 dell'art. 68 del Codice dei contratti pubblici.

Il tutto in coerenza con il rilievo della Corte di giustizia dell'Unione Europea (richiamo ancora la sentenza 28 aprile 2022, in causa C-642/20) secondo cui *"la volontà del legislatore dell'Unione ... consiste nel limitare ciò che può essere imposto a*

*un singolo operatore di un raggruppamento, seguendo un approccio qualitativo e non meramente quantitativo, al fine di incoraggiare la partecipazione di raggruppamenti come le associazioni temporanee di piccole e medie imprese alle gare di appalto pubbliche”; e ancora, dice la Corte di giustizia che occorre evitare che venga così pregiudicata la “finalità, perseguita dalla normativa dell’Unione in materia, di aprire gli appalti pubblici alla concorrenza più ampia possibile e di facilitare l’accesso delle piccole e medie imprese”.*

In altri termini, il raggruppamento temporaneo di imprese, non dando luogo ad un soggetto giuridico autonomo né ad una stabile organizzazione di impresa, è una formula aggregativa preordinata a garantire la partecipazione alle gare anche a soggetti che da soli non sarebbero in grado di farlo, quindi assolve una funzione pro-concorrenziale, con l’obiettivo di scongiurare il consolidamento di posizioni dominanti nel settore, a scapito dei concorrenti medio-piccoli.

In tale quadro, come stabilito dall’art. 68, comma 2, del Codice, permane però l’obbligo dei raggruppamenti di specificare, in sede di offerta, le categorie di lavori o le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli componenti; mentre il successivo comma 4 dell’art. 68 consente alle stazioni appaltanti di imporre ai raggruppamenti l’assunzione di una forma giuridica specifica dopo l’aggiudicazione del contratto, nel caso in cui tale variazione sia necessaria per la buona esecuzione delle relative prestazioni, e consente altresì alle stazioni appaltanti di specificare nei documenti di gara le modalità con cui i raggruppamenti ottemperano ai requisiti in materia di capacità economica e finanziaria o di capacità tecniche e professionali, purché ciò sia proporzionato e giustificato da motivazioni obiettive.

Ora, va notato come, in coerenza con i principi euro-unitari in materia, il comma 3 dello stesso art. 68 preveda che *“I raggruppamenti temporanei non possono essere obbligati ad avere una forma giuridica specifica ai fini della presentazione di un’offerta o di una domanda di partecipazione”*, mentre il comma 4 di cui vi dicevo autorizza sì le stazioni appaltanti ad imporre ai raggruppamenti l’assunzione di una ‘forma giuridica specifica’, e però questo solamente per la fase successiva all’aggiudicazione del contratto e quando ciò risponda ad ineludibili esigenze legate alla buona esecuzione del contratto

medesimo, il che chiaramente comporta – visto il suo carattere di eccezionalità – che la scelta in tal senso operata dall'Amministrazione ne renda percepibili le ragioni, dando adeguato conto della sussistenza, nel caso specifico, delle peculiari condizioni che autorizzano la deroga alla regola generale.

I successivi commi 5, 6, 7 e 8 dell'art. 68 del Codice si occupano delle modalità di costituzione dei raggruppamenti temporanei, in particolare dell'individuazione dei tratti caratteristici e del regime giuridico del mandato collettivo speciale con rappresentanza che deve essere conferito all'impresa 'mandataria', impresa mandataria che è titolare della rappresentanza esclusiva, anche processuale, delle mandanti nei confronti della stazione appaltante.

Significativo è il comma 8 laddove statuisce che il *“rapporto di mandato non determina di per sé organizzazione o associazione degli operatori economici riuniti, ognuno dei quali conserva la propria autonomia ai fini della gestione, degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali”*.

E' evidente, a tal proposito, che il legislatore richiede il vincolo contrattuale del mandato collettivo, al fine di assicurare alla controparte pubblica l'unicità dell'offerta e del centro di imputazione dei relativi interessi e responsabilità; l'unicità dell'offerta, pertanto, poggia sul mandato collettivo, e in tal modo l'istituto, pur nella connotazione contrattuale avente causa non associativa e che quindi non assicura la creazione di una sola soggettività giuridica, si caratterizza per l'idoneità a veicolare un'unica offerta. La disciplina pubblicistica, d'altra parte, non si inserisce nel rapporto interno fra i componenti del raggruppamento, che conservano la propria autonomia pur interagendo in modo unitario con l'Amministrazione, così come desumibile dal surrichiamato comma 8 (dove si dice *“il rapporto di mandato non determina di per sé organizzazione o associazione degli operatori economici riuniti, ognuno dei quali conserva la propria autonomia ai fini della gestione, degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali”*).

Ne ha desunto la giurisprudenza che i rapporti interni fra i componenti del raggruppamento non si riflettono, di norma, sul rapporto di diritto pubblico con la stazione appaltante, se non nei casi espressamente previsti, e ciò perché altrimenti l'istituto del raggruppamento temporaneo, anziché rappresentare un

volano per la concorrenza nel settore delle commesse pubbliche, diverrebbe un elemento ostativo, idoneo a ritardare e paralizzare gli affidamenti, anziché ad assicurarne una maggiore efficienza.

Quindi, le problematiche interne a detti rapporti e la trasparenza degli stessi non si riverberano sulla stazione appaltante, la cui posizione è presidiata dall'unicità dell'offerta e dalla responsabilità solidale delle imprese raggruppate, in linea con la tipica *ratio* dell'istituto; e ciò con la conseguenza che, ad esempio, la stazione appaltante non può disporre l'estromissione di un singolo componente del raggruppamento, proprio perché non è titolare del potere di intervenire nei rapporti privatistici fra i membri del raggruppamento. Naturalmente, però, in assenza di previsioni normative di segno contrario, le singole imprese sono libere di regolare autonomamente i loro rapporti interni, dettando una specifica ripartizione delle responsabilità da far valere poi in sede di rivalsa nei confronti delle altre imprese, ma il tutto – è bene ripeterlo – in un quadro normativo volto a garantire all'Amministrazione la disponibilità di strumenti giuridici idonei alla tutela dell'interesse pubblico perseguito con l'affidamento della commessa.

In definitiva, l'Amministrazione si relaziona con il raggruppamento in quanto tale, prescindendo dai rapporti interni, ed è ciò a caratterizzare tale tipo di 'operatore economico', costituendone una deroga però la previsione secondo cui *“La stazione appaltante ... può far valere direttamente le responsabilità facenti capo ai mandanti”* (come dettato dal comma 7 dell'art. 68) in riferimento questa previsione alla fase di esecuzione del contratto, con conseguente deroga in tal modo alla rappresentanza attribuita *ex lege* alla sola mandataria (come stabilito dallo stesso comma 7).

Da notare, ancora, come il mandato collettivo speciale con rappresentanza conferito all'operatore mandatario è irrevocabile (lo prevede il comma 6), venendo precisato che *“la sua revoca, anche per giusta causa, non ha effetto nei confronti della stazione appaltante”*; e ciò evidentemente tutela l'Amministrazione, che fruisce della responsabilità solidale delle imprese stabilita dal successivo comma 9. Però, va sottolineato, la revoca del mandato collettivo speciale è ammessa dal comma

6 per il “*caso di inadempimento dell’impresa mandataria*”, precisando la stessa disposizione che ciò è previsto “*al fine di consentire alla stazione appaltante il pagamento diretto nei confronti delle altre imprese del raggruppamento*”, quindi per far fronte ad una situazione particolare che, altrimenti, vedrebbe ingiustamente penalizzate le imprese mandanti, che di regola sono prive di una via di interlocuzione diretta con l’Amministrazione.

Passando al comma 9 dell’art. 68, emerge la previsione di una responsabilità solidale dei componenti del raggruppamento nei confronti della Stazione Appaltante nonché nei confronti del subappaltatore e dei fornitori, responsabilità solidale che insorge *ex lege* con la presentazione dell’offerta unitaria. Si tratta di una responsabilità generale – ovvero riguardante tutte le prestazioni in contratto –, che concorre con quella di altro soggetto giuridico quando l’ente appaltante abbia imposto al raggruppamento di assumere una determinata forma giuridica per la fase di esecuzione del contratto.

Come la giurisprudenza ha avuto modo di rilevare, tale tipologia di responsabilità garantisce l’Amministrazione circa il fatto che tutti i partecipanti al raggruppamento rispondono dell’attività compiuta senza possibilità di distinguere le singole posizioni soggettive, così delineando la forma di responsabilità che più si avvicina a quella prevista per le soggettività giuridiche singole che partecipano alla gara e ottengono la commessa, e ciò in coerenza con lo schema-tipo per cui l’ente appaltante si interfaccia con il raggruppamento in quanto tale, prescindendo dai rapporti interni.

In definitiva, relativamente a tale tipologia di operatori economici, la responsabilità personale deriva dalla presentazione di un’offerta unitaria ed è accompagnata dalla responsabilità solidale delle imprese componenti del raggruppamento. Responsabilità solidale che comporta che, in caso di inadempimento imputabile ad uno dei componenti del raggruppamento, l’Ente appaltante può imporre agli altri membri l’esecuzione diretta di quelle prestazioni, oppure può risolvere il contratto per grave inadempimento in capo all’intero raggruppamento facendo gravare su tutte le imprese il risarcimento del danno a titolo di responsabilità solidale.

Proseguendo nell’esame dell’art. 68, al comma 10 è stabilito che “*Le stazioni appaltanti possono richiedere ai raggruppamenti di*

*operatori economici condizioni per l'esecuzione di un appalto diverse da quelle imposte ai singoli partecipanti, purché siano proporzionate e giustificate da ragioni oggettive".* Si tratta di disposizione che ripropone quanto già previsto dall'art. 45, comma 5, del Codice dei contratti pubblici del 2016, in coerenza con il disposto dell'art. 19, comma 2, della direttiva dell'Unione Europea n. 24 del 2014, nella parte in cui – a proposito delle associazioni temporanee – la direttiva dice che *"Le condizioni per l'esecuzione di un appalto da parte di tali gruppi di operatori economici, diverse da quelle imposte a singoli partecipanti, sono giustificate da motivazioni obiettive e sono proporzionate"*. Non aggiungerei altro, trattandosi di previsione oramai consolidata nell'ordinamento interno, in linea con quello europeo.

I commi 11, 12 e 13 dell'art. 68 del Codice regolano, poi, i requisiti di partecipazione richiesti alle imprese raggruppate.

A tal proposito il comma 11 subordina l'ammissione alla gara alla circostanza che le imprese *"abbiano complessivamente i requisiti relativi alla capacità economica e finanziaria e alle capacità tecniche e professionali"*, precisando però la norma che *"l'esecutore sia in possesso dei requisiti prescritti per la prestazione che lo stesso si è impegnato a realizzare ai sensi del comma 2"*, e il comma 2, come si è prima accennato, impone di indicare in sede di offerta *"le categorie di lavori o le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati, con l'impegno di questi a realizzarle"*.

Si tratta, per questa parte, di una disposizione coerente con una pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 2019 (la sentenza n. 6), che – in riferimento ad un appalto di lavori – aveva enunciato il principio di diritto secondo cui *"... 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"*. Con questa sentenza veniva dunque affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato il principio della necessaria corrispondenza tra requisito di qualificazione e quota

dei lavori da eseguire, a garanzia dell'affidabilità professionale del contraente, contraente che – quando costituito in forma di raggruppamento – deve distribuire le quote di lavori tra i suoi vari componenti in modo compatibile con i loro requisiti di qualificazione.

E il Codice del 2023 ha fatto proprio tale principio, senza tuttavia distinguere tra appalti di lavori e appalti di servizi e forniture, nel senso che, pur ammettendo che i requisiti di partecipazione siano posseduti dal raggruppamento nel suo complesso, il Codice richiede che ogni componente del raggruppamento sia qualificato per le prestazioni che si è impegnato ad eseguire; quindi, all'atto della partecipazione alla gara deve esservi corrispondenza tra quota di esecuzione dichiarata e capacità tecnico-qualificativa posseduta dalla singola impresa dichiarante, non potendo la singola impresa assumere una quota di esecuzione delle prestazioni in misura superiore alla qualificazione posseduta.

Come la giurisprudenza ha avuto modo di osservare, le norme che prevedono il principio di corrispondenza tra quote di qualificazione e quote di esecuzione dei soggetti raggruppati non violano il principio di parità di trattamento, poiché non portano affatto ad un trattamento deteriore dei raggruppamenti rispetto ai concorrenti che partecipano alle gare singolarmente, essendo comunque necessario il possesso dei requisiti di qualificazione per la quota di esecuzione prevista, e ciò sia per il singolo che per l'impresa associata. Né risultano violati i principi di *favor participationis*, di ragionevolezza e di proporzionalità, in quanto il sistema dei requisiti di qualificazione ha la funzione di garanzia di serietà ed affidabilità tecnica ed imprenditoriale dell'impresa e non può che riferirsi ad ogni singola impresa, ancorché associata in un raggruppamento, senza che sia pretermesso il principio del libero accesso alle gare, posto che tale accesso è certamente "libero" per i soggetti che rispondono ai requisiti previsti dall'ordinamento per la partecipazione.

E, d'altra parte, il principio volto a garantire la più ampia partecipazione alle gare non agisce "in astratto", ma esso, nella sua concreta attuazione, non può che riferirsi ad imprese che – per serietà ed affidabilità tecnico-professionale (appunto validate dal possesso dei requisiti) – sono potenzialmente idonee ad assumere il ruolo di contraenti con gli operatori pubblici, sicché la partecipazione alla gara da parte dell'impresa

associata in un raggruppamento temporaneo può avvenire solo a condizione del possesso di requisiti di qualificazione corrispondenti alla quota di esecuzione per essa prevista.

Dicevo che il Codice del 2023, circa tale aspetto, non distingue espressamente tra appalti di lavori e appalti di servizi e forniture, così apparentemente dettando la medesima disciplina per le varie tipologie di appalti; e ciò, quindi, introdurrebbe una significativa novità rispetto alla normativa pregressa, nella cui vigenza si era consolidato l'orientamento giurisprudenziale secondo cui negli appalti di servizi e forniture (e solo per gli appalti di servizi e forniture) *“non vige ex lege il principio di necessaria corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa del raggruppamento e la quota della prestazione di rispettiva pertinenza, essendo la relativa disciplina rimessa alle disposizioni della lex specialis della gara”*, sì che – si era ripetutamente affermato – rientra nella discrezionalità della stazione appaltante sia stabilire il fatturato necessario per la qualificazione delle imprese, sia fissare le quote che devono essere possedute dalle imprese partecipanti ai raggruppamenti.

Alla base di tale indirizzo era una pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (la n. 27 del 2014), poi consolidatasi in un orientamento secondo il quale la normativa in materia, sancendo la responsabilità 'solidale' di tutti i componenti del raggruppamento temporaneo di imprese per l'adempimento dell'intera prestazione contrattuale, esclude qualsivoglia rischio di “elusione del principio di affidabilità degli operatori economici”, rimettendo all'apprezzamento discrezionale della Stazione appaltante l'eventuale prescrizione del possesso di una quota minima di requisito in capo alle singole imprese del raggruppamento, ad ulteriore garanzia di serietà ed affidabilità tecnica ed imprenditoriale del contraente privato.

Orbene, per questa tematica la lettura della nuova normativa di cui al Codice del 2023, che emerge dalla giurisprudenza, non è però unanime.

E mi riferisco, tra le ultime, alla sentenza n. 9111 del 12 maggio 2025 del TAR Lazio, sede di Roma, che dal combinato disposto dei commi 2 e 11 dell'art. 68 del Codice ricava l'intervenuta estensione agli “appalti di servizi e forniture” del principio di necessaria corrispondenza tra la qualificazione della singola impresa del raggruppamento e la quota della prestazione di sua

spettanza, cosicché sarebbe venuta meno la distinzione ravvisata nella precedente disciplina; mentre, ad. es., il TAR Campania, Sezione di Salerno, con la sentenza n. 1471 del 15 settembre 2025 si è espresso per la permanenza di quel diverso regime, evidenziando che unicamente per gli appalti di lavori il combinato disposto degli articoli 68, comma 2, e 100, comma 4, del Codice del 2023 definisce il criterio secondo cui la partecipazione alla gara da parte dell'impresa associata in raggruppamento può avvenire solo a condizione del possesso di requisiti di qualificazione corrispondenti alla quota di esecuzione dei lavori per essa prevista; e ciò, dice la sentenza, alla luce anche degli articoli 2, comma 2, e 30, comma 2, dell'Allegato II.12 al Codice, dai quali sarebbero enucleabili principi che trovano una corrispondenza nel quadro normativo di cui al Codice dei contratti pubblici del 2016.

Si tratterà, dunque, di vedere come verrà definito il contrasto giurisprudenziale, per un aspetto di significativa rilevanza. Ma, intanto, proprio pronunciandosi in appello sulla suddetta sentenza n. 9111 del 12 maggio 2025 del TAR Lazio, la settimana scorsa il Consiglio di Stato (con sentenza n. 9599 del 5 dicembre 2025) si è espresso nel senso che l'art. 68, comma 11, del Codice dei contratti pubblici del 2023 non ha affatto introdotto, con riferimento agli appalti di servizi e forniture, il principio della necessaria corrispondenza tra i requisiti di qualificazione e le quote di esecuzione degli operatori facenti parte del raggruppamento. Con detta pronuncia il Consiglio di Stato, alla stregua di un'interpretazione sistematica dei commi 2, 4 e 11 dell'art. 68 del d.lgs. n. 36 del 2023, relativamente agli appalti di servizi e forniture, ha concluso che la regola generale è rimasta quella del possesso del requisito di capacità tecnica in capo al soggetto collettivo nel suo insieme (esattamente come nel passato, alla stregua della lettura che era stata data dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 27 del 2014, di cui si è detto), e ciò, però, ha precisato il Consiglio di Stato salva specifica previsione della legge di gara che, alla luce della peculiarità della prestazione, imponga il possesso *pro quota* o *pro parte* dei requisiti di qualificazione in capo ai singoli raggruppati esecutori. Quindi, la regola difetterebbe a livello normativo, ma sarebbe rimessa alla stazione appaltante la sua appropriata introduzione nella singola gara.

Degli appalti di lavori, con riferimento però ad altro profilo, si occupa il successivo comma 12 dell'art. 68, riproponendo la previsione normativa di cui all'art. 92, comma 5, del d.P.R. n. 207 del 2010, che recava il regolamento di attuazione del Codice dei contratti pubblici del 2006.

Si tratta dell'istituto della "cooptazione", caratterizzato dall'obiettivo di consentire l'accesso al mercato di operatori minori (e infatti prevede detta norma che *"Se il singolo concorrente o i concorrenti che intendano riunirsi in raggruppamento temporaneo hanno i requisiti di cui al presente articolo, possono raggruppare altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando, a condizione che i lavori eseguiti da queste ultime non superino il 20 per cento dell'importo complessivo dei lavori e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna sia almeno pari all'importo dei lavori che saranno ad essa affidati"*). In tal modo, quindi, si realizza una forma di cooperazione nell'esecuzione dell'appalto che consente ad imprese di piccole dimensioni di entrare nel mercato delle commesse pubbliche, pur in mancanza del possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali di norma richiesti per la partecipazione come concorrente alle procedure di evidenza pubblica.

Chiaramente, opera una deroga alla regola per cui l'impresa che esegue le prestazioni deve disporre di determinati titoli di partecipazione, a fronte di un istituto (quello della 'cooptazione') che assume rilievo nella sola fase di esecuzione del contratto, coerentemente con la sua finalità che si colloca al di fuori del vincolo associativo di partecipazione. Pertanto, l'impresa 'cooptata' non è tenuta a dimostrare il possesso dei requisiti specifici richiesti dal bando, purché detti requisiti siano posseduti dalle altre imprese e purché l'impresa 'cooptata' posseda una qualificazione globale di importo pari all'ammontare complessivo dei lavori alla stessa affidati; il tutto perché la cooptazione è un istituto di carattere speciale che abilita un soggetto, privo dei prescritti requisiti di ammissione, alla sola esecuzione dei lavori nei limiti del 20%, con la conseguenza che, come ripetutamente affermato dalla giurisprudenza, *i)* il soggetto cooptato non può acquistare lo *status* di concorrente e alcuna quota di partecipazione all'appalto, *ii)* il soggetto cooptato non può rivestire la posizione

di offerente, prima, e di contraente, poi; *iii*) il soggetto cooptato non può prestare garanzie, al pari di un concorrente o di un contraente, *iiii*) il soggetto cooptato non può, in alcun modo, subappaltare o affidare a terzi una quota dei lavori da eseguire. Inoltre, il ricorso alla ‘cooptazione’, alla luce del carattere eccezionale e derogatorio dell'istituto, deve necessariamente scaturire da una dichiarazione espressa ed inequivoca del concorrente – che deve subito manifestare l’intenzione di volersi avvalere di tale strumento operativo dando indicazione dell’impresa cooptata –, per evitare che un uso improprio dell’istituto consenta l’elusione della disciplina inderogabile in tema di qualificazione e di partecipazione alle procedure di evidenza pubblica, sì da doversi escludere la figura della ‘cooptazione’ laddove l’impresa asseritamente cooptata abbia tenuto un comportamento tale da manifestare la volontà, oltre che di eseguire i lavori, anche di impegnarsi direttamente nei confronti della Amministrazione appaltante al pari di una impresa associata.

Si tratta di condizioni che la giurisprudenza ha costantemente ritenuto ineludibili per il legittimo operare dell’istituto, e non v’è quindi ragione perché ciò non valga anche nella vigenza del Codice del 2023.

Concludiamo la disamina dei ‘requisiti di partecipazione’ con un rapidissimo richiamo al comma 13 dell’art. 68, che fa rinvio ai requisiti ‘generalì’ di cui agli articoli 94 e 95, requisiti relativi alla totalità degli operatori economici.

Venendo al comma 14 dell’art. 68, la questione è quella della partecipazione alla gara di imprese che fanno parte di più raggruppamenti o consorzi ordinari, o che concorrano anche singolarmente oltre che quali componenti di raggruppamenti o consorzi ordinari, e quindi di imprese cui siano in definitiva riconducibili più offerte nella medesima gara, situazione questa in passato vietata e quindi causa di esclusione dalla gara. Ora, invece, la norma in esame – relativamente ai casi di partecipazione plurima alla medesima procedura di gara – impone l’estromissione dalla procedura concorsuale solo se emerge la sussistenza di rilevanti indizi tali da far ritenere che le offerte coinvolte siano imputabili ad un ‘unico centro decisionale’, a meno che (e in questo caso non ci sarebbe l’esclusione) l’operatore economico interessato riesca a dimostrare che *“la circostanza non ha influito sulla gara, né è*

*idonea a incidere sulla capacità di rispettare gli obblighi contrattuali”.*

Si tratta di una norma che, come chiarito a pag. 108 della ‘relazione illustrativa’ al Codice, il legislatore ha inteso adeguare ai rilievi della procedura di infrazione n. 2018/2273 della Commissione Europea; in particolare, prendendo a riferimento la normativa italiana, allora in vigore, ovvero la normativa di divieto incondizionato ai diversi offerenti in una determinata procedura di gara di affidarsi alle capacità dello stesso soggetto e di divieto incondizionato al soggetto delle cui capacità un offerente intende avvalersi di presentare un’offerta nella stessa procedura di gara. Ebbene, in relazione a tali previsioni la Commissione Europea si diceva *“dell’avviso che quei divieti incondizionati siano incompatibili con il principio di proporzionalità (di cui all’articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2014/23/UE, all’articolo 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24/UE e all’articolo 36, paragrafo 1, della direttiva 2014/25/UE), in quanto essi 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”.*

Di qui la scelta del legislatore di inserire, in luogo del suddetto automatico divieto, la disposizione in forza della quale la partecipazione alla stessa gara in qualsiasi altra forma, da parte del componente del raggruppamento offerente, determina l’estromissione del medesimo se è integrato il presupposto della causa escludente costituito dalla riconducibilità delle offerte ad un *unico centro decisionale*, sempre che l’operatore economico non dimostri che la sussistenza dell’*unico centro decisionale* non ha influenzato l’andamento della gara né è in grado di limitare l’osservanza degli obblighi contrattuali.

In ragione, quindi, di tale nuova previsione, nelle situazioni di questo tipo spetta alla Stazione Appaltante effettuare un’istruttoria che consenta, anche con l’ausilio dell’operatore economico interessato, gli accertamenti funzionali alla corretta applicazione della norma, ovvero le verifiche volte ad escludere che la plurima partecipazione alla gara sia motivo di alterazione della stessa o di condizionamento degli impegni negoziali assunti da quell’operatore economico.

Possiamo passare, ora, ad un esame congiunto dei commi 15 e 17 dell'art. 68, circa il principio di immodificabilità soggettiva dei raggruppamenti temporanei, principio già riconosciuto dalla normativa previgente, con eccezioni circoscritte a limitate e tassative ipotesi.

Nel 2021 l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (sent. n. 10) osservava in proposito che *“la procedura di gara assume il carattere di strumento di scelta non solo dell'offerta migliore, ma anche del contraente più affidabile (...) e il principio di tendenziale 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, di sicuro rilievo europeo, garantendosi così il primato giuridico della gara, la massima partecipazione, il principio di personalità del contratto quale “specchio fedele” della gara stessa (...) e della sua tendenziale incedibilità, ammessa solo a determinate condizioni dalla legge”*; e pertanto, proseguiva la sentenza, 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 (come è ad esempio e tradizionalmente, nella fase esecutiva, per la prosecuzione del rapporto contrattuale già avviato), interesse pubblico che giustifichi la deroga alla riapertura dell'appalto alla concorrenza per il venir meno della identità giuridica tra il soggetto che ha formulato la proposta, il soggetto che si aggiudica la gara e il soggetto che esegue il contratto”*. In tale quadro, evidenziava l'Adunanza plenaria come fosse consolidato l'orientamento giurisprudenziale imperniato sull'impossibilità di una modifica del raggruppamento temporaneo di imprese attraverso l'addizione di un soggetto esterno.

Così espressasi nel 2021 l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, ora le eccezioni al principio di immodificabilità soggettiva dei raggruppamenti temporanei riposano sulle fattispecie indicate dal comma 15 dell'art. 68 del Codice del 2023, ovvero i) (prima ipotesi) quando, pur intervenuta una causa di esclusione o la perdita di un requisito di qualificazione in capo ad uno dei componenti del raggruppamento, ricorrano però le condizioni di legge per evitare l'esclusione dalla gara quali fissate dall'art. 97 del Codice, ii) (seconda ipotesi) quando, in presenza di dati

presupposti, c'è il recesso di una o più delle imprese raggruppate.

Al di fuori di queste due ipotesi, la modifica del raggruppamento determina l'esclusione dalla gara, nonché l'annullamento dell'aggiudicazione o la risoluzione del contratto, così come espressamente previsto dal comma 16 dell'art. 68.

E, allora, tornando al comma 15, il rinvio – circa la 'prima ipotesi' di ammessa modifica dei raggruppamenti – è all'art. 97.

L'art. 97 detta una disciplina specifica per le "cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti", integrando quanto disposto in via generale dai commi 2, 3, 4, 5 e 6 del precedente art. 96, che reca una disciplina generale per gli "operatori economici". Quindi, l'art. 97 individua alcuni casi in cui, pur in presenza delle previste cause (automatiche e non automatiche) di esclusione dalla partecipazione ad una procedura d'appalto quali regolate dagli artt. 94 e 95 del Codice (artt. 94 e 95 che si riferiscono ai requisiti generali di partecipazione), oppure in occasione del venir meno di un requisito di qualificazione di ordine speciale (tra quelli disciplinati dal successivo art. 100, che si occupa dei requisiti che attengono all'idoneità professionale, alla capacità economica e finanziaria e alle capacità tecniche e professionali), viene salvato l'operatore economico dall'espulsione, se ricorrono determinate condizioni.

Vediamo, dunque, quali particolari regole detta in tal senso l'art. 97 per i raggruppamenti temporanei di imprese, consentendone così la modifica della composizione.

Ebbene, l'art. 97 prevede che il raggruppamento non è escluso dalla procedura d'appalto – benché un suo partecipante sia interessato da una causa automatica o non automatica di esclusione o dal venir meno di un requisito di qualificazione – ove in sede di presentazione dell'offerta il raggruppamento abbia comunicato alla stazione appaltante la causa escludente o il venir meno del requisito di qualificazione verificatisi prima della presentazione dell'offerta e abbia altresì indicato il soggetto che ne è interessato, occorrendo inoltre che il raggruppamento compri al contempo l'avvenuta adozione delle misure di cui al successivo comma 2 o l'impossibilità di adottarle tempestivamente.

Va precisato, a tal proposito, che le misure di cui al comma 2 si sostanziano nella mera estromissione di quel componente del raggruppamento o nella sua sostituzione con altro soggetto

munito dei necessari requisiti, fatta salva – dice la norma – la “immodificabilità sostanziale dell’offerta presentata”. E’ altresì stabilito che, se – però – la causa escludente o il venir meno del requisito di qualificazione si collochino temporalmente dopo la presentazione dell’offerta, allora l’adozione e la comunicazione delle misure di cui al comma 2 devono comunque avvenire prima dell’aggiudicazione. E tutto ciò comporta – dice ancora la norma – che *“se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, il raggruppamento non è escluso dalla procedura d’appalto”* e che se, invece, la *“Stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, l’operatore economico è escluso con decisione motivata”*.

E’ interessante rilevare come a pag. 144 della ‘relazione illustrativa’ al Codice si sia evidenziato che l’ambito oggettivo di applicazione della disposizione è stato delimitato nel rispetto dell’art. 63 della direttiva dell’Unione Europea n. 24 del 2014 in ragione dell’interpretazione che ne ha dato la Corte di giustizia (con decisione Sez. IX, 3 giugno 2021, in causa C-210/20); e, ancora, la ‘relazione illustrativa’ al Codice dice sul punto che *“La facoltà di sostituire o estromettere l’operatore è stata riconosciuta per le cause escludenti che si verificano in corso di gara e per le cause che si verificano in precedenza se l’offerente abbia comprovato l’impossibilità di farvi fronte prima della presentazione dell’offerta, così ritenendo di contemperare il principio di par condicio con la pretesa del candidato di partecipare alla gara, e in tal modo sacrificando la posizione di chi - pur potendolo fare - non ha posto rimedio per tempo alla causa di esclusione, a favore della parità di trattamento con gli altri offerenti che si sono adoperati per presentare un’offerta ammissibile e anche a favore della velocità della procedura”*. Inoltre, la ‘relazione illustrativa’ al Codice rileva che *“Quanto alla procedimentalizzazione della facoltà di sostituzione, si è optato per una disciplina “snella”: a fronte dell’onere dell’operatore economico di comunicare tempestivamente il verificarsi della causa di esclusione e delle misure adottate o dell’intenzione di adottarle (...) è stato ribadito nel successivo comma 2 che la intempestività della adozione delle misure comporta l’esclusione”*.

Un aspetto particolare è stato evidenziato in giurisprudenza (e richiamo a tal fine le pronunce del TAR Lazio, sent. n. 23457 del

24 dicembre 2024, e del TAR Molise, sent. n. 144 del 9 maggio 2024) circa il fatto che, alla luce del tenore letterale della disposizione in esame, le ipotesi di ‘carenza originaria’ che possono rilevare ai fini dell’applicazione del rimedio della ‘estromissione’ o della ‘sostituzione’ sono solo quelle riferite ai requisiti generali di partecipazione (requisiti regolati dagli artt. 94 e 95), mentre le ipotesi di ‘carenza originaria’ non riguardano i requisiti di ordine speciale (regolati dall’art. 100) visto che per questi ultimi il legislatore ha limitato l’applicabilità della norma ai soli ipotesi di ‘perdita’ del requisito e non anche ai casi di ‘carenza originaria’ del requisito (si dice, infatti, all’art. 97, comma 1, che *“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”*; e poi anche al comma 2 si legge *“il venir meno, prima della presentazione dell’offerta, del requisito di qualificazione”*).

Quindi, riassumendo, quanto alle cause di esclusione regolate dagli artt. 94 e 95 del Codice e riguardanti i requisiti generali di partecipazione, il rimedio della ‘estromissione’ o della ‘sostituzione’ potrebbe operare sia in caso di ‘carenza originaria’ sia in caso di ‘carenza sopravvenuta’; invece, quanto ai requisiti di ordine speciale (che sono quelli regolati dall’art. 100 del Codice e cioè i requisiti che attengono all’idoneità professionale, alla capacità economica e finanziaria e alle capacità tecniche e professionali), il rimedio della ‘estromissione’ o della ‘sostituzione’ potrebbe operare solo in caso di ‘carenza sopravvenuta’, sicché la sanzione espulsiva del raggruppamento potrebbe essere evitata solo se il possesso del requisito “venga meno” nel corso della procedura in capo ad uno o più componenti del raggruppamento, non quando quel requisito manchi dall’origine.

Il TAR Lazio e il TAR Molise, nel seguire questa soluzione interpretativa della legge, in via restrittiva, prendono a riferimento il dato letterale della disposizione, rilevando in particolare il TAR Lazio che, nel negare in simili particolari casi l’esclusione dalla gara, la norma fa eccezione ad una regola di carattere generale e, quindi, non può che ritenersi norma di stretta interpretazione, come tale insuscettibile di interpretazione estensiva; il TAR Molise, dal canto suo, identifica questi casi nelle situazioni in cui l’impresa raggruppata versa in

una condizione di difetto congenito dei necessari requisiti di qualificazione previsti.

Si tratta ora di vedere se questa rigorosa interpretazione si consoliderà, anche perché – va segnalato – essa pone comunque gravi interrogativi, in particolare circa il momento in cui si dovrebbe collocare temporalmente la ‘carenza originaria’.

Tornando alla portata generale della normativa in esame, è da osservare come l’art. 97 del Codice, laddove - in tema di “estromissione” - ammette la modifica del raggruppamento “per riduzione”, abbia in tal modo confermato le conclusioni alle quali era pervenuta la giurisprudenza formatasi nella vigenza del precedente codice; l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, infatti, con la sent. n. 9 del 2021, aveva rilevato come la variazione della composizione del raggruppamento “per riduzione” salvaguardasse il principio di immutabilità soggettiva dell’offerente, per la ridotta incidenza di tale strumento sull’identità del concorrente, purché – però – la modifica della compagine “per sottrazione” avvenisse per esigenze proprie del raggruppamento, non già per evitare la sanzione dell’esclusione dalla procedura di gara per difetto dei requisiti in capo ad un componente.

Detto ciò per la “estromissione”, va poi evidenziato come, al contempo, l’art. 97 del vigente Codice ampli le possibilità di modifica dei raggruppamenti, laddove - nell’introdurre la nozione di “sostituzione” - ammette la modifica del raggruppamento anche in via per così dire “aggiuntiva”; il legislatore, cioè, ha consentito ai raggruppamenti (quando interessati da vicende inerenti uno dei suoi componenti per condotte al raggruppamento non imputabili e sulle quali esso non ha potere di controllo) di avvalersi, oltre che della misura dell’“estromissione”, anche di quella della ‘sostituzione’.

Quindi, *i)* la prima misura è l’“estromissione”, con conseguente riduzione soggettiva del raggruppamento e redistribuzione interna dei compiti tra i superstiti; *ii)* la seconda misura è la ‘sostituzione’, che interviene nel caso in cui, in conseguenza della fuoriuscita di uno dei componenti, vengano meno i requisiti di partecipazione in capo al raggruppamento, sicché – per ovviare ad un 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.

In definitiva, il legislatore ha 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 (e infatti la norma parla di "immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata"), mentre è consentita la modifica soggettiva, a condizione del rispetto dei requisiti di qualificazione.

Quindi, come accennavo, perché i raggruppamenti abbiano titolo a fruire di tale opportunità occorre che la necessità di 'estromettere' o di 'sostituire' un proprio componente, nel rigoroso rispetto di un determinato *iter*, riguardi vicende non imputabili ai raggruppamenti e sottratti al loro potere di controllo. La giurisprudenza, infatti, alla luce di alcune pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea, ha evidenziato che in simili casi, per fruire della misura 'rimediale' della "*estromissione o sostituzione del componente privo dei requisiti*", non è sufficiente che il raggruppamento ignori il motivo di esclusione, ma è altresì necessario che detta ignoranza non sia addebitabile a mancanza di diligenza, e quindi non sia colposa; sicché, la valutazione della diligenza con esito svantaggioso per il raggruppamento, ovvero l'imputabilità del motivo di esclusione al raggruppamento che ne sopporta le conseguenze negative, presuppone non solo che l'offerente abbia fatto fede unicamente su quanto dichiarato dal soggetto colpito dal motivo espulsivo, ma anche che la verifica di quanto dichiarato sia avvenuta – da parte della Stazione appaltante – sulla base di dati oggettivi che l'offerente si presume potesse agevolmente conoscere se attivatosi, sì da doversi imputare allo stesso un'ignoranza colposa.

Ciò in quanto – è bene ribadirlo – la disciplina in materia muove dal presupposto che l'operatore economico è tenuto a conoscere le cause di esclusione che lo riguardano, sicché l'operatore economico va estromesso dalla gara se vi sono cause escludenti non debitamente dichiarate, senza ammettere automatiche scusanti per i raggruppamenti temporanei che ignorino la causa di esclusione di uno dei loro componenti; a tal proposito, anzi, si è osservato che, anche se la presunzione che il raggruppamento conosca le cause di esclusione che riguardano i

suoi componenti ha carattere relativo e non assoluto e quindi ammette una prova contraria, ciò nondimeno la presunzione può essere superata solo sulla base di circostanze che debbono essere comprovate dallo stesso raggruppamento. Quindi, secondo questa rigorosa lettura della normativa, non basterebbe provare il mero fatto storico della “ignoranza”, perché così ragionando si avrebbe una completa deresponsabilizzazione dei raggruppamenti, con aggravio degli adempimenti di gestione delle gare da parte delle stazioni appaltanti e irragionevole regime di favore per i raggruppamenti rispetto agli operatori economici individuali; piuttosto, andrebbe comprovata la “incolpevole ignoranza”, e cioè che il raggruppamento abbia fatto quanto richiesto dalla diligenza professionale per acclarare preventivamente che nessuno dei propri componenti fosse colpito da cause di esclusione, essendo questa impostazione non solo foriera di efficienza dell’intero sistema, ma anche stimolo ad una maggiore diligenza rispetto ai singoli componenti del raggruppamento, che sono indotti ad acquisire le certificazioni da presentare ai loro partners, così avvedendosi di eventuali ragioni escludenti allo scopo di eliminarle.

Il raggruppamento, in definitiva, non può farsi scudo della posizione individuale dei suoi componenti che hanno ritenuto di non partecipare singolarmente ma di presentare un’offerta unica insieme ad altre soggettività giuridiche, dovendo sopportare le conseguenze della scelta imprenditoriale effettuata; in altri termini, viola il principio di parità di trattamento consentire ai partecipanti del raggruppamento di ovviare alla mancanza dei requisiti di ammissione attraverso la semplice dichiarazione di non essere a conoscenza del motivo escludente del soggetto con il quale hanno presentato la domanda, in quanto ciò farebbe venir meno la cogenza degli obblighi dichiarativi connessi alla domanda di partecipazione, che costituiscono espressione della *par condicio* e richiedono l’esercizio dei doveri di autoresponsabilità.

Nel 2016 (Grande Sezione, 24 maggio 2016, n. C-396/14) la Corte di giustizia dell’Unione europea ha sancito che il principio di parità di trattamento e l’obbligo di trasparenza, che *“costituiscono la base delle norme dell’Unione relative ai procedimenti di aggiudicazione degli appalti pubblici”* con lo *“scopo di favorire lo sviluppo di una concorrenza sana ed*

*effettiva tra le imprese”, presuppongono che gli offerenti “devono trovarsi su un piano di parità sia al momento in cui preparano le loro offerte sia al momento in cui queste sono valutate dall’amministrazione aggiudicatrice e costituiscono la base delle norme dell’Unione relative ai procedimenti di aggiudicazione degli appalti pubblici”.*

In ragione di tutto ciò, si è osservato in giurisprudenza che il principio di autoresponsabilità richiede che l’offerente produca – a corredo della propria istanza di partecipazione – documentazione completa e veritiera, sopportandone, in caso contrario, le conseguenze negative; e, in tale quadro, il contemperamento effettuato nel Codice del 2023, sul presupposto della “ignoranza incolpevole” di cui si è detto, offre la possibilità al raggruppamento di partecipare alla gara pur in presenza di un componente interessato da una causa escludente o dalla carenza di un requisito di partecipazione (con il rimedio della ‘estromissione’ o della ‘sostituzione’): il che rispetta - da un lato - *la par condicio*, che richiede ai partecipanti di essere in possesso dei requisiti alla data di presentazione dell’offerta, e - dall’altro lato - assicura le esigenze pubbliche di finalizzazione della gara all’esecuzione del contratto attraverso una proceduralizzazione del c.d. “meccanismo rimediale”, che garantisca il rispetto dell’affidamento dell’appalto e dell’esecuzione dello stesso in tempi compatibili con i programmi pubblici, nel rispetto del principio del risultato.

Torniamo ora al comma 15 dell’art. 68 del Codice ed occupiamoci della ‘seconda ipotesi’, ivi prevista, di consentita modifica dei raggruppamenti temporanei. Fa qui rinvio la disposizione al successivo comma 17, secondo il quale *“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”*, precisando la norma che *“Il recesso è ammesso anche se il raggruppamento si riduce a un unico soggetto”*.

C’è da notare che ora e in tal modo l’ambito di operatività dell’istituto si è ampliato, visto che l’art. 48, comma 19, del Codice dei contratti pubblici del 2016 subordinava l’ammissibilità del ‘recesso’ al ricorrere di *“esigenze organizzative del raggruppamento”*, condizione attualmente non prevista. E infatti, a pag. 109 della ‘relazione illustrativa’ al Codice si parla di *“recesso ad nutum”*, nella consapevolezza della

libera scelta dell'impresa raggruppata, sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione – dice la norma – per le prestazioni “ancora da eseguire”. Appare, però, evidente che il “recesso” non può essere utilizzato per rimediare alla carenza di un requisito in capo all'operatore che in tal modo fuoriesce dal raggruppamento, risultando altrimenti violati i principi di *par condicio* dei concorrenti e di autoresponsabilità dei partecipanti alla gara.

Pertanto, si presenta pacifico che l'impresa che recede dal raggruppamento non debba giustificare questa scelta, purché – come si diceva – non si tratti di uno stratagemma per ovviare ad un'illegittima partecipazione alla gara. Semmai, appare discutibile in quale fase può avvenire il ‘recesso’, e cioè, se solo in fase di esecuzione dell'appalto o anche in fase di gara, visto che l'art. 48, comma 19-ter, del Codice dei contratti pubblici del 2016 ne ammetteva espressamente la possibilità anche “in fase di gara”, formulazione invece assente nel testo normativo vigente.

Una recente sentenza del Consiglio di Stato (n. 6364 del 18 luglio 2025), affrontando un caso in cui il ‘recesso’ era intervenuto in fase di gara, si è espressa per la legittimità delle determinazioni successivamente assunte, indice della ritenuta correttezza dell'operato della Stazione appaltante e quindi dell'ammissibilità della modificazione soggettiva del raggruppamento mediante ‘recesso’ antecedente all'aggiudicazione dell'appalto; quindi, l'interpretazione della normativa che in tal modo si è data è nel senso della sua continuità rispetto alla disciplina previgente. Sarà interessante vedere se tale indirizzo interpretativo si consoliderà.

Passando ora ad esaminare il comma 19 dell'art. 68, viene in rilievo il caso i) dell'operatore economico invitato individualmente nell'ambito di procedure ristrette o negoziate, e viene in rilievo il caso ii) del candidato ammesso individualmente nella procedura di dialogo competitivo. Ebbene, in entrambe le fattispecie tali soggetti hanno titolo, volendolo, a presentare offerta o trattare quali mandatarî di operatori riuniti. E' una previsione che riprende norme già operative nella disciplina previgente, in particolare c'è piena corrispondenza con il disposto dell'art. 48, comma 11, del Codice dei contratti pubblici del 2016.

Alla base di una simile disposizione è il consolidato orientamento, anche dottrinale, per cui nelle procedure articolate su più segmenti procedimentali (quali, appunto, le procedure ristrette, le procedure negoziate, il dialogo competitivo) in queste procedure dunque è praticabile la modificazione soggettiva dell'operatore partecipante prima della presentazione dell'offerta – sia esso un'impresa individuale o un'associazione temporanea –, sempre però che tali modificazioni non siano tali da incidere in modo negativo sulla qualificazione del soggetto medesimo e, quindi, sul possesso da parte dello stesso dei necessari requisiti.

Come la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire (e mi riferisco a Cons. Stato, sent. n. 8687 dell'11 ottobre 2022), l'indagine di mercato è una fase distinta da quella della presentazione delle offerte, in quanto preordinata a conoscere gli operatori interessati a partecipare alle procedure di selezione, sicché tale momento di interlocuzione non ingenera negli operatori alcun affidamento sul successivo invito alla procedura, né obblighi per la stazione appaltante; in altri termini, la consultazione preliminare di mercato costituisce per le stazioni appaltanti uno strumento con il quale è possibile avviare un dialogo informale con gli operatori di settore per acquisire informazioni ritenute necessarie al successivo svolgimento di una procedura di gara, e quindi la consultazione preliminare non costituisce una procedura di affidamento di un contratto pubblico, trattandosi soltanto di una fase di pre-gara.

Pertanto, l'istituto delle consultazioni preliminari di mercato non è finalizzato all'aggiudicazione di un contratto, risolvendosi in uno strumento a disposizione della Stazione appaltante per avviare una interlocuzione grazie alla quale acquisire quelle notizie di cui è carente per giungere ad una migliore consapevolezza relativamente alle disponibilità e conoscenze degli operatori economici rispetto a determinati beni o servizi; con la conseguenza – si è detto – che nel periodo antecedente alla presentazione delle offerte è possibile operare modificazioni alla compagine del soggetto invitato alla gara, sia esso impresa individuale che associazione temporanea, sempre che tali modificazioni non siano tali da incidere in modo negativo sulla qualificazione del soggetto medesimo e, quindi, sul possesso da parte dello stesso dei necessari requisiti, in ossequio al diritto di

libera organizzazione dell'operatore economico che fino alla presentazione dell'offerta non assume alcun impegno negoziale. In definitiva, il principio di immodificabilità soggettiva viene in rilievo soltanto all'indomani della presentazione dell'offerta e non nelle fasi di gara a questa precedenti, sicché – entro certi limiti – è ammesso dall'ordinamento che l'operatore economico 'invitato' non coincida con l'operatore economico 'concorrente'; in particolare, l'operatore che sia stato "pre-qualificato" singolarmente è comunque legittimato a presentare offerta quale mandatario di un raggruppamento temporaneo, così come è consentita una parziale diversa composizione del raggruppamento inizialmente proposti, se ciò non compromette il possesso dei necessari requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento della commessa.