

1 MAGGIO 2024

I Raggruppamenti temporanei di  
imprese e il fenomeno del mutamento  
soggettivo interno al raduno:  
orientamenti pretori consolidati e  
interventi normativi recenti

di Ludovica Colacicco

Dottoressa di ricerca in Diritto pubblico dell'economia  
Sapienza – Università di Roma

# I Raggruppamenti temporanei di imprese e il fenomeno del mutamento soggettivo interno al raduno: orientamenti pretori consolidati e interventi normativi recenti\*

**di Ludovica Colacicco**

Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico dell'economia  
Sapienza – Università di Roma

**Abstract [It]:** Il saggio si propone di fornire un'analisi ricostruttiva in ordine al fenomeno del mutamento soggettivo interno ad un raggruppamento temporaneo di imprese, alla luce della recente giurisprudenza e degli apporti normativi recati negli ultimi anni. Muovendo dai diversi approcci ermeneutici e procedendo nel solco dell'analisi dei principali arresti giurisprudenziali recati sul punto, il saggio illustra le principali elaborazioni teoriche rese a vantaggio del fenomeno. Nel documento verrà esaminata dapprima la disciplina racchiusa in seno al codice previgente e, alla stregua degli indirizzi giurisprudenziali maggiormente significativi, la soluzione normativa prescelta dai redattori del codice del 2023. Nelle conclusioni verranno evidenziati, invece, tutti i limiti legati ad un'interpretazione eccessivamente rigorosa e restrittiva nei riguardi del fenomeno del mutamento soggettivo interno ad un raggruppamento temporaneo di imprese, che può realizzarsi non solo nel corso dell'esecuzione del contratto ma - anche - in fase di gara.

**Title:** Temporary business groupings and the phenomenon of subjective change within the group between consolidated judicial guidelines and recent regulatory interventions

**Abstract [En]:** The essay aims to provide a reconstructive analysis regarding the phenomenon of subjective change within a temporary grouping of companies, in light of recent jurisprudence and the regulatory contributions made in recent years. Starting from the different hermeneutic approaches and proceeding in the wake of the analysis of the main jurisprudential arrests made on the point, the essay illustrates the main theoretical elaborations made to the advantage of the phenomenon. The document will first examine the regulations contained in the previous code and, in the same way as the most significant jurisprudential guidelines, the regulatory solution chosen by the drafters of the 2023 code. In the conclusions, however, all the risks linked to an excessively rigorous and restrictive interpretation of the phenomenon will be highlighted, which can be perfected not only during the execution of the contract but - also - in the tender phase.

**Parole chiave:** raggruppamenti temporanei di imprese; gare pubbliche; mutamento dell'assetto delle ati; nuovo codice dei contratti pubblici; principio di massima partecipazione alle gare pubbliche

**Keywords:** temporary groupings of companies; public tenders; change in the structure of the a.t.es; new code of public contracts; principle of maximum participation in public tenders

**Sommario:** 1. Premessa. 2. La distinzione tra mutamento soggettivo interno al raggruppamento temporaneo di imprese nel corso della fase prodromica alla selezione dell'oblatore e modificazione soggettiva esterna al raduno di imprese, all'indomani della conclusione della fase procedurale. L'arresto dell'Adunanza Plenaria n. 10/2021. 3. Le correnti ermeneutiche tese ad ampliare il novero dei casi di sostituzione soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese in corso di esecuzione del contratto, ovvero in corso di gara. La pronuncia della Quinta sezione del Consiglio di Stato (n. 6959/2021) e la necessità di un chiarimento pretorio definitivo. 4. La pronuncia prodromica rispetto all'arresto dell'Adunanza Plenaria n. 2/2022 ed il confronto con l'orientamento pretorio tradizionale. 5. L'Adunanza Plenaria del 2022 dirime i nodi interpretativi: La pronuncia del Consiglio di Stato n. 2/2022 smentisce

---

\* Articolo sottoposto a referaggio.

L'orientamento formalistico. **6.** L'influenza del diritto europeo: la logica pro- concorrenziale e l'apertura a favore della tesi in ordine all'ammissibilità di mutamenti soggettivi nella compagine di un raggruppamento temporaneo di imprese, anche in corso di gara. **7.** I limiti del quadro normativo previgente, le prospettive evolutive legate al fenomeno e la soluzione positiva fornita dal decreto legislativo n. 36, del 31 marzo 2023. **8.** Il mutamento soggettivo interno ad un raggruppamento temporaneo di imprese in seno all'attuale impianto codicistico. Considerazioni conclusive.

## 1. Premessa

Il tema della modificabilità soggettiva di un raggruppamento temporaneo di imprese, e in special modo, la realizzazione del fenomeno alla stregua della perdita dei requisiti di partecipazione, di cui all'art. 80 del d.lgs 18 aprile 2016, n. 50, da parte del mandatario ovvero di una delle mandanti, è da sempre molto discusso in dottrina<sup>1</sup> e in giurisprudenza.

Questo contributo si propone di chiarire la portata dell'apporto normativo fornito dal decreto legislativo n. 36 del 2023 al tema in trattazione, pur muovendo da un'analisi ricostruttiva dei principali indirizzi ermeneutici e dottrinali elaborati sul punto.

In particolare e con riguardo a tale ultimo aspetto, le questioni che maggiormente coinvolgono gli interpreti afferiscono alla latitudine delle condizioni poste dalla normativa di settore per esperire la modificazione in discorso e, lungo tale direzione, si discute se il mutamento soggettivo della riunione di imprese possa ritenersi legittimo non solo nel corso della fase di esecuzione del contratto di appalto, ma anche in corso di gara. Ci si domanda, vieppiù, se, una volta realizzatasi la predetta ipotesi di perdita dei requisiti, la stazione appaltante, in ossequio al principio di partecipazione procedimentale, sia tenuta ad interpellare il raggruppamento, onde consentire allo stesso una riorganizzazione interna, ovvero sia nella facoltà di omettere l'interlocazione in discorso.

In seguito dell'entrata in vigore, nel 2016, del Codice dei contratti pubblici, dei correttivi ulteriori e degli interventi normativi in tema di contrattualistica pubblica, la tematica è tornata di attualità ed in alcune

---

<sup>1</sup> La dottrina in ordine al tema è vasta. Si rimanda, tra gli altri e a titolo meramente esemplificativo 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, 1992, p. 49. Nel senso, viceversa, dell'ammissibilità di mutamenti nella compagine della riunione, pur condizionatamente all'assenso dell'amministrazione, si veda, M. MAZZONE, *L'associazione temporanea di imprese*, in, *Trattato*, RESCIGNO, (a cura di), Torino, Giappichelli, 2012, p. 160 e ss. In argomento, molti dubbi sono stati profilati, tra gli altri, da M. SERALE, *I raggruppamenti temporanei di imprese tra associazione e contratto. Note minime sui dubbi della giurisprudenza*, in *Riv. Giur. Edilizia*, n. 12, 1991, p. 4. Sul piano ermeneutico si osservino le pronunce, in ordine ai profili di complessità del fenomeno, recate dal Cons. Stato, Sez. V, 14 dicembre 2012, n. 6446 in, *Riv. Giur. Edilizia*, 2012, n. 2, p. 1475; Cons. Stato, Sez. V, 26 marzo 2012, n. 1732, in *Foro Amm. CDS*, 2012, p. 642; TAR Sardegna, Sez. I, 19 maggio 2017, n. 344, in *De Jure Giuffrè*; TAR Campania, Sez. III, 8 maggio 2015, n. 2567, *ibidem*. In ordine, invece, all'affermazione del principio della immodificabilità della composizione dopo la presentazione dell'offerta, anche antecedentemente all'introduzione delle norme che lo hanno contemplato, Cons. Stato, Sez. V, 7 aprile 2006, n. 1903 del 2006, che ha escluso la legittimità della modificazione consistente anche nella semplice diversa configurazione del raggruppamento quanto ai requisiti di partecipazione richiesti al raggruppamento stesso ed alle singole partecipanti, in *De Jure Giuffrè*. Per ciò che attiene alla legittimità, alla stregua del diritto comunitario, delle norme nazionali che impongano l'immodificabilità dei raggruppamenti di imprenditori, si veda, a titolo esemplificativo, C. Giust. CE. 23 gennaio 2003, causa C- 57/01, in *Foro Amm. CDS*, n.9, 2003, p. 2.

pronunce dei giudici amministrativi si è avvertita l'esigenza di una rettifica dell'impostazione raggiunta. Nei recentissimi mesi, il nuovo codice dei contratti pubblici ha dato atto degli orientamenti pretori recenti ed è intervenuto nuovamente sul tema.

La giurisprudenza si è mostrata incline ad un ripensamento del "diritto vivente" sulla modificabilità soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione, non solo in corso di esecuzione del contratto di appalto, ma anche nella fase prodromica, di selezione dell'offerente<sup>2</sup>.

Tale rinnovata attenzione alla materia, in un'ottica ampliativa rispetto agli approdi soggiunti, ha comportato una rimessione alla Plenaria, che si è espressa, nel 2022, con la sentenza n. 2 del 25 gennaio dello stesso anno ed ha sconfessato l'impostazione tradizionale.

La questione ha sollecitato una riflessione sulla definizione dei concetti di "interesse pubblico", di "concorrenza", nonché, di "*favor participationis*" e di "*par condicio* delle imprese" al cospetto di apparati amministrativi, nell'ambito della contrattulistica pubblica ed alla stregua delle recenti riforme introdotte dal legislatore europeo e nazionale, anche favorite dagli ultimi approdi pretori.

Il principio generale da cui partire per descrivere "*le problème*" è quello secondo cui la variazione strutturale dei raggruppamenti temporanei di imprese, per effetto della perdita dei requisiti di partecipazione, di cui all'art. 80 del d.lgs 50 del 2016, è certamente consentita in fase di esecuzione e, a partire dal 2017, è

---

<sup>2</sup> Al riguardo, occorre chiarire, in punto normativo, che i commi 17 e 18 dell'art. 48 del codice dei contratti pubblici – previgente - (d.lgs 18 aprile 2016, n. 50), disponevano che, in deroga alla regola generale dell'immodificabilità della composizione del raggruppamento temporaneo di imprese, rispetto all'assetto risultante dall'impegno presentato in sede di offerta (art. 48, comma 9), è consentita al raggruppamento la possibilità di modificare la propria composizione in conseguenza della sottoposizione del mandante o del mandatario ad una procedura concorsuale per insolvenza o crisi d'impresa (nel caso in questione sarebbe, per quanto detto, la pendenza di una domanda di concordato in bianco o con riserva cui non avrebbe fatto seguito in tesi il tempestivo rilascio ad opera del tribunale fallimentare, e la tempestiva comunicazione alla stazione appaltante, dell'autorizzazione a partecipare alla gara pubblica in questione) ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia. Il comma 19 contempla, inoltre, le (ulteriori) modifiche soggettive derivanti da esigenze organizzative del raggruppamento, che possono giustificare la riduzione del raggruppamento, alla duplice condizione che: a) le imprese rimanenti abbiano i requisiti sufficienti e che b) la modifica non sia finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara, (evidentemente diverso da quello di cui all'art. 80, comma 5, lett. b). Su queste previsioni, dettate per la fase dell'esecuzione e che privilegiano l'interesse alla conservazione del rapporto in funzione della più celere esecuzione dell'opera o del servizio o della consegna della fornitura, si è innestato il comma 19-ter dell'art. 48 — comma aggiunto dall'art. 32, comma 1, lett. h) del d. lgs. 19 aprile 2017 n. 56 — che ha esteso espressamente la possibilità di modifica soggettiva per le ragioni indicate dai commi 17, 18 e 19 anche in corso di gara. La questione, pertanto, ha inerito alla possibilità di estendere, a norma del comma 19-ter, le ipotesi di mutamento soggettivo, in origine consentite dai commi 17 e 18 solo alla fase dell'esecuzione, anche alla fase di gara, con l'invocata possibilità di effettuare la sostituzione della mandataria o della mandante anche con un soggetto esterno al raggruppamento. Merita ricordare come la regola dell'immodificabilità risponda in via generale ad una duplice esigenza, fortemente avvertita sia a livello nazionale che, come si dirà, a livello europeo, di evitare, da un lato, che la stazione appaltante si trovi ad aggiudicare la gara e a stipulare il contratto con un soggetto, del quale non abbia potuto verificare i requisiti, generali o speciali, di partecipazione, in conseguenza di modifiche della composizione del raggruppamento avvenute nel corso della procedura ad evidenza pubblica o nella fase esecutiva del contratto, e dall'altro all'esigenza di tutelare la *par condicio* dei partecipanti alla gara con modifiche della composizione soggettiva del raggruppamento "calibrate" sull'evoluzione della gara o sull'andamento del rapporto contrattuale.

ammessa anche nella fase di gara. Invero, alla regola generale si è unito, grazie all'intervento normativo recato dall'articolo 32, comma 1, lett. h) del d.lgs 19 aprile 2017, n. 56, il precetto di cui al comma 19-ter dell'articolo 48 del codice dei contratti pubblici, il quale, ha condotto con sé l'estensione delle modifiche soggettive - in origine consentite dai commi 17 e 18 alla sola fase dell'esecuzione - anche nel corso dei passaggi prodromici rispetto alla conclusione del contratto di appalto, con la prospettata possibilità di effettuare la sostituzione della mandataria o della mandante con un soggetto esterno al raggruppamento. Sul fronte ermeneutico, tuttavia, la giurisprudenza da tempo afferma che la deroga positiva al generale principio di immodificabilità soggettiva dell'appaltatore costituito in raggruppamento, sia ammessa solo laddove questa operi in riduzione e non già in aggiunta, quindi solo internamente e senza innesti dall'esterno, e comunque sempre che non sia finalizzata ad eludere i controlli in ordine al possesso dei requisiti<sup>3</sup>. In particolare, si è sostenuto e, tutt'ora, si ammette che l'aggiunta di soggetti esterni all'originaria composizione del raggruppamento, che ha presentato la propria offerta con un determinato organigramma soggettivo, recherebbe un *vulnus* non solo al fondamentale interesse pubblico alla trasparenza e, dunque, al buon andamento della pubblica amministrazione - dovendo l'iter della gara svolgersi secondo determinate e non alterabili scansioni procedurali che consentano la verifica dei requisiti in capo ai concorrenti - ma anche al principio di parità di trattamento tra le imprese interessate all'aggiudicazione definitiva e, dunque, al valore primario della concorrenza nel suo corretto dispiegarsi<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Tali principi sono stati ribaditi dal Consiglio di Stato, sez. V, con la sentenza del 24 febbraio 2020, n. 1379, che ha ritenuto che «in materia di gare pubbliche il divieto di modificazione della compagine delle associazioni temporanee di imprese o dei consorzi nella fase procedurale corrente tra la presentazione delle offerte e la definizione della procedura di aggiudicazione, è finalizzato a impedire l'aggiunta o la sostituzione di imprese partecipanti al r.t.i. o al consorzio, e non anche a precludere il recesso di una o più di esse, a condizione che quelle che restano a farne parte risultino titolari, da sole, dei requisiti di partecipazione e di qualificazione e che ciò non avvenga al fine di eludere la legge di gara e, in particolare, per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente del raggruppamento venuto meno per effetto dell'operazione riduttiva. In definitiva, dallo scopo complessivo insito nel richiamato principio di immodificabilità soggettiva emergerebbe che non resti preclusa la modificazione soggettiva del raggruppamento: a) laddove tale modificazione operi 'in riduzione' (e non 'in aggiunta' o 'in sostituzione' di alcuno dei componenti il raggruppamento); b) laddove la modificazione soggettiva non risulti finalizzata ad impedire la verifica dei controlli in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione; c) laddove, comunque, i residui membri del raggruppamento siano di per sé in possesso - anche in assenza dell'operatore escluso - della totalità dei requisiti di partecipazione, senza la possibilità di ammettere a tal fine integrazioni di sorta». In termini analoghi, il Consesso Amministrativo si era già espresso tempo prima con le pronunce n. 1031 del 2018, Sez. V e in composizione Plenaria, il 4 maggio 2012, con la pronuncia n. 4/2012.

<sup>4</sup> In generale, sui precipitati assiologici legati ai limiti in discorso, si vedano, F. CALDARELLI, S. CARDARELLI, C. TRECROCI, *Le modificazioni soggettive degli operatori economici in corso di gara: rti, subappalto, avvalimento e operazioni straordinarie*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.* N.5, 2019, p. 10 ss.; G. BALOCCO, *La modificazione dei raggruppamenti in gara: limiti e condizioni*, in *Riv. Trim. App.*, N. 1, 2004, pp. 446 ss. e in *Guida al Dir.*, 2003, N. 12, pp. 85 ss., con nota di S. MEZZACAPO, *La composizione delle associazioni temporanee di imprese rientra nella competenza degli Stati membri*; A. CRISMANI, *Il principio della tendenziale immodificabilità soggettiva dei contratti pubblici nella fase di esecuzione*, in *Riv. giur. dell'ed.*, N. 5, 2018, p. 337, che da tempo aveva ammesso anche che è possibile operare - nel periodo antecedente alla presentazione delle offerte - modificazioni alla compagine del soggetto invitato alla gara, sia esso impresa individuale che associazione temporanea, sempreché le stesse non siano tali da incidere in modo negativo sulla qualificazione del soggetto medesimo e quindi sul possesso da parte dello stesso dei necessari requisiti (Consiglio di Stato, sez. V, 2 dicembre 2002, n. 6619, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)). *Contra*, tuttavia, cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 8 marzo 2006 n. 1267, *ivi*. In via generale, si osservi anche, R. CAVALLO PERIN e G. M. RACCA, *La Concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm.*, fasc. N. 2, 2010, p. 325 e ss; nello stesso senso, S. SIMONE, L. ZANETTINI, *Appalti pubblici e concorrenza*,

Tali valutazioni, a ben guardare, si pongono in perfetta simmetria con la nozione recentemente invalsa nell'ordinamento di "concorrenza", la quale, in ossequio ai rilievi giuridici di matrice europea, viene considerata non più solamente come identità astratta e strumentale per la crescita economica e per la promozione della prosperità collettiva, ma anche un congegno giuridico teso a garantire, nell'ambito delle procedure per l'affidamento di un contratto di appalto, la *par condicio* tra i concorrenti<sup>5</sup>. Per vero, se si prendono in considerazione le tre direttive europee in materia di contratti pubblici, recepite in Italia con il Codice dei contratti pubblici del 2016, approvato con d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ci si accorge che esse sembrano porre in primo piano una serie di obiettivi diversi da quello della concorrenza, nella sua eccezione meramente economica.

In particolare, il considerando n. 2 della Direttiva 2014/24/UE, in materia di forniture e di servizi, chiarisce che gli appalti pubblici svolgono un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020, in quanto costituiscono uno degli strumenti necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva e che la normativa contenuta nelle precedenti direttive richiede una revisione per accrescere l'efficienza della spesa pubblica, la partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese, e per conseguire obiettivi a vocazione sociale e assicurare la certezza del diritto<sup>6</sup>.

Nel contesto pretorio sovranazionale, anche la Corte di Giustizia ha avuto cura di precisare come, nel mercato delle commesse pubbliche e nella fase pubblicistica, deputata alla selezione del miglior offerente, l'eventuale modifica soggettiva, ovvero l'aggiunta di un soggetto esterno rispetto alla compagine degli offerenti iniziali, rischi di aggirare il principio di concorrenza, nella sua attuale dimensione ontologica. In

---

in L. FIORENTINO (a cura di) *Lo Stato compratore*, Il Mulino, Bologna, 2007, pag. 119 e seg.; B. RAGANELLI, *PMI, Procurement e favor participationis*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunitario*, fasc. N. 3, 2017, pp. 873 – 878.

<sup>5</sup> Sull'evoluzione della disciplina degli appalti pubblici e sull'impatto del diritto europeo con l'emersione dell'interesse all'apertura alla concorrenza, si vedano, M. CLARICH, *considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel Diritto europeo e nazionale*, in *Riv. Trim. Dir. Amm.*, fasc. N. 2, 2016, p. 72-76; S. SIMONE - L. ZANETTINI, *Appalti pubblici e concorrenza*, in L. FIORENTINO (a cura di), *Lo stato compratore*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 127; G. BONCOMPAGNI, *Appalti pubblici e concorrenza*, in AA.VV., *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 189 e ss.; M.P. CHITI, *Regolamentazione e mercato nella disciplina degli appalti pubblici*, in A. ANGELETTI (a cura di), *Privatizzazione ed efficienza della pubblica amministrazione alla luce del diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 140.

<sup>6</sup> Si osservino, le Direttive 2014/23/UE in materia di concessioni, 2014/24/UE sui settori ordinari, 2014/25/UE sui settori speciali. Sui lavori preparatori alle nuove direttive: M. COZZIO, *Prime considerazioni sulle proposte di direttive europee in tema di Public Procurement*, in M. CAFAGNO - A. BOTTO - G. FIDONE - G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche - Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, Giuffrè, 2013; S. LEVSTIK, *Proposta di direttiva sulle concessioni: una prima analisi ricognitiva*, in M. CAFAGNO - A. BOTTO - G. FIDONE - G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche - Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, Giuffrè, 2013; E. D'ALEO, *La revisione delle direttive sui contratti pubblici: criticità e prospettive*, in M. CAFAGNO - A. BOTTO - G. FIDONE - G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche - Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, Giuffrè, 2013. Sulle recenti direttive: C. CONTESSA - D. CROCCO, *Appalti e concessioni. Le nuove Direttive Europee*, Roma, DEI -Tipografia del genio civile, 2015, p. 44 e ss; C. FRANCHINI - F. SCIAUDONE (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni, elementi di criticità e opportunità*, Editoriale scientifica, Napoli, 2015; C.E. GALLO, *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 6; S. GALLO, *Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, Maggioli, Bologna, 2014; F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce delle nuove Direttive europee e del D.l. 90 del 2014*, Torino, Giappichelli, 2014, p.6.

quest'ottica, e con maggior impegno esplicativo, la Corte dell'Unione Europea, sempre in tema di modifica della composizione di un raggruppamento temporaneo per riduzione, ha aggiunto che il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza, implicano, entrambi, che tutti gli offerenti debbano trovarsi su un piano di parità al momento in cui si accingono a render note le singole offerte, ma anche nel momento in cui le stesse vengono poste al vaglio dell'amministrazione aggiudicatrice.

In quel contesto, dunque, i due principi da ultimo enunciati sono stati elevati al rango di elementi giuridici basilari e fondanti il coacervo di assiomi comunitari dettati in tema di procedimenti di aggiudicazione dei contratti pubblici<sup>7</sup>.

Pertanto, in termini generali e a scopo ricognitivo, la tematica afferente ai raggruppamenti temporanei di imprese, riscontra la propria dimora normativa in seno all'articolo 48 del d.lgs. n. 50 del 2016. Il comma 9 del medesimo testo introduce una previsione preclusiva rispetto al fenomeno del mutamento soggettivo della riunione di imprese ed, in particolare, vieta qualsiasi modificazione della composizione originaria di un R.T.I., in una fase successiva rispetto a quella di presentazione dell'offerta, salvo quanto previsto dai commi 17 e 18 del medesimo testo, (vale a dire, salvo il caso in cui subentri un'ipotesi di irreversibile patologia afferente il mandatario ovvero il mandante del raggruppamento)<sup>8</sup>.

Tuttavia, la deroga più consistente alla generale previsione di immodificabilità soggettiva di una adunata complessa di imprese è stata introdotta dalla previsione normativa racchiusa nel comma 19 *ter* dell'articolo 48 del d.lgs. n. 50 del 2016, inserito nell'articolo 32, comma 1, lett. h), del d.lgs. n. 56 del 2017. La fattispecie afferma il principio secondo cui, le eccezioni alla regola della immutabilità del raggruppamento, di cui ai commi 17, 18 e 19, possono applicarsi *anche* laddove le modifiche soggettive si verificano in fase di gara<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup>Si osservi, CGUE, 24 maggio 2016, in C-396/2014, che in tema di modificazione soggettiva della composizione di un raggruppamento temporaneo di imprese ha chiarito come “*il principio di parità di trattamento tra gli offerenti, che discende dalle libertà fondamentali del Trattato, ha lo scopo di favorire lo sviluppo di una concorrenza sana ed effettiva tra le imprese che partecipano ad un appalto pubblico, ed impone che tutti gli offerenti dispongano delle stesse opportunità nella formulazione dei termini delle loro offerte e implicache queste siano soggette alle medesime condizioni per tutti i concorrenti*”.

<sup>8</sup> Si osservi, 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.*, N. 3, 2017, pp. 401 ss.

<sup>9</sup> Sulla eccezionalità delle disposizioni che consentono la modifica dei componenti del r.t.i., si veda, T.A.R. Campania, Sez. I, 28 dicembre 2017, n. 6122, in *Foro Amm.*, 2017, N.3, p. 2482. In riferimento alla disciplina di cui al d.lgs. n. 163 del 2006 e dell'originario testo del d.lgs. n. 50 del 2016 è stato osservato che, nelle gare pubbliche, il divieto di modificare la composizione dei partecipanti dei raggruppamenti temporanei d'impresa riguardava l'intero arco della procedura di evidenza pubblica, mentre le eccezioni contemplate dall'art. 37, commi 18 e 19, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e, successivamente dall'art. 48, commi 17 e 18, d.lgs. n. 50 del 2016 e concernenti il fallimento del mandante e del mandatario, la morte, l'interdizione o inabilitazione dell'imprenditore individuale, nonché le ipotesi previste dalla normativa antimafia, riguardavano evenienze relative alla sola fase dell'esecuzione del contratto. In tal senso, vedasi, Cons. di Stato, 20 gennaio 2015, n. 169, in *Foro Amm.*, 2015, n. 7; T.A.R. Campania, Sez. IV, 7 giugno 2018, n. 3809, *ibidem*, 2018, p. 1058; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 26 aprile 2018, n. 651, in *De Jure Giuffrè*, T.A.R. Piemonte, Sez. I, 15 maggio 2015, n. 818, in *De Jure Giuffrè*.

A tale precetto farebbe, però, eccezione il caso della perdita dei requisiti di cui all'articolo 80 del d.lgs. n. 50/2016, a tenore del quale, gli stessi commi (17-18) consentirebbero un mutamento solo laddove l'evenienza avvenga «*in corso di esecuzione*».

Tuttavia, l'ampia dizione precettiva racchiusa nel comma 19 *ter* – il quale prevede, per l'appunto, l'estensione applicativa delle modifiche soggettive contemplate dai commi 17 e 18 anche alla fase di gara – ha recato con sé una inevitabile incompatibilità legislativa, con riguardo alla disciplina di cui agli articoli in parola, sussumibile nella fattispecie generale della cosiddetta “antinomia normativa”.

Sul tema, si è pronunciata l'Adunanza Plenaria con la nota decisione del 25 gennaio 2022, n. 2, che ha avallato l'orientamento concessivo, ritenendo che la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, *anche* in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, da parte del mandatario ovvero di una delle mandanti, debba essere consentito non solo in sede di esecuzione, *ma anche* nel corso della fase di gara<sup>10</sup>.

Da ultimo e nel corso degli ultimi mesi del 2023, come anticipato, il legislatore nazionale, innovando la materia della contrattualistica pubblica, è tornato sull'argomento afferente ai raggruppamenti temporanei di imprese. In particolare, ripercorrendo fedelmente l'impostazione teorica espressa dall'Adunanza Plenaria n. 2 del 2022, il legislatore delegato ha introdotto, nell'articolo 68 del decreto legislativo n. 36 del 2023, una disciplina positiva che contempla esclusivamente un mutamento soggettivo in riduzione di un'adunata di imprese, esperibile, in via singolare, tramite il ricorso all'istituto del recesso unilaterale da parte di un'impresa originariamente aderente al gruppo.

## **2. La distinzione tra mutamento soggettivo interno al raggruppamento temporaneo di imprese nel corso della fase prodromica alla selezione dell'oblatore e modificazione soggettiva esterna al raduno, all'indomani della conclusione della fase procedurale. L'arresto dell'Adunanza Plenaria n. 10/2021**

La distinzione tra modificazione “in diminuzione” e modificazione “per addizione” di un raggruppamento temporaneo di imprese, con riguardo ai fenomeni circoscritti alla posizione dell'impresa mandataria ovvero di una delle mandanti ha comportato, in passato, una serie di dibattiti in dottrina e giurisprudenza, con l'emersione di orientamenti, tra loro, dissonanti.

Nello specifico, prima dell'intervento chiarificatore recato dalla Plenaria n.10/2021, accanto ad una tesi maggioritaria, tesa ad ampliare i casi di sostituibilità e ad ammettere l'addizione di soggetti esterni all'originario raggruppamento, con finalità sostitutiva dell'impresa mandataria colpita da eventi

---

<sup>10</sup> Cfr. Cons. Stato, AP, 25 gennaio 2020, n. 2, disponibile all'indirizzo internet: [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

pregiudizievoli indicati dalla legge<sup>11</sup>, si erano sviluppati indirizzi interpretativi diretti, in varia misura, a restringere la portata del principio della modificabilità soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, in special modo laddove il fenomeno attenesse alla fase successiva a quella di presentazione delle offerte economiche<sup>12</sup>.

Sul tema è intervenuta l'Adunanza Plenaria con la richiamata decisione del 27 maggio 2021, n. 10, che ha avallato l'orientamento restrittivo, ritenendo di condividere l'assunto secondo cui, la disciplina recata dal combinato disposto dei commi 17, 18, 19-ter dell'articolo 48 del d.lgs n. 50 del 2016, meriti di essere interpretata restrittivamente, nel senso di ritenere ammissibili le modificazioni soggettive dell'a.t.i. nella fase di gara esclusivamente tra le imprese già raggruppate, in possesso dei requisiti previsti nel bando e solo nelle ipotesi di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, concordato preventivo o di liquidazione; oppure, qualora si tratti di imprenditore individuale, di morte, interdizione, inabilitazione o anche liquidazione giudiziale o, più in generale, per esigenze riorganizzative dello stesso raggruppamento temporaneo di imprese, a meno che – per questa ultima ipotesi e in coerenza con quanto prevede, parallelamente, il comma 19 per il recesso di una o più imprese raggruppate – queste esigenze non siano finalizzate ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara. La modifica, a tenore della pronuncia, potrebbe, tuttavia, direzionarsi sia nei riguardi delle imprese mandanti che della società mandataria.

La Plenaria ha chiarito, in quella occasione, che la modifica sostitutiva “per addizione” costituirebbe *ex se* una deroga non consentita al principio della concorrenza, in quanto ammetterebbe ad eseguire la prestazione un soggetto estraneo alla gara pubblica, secondo le regole di correttezza e trasparenza, e si porrebbe, quindi, in contrasto con quanto previsto dall'art. 106, comma 1, lett. d), n. 2, del d.lgs n. 50 del 2016.

Evidenziando come tutti i contratti di diritto pubblico poggino sul principio della personalità, in dipendenza del fatto che gli stessi originano da una procedura concorsuale volta a premiare l'offerta migliore e a tutelare l'interesse pubblico alla qualificazione tecnica, organizzativa, economica e morale

---

<sup>11</sup> Cfr. *Ex multis*, Cons. Giust. Amm. Sic., Sez., Sez. I., 26 luglio 2019, n. 706, in siffatto contesto, il Collegio ebbe cura di evidenziare come il fenomeno dell'addizione di un soggetto esterno all'originario raggruppamento sia passibile di rientrare nel paradigma dell'articolo 48 del d.lgs. n. 50/2016. Secondo il Consesso siciliano, la disciplina racchiusa nell'articolo in discorso sarebbe interamente e specificatamente dedicata ai casi di *deminutio potestatis* dell'impresa mandataria. Negli stessi termini, si vedano le decisioni rese dallo stesso Plesso giudiziario in tempi antecedenti rispetto alla data della pronuncia indicata: CGAS, Sez. I, 8 febbraio 2016, n. 34 e CGAS, Sez. I, 6 marzo 2018, n. 125, tutti disponibili all'indirizzo web: [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<sup>12</sup> Cfr. Cons. Stato, AP, 4 maggio 2012, n. 8, la quale ha affermato che «*in materia di gare pubbliche, il divieto di modificazione della compagine delle associazioni temporanee di imprese o dei consorzi, nella fase procedurale, è finalizzato ad impedire l'aggiunta o la sostituzioni di imprese partecipanti all' a.t.i. o al consorzio, e non anche a precludere il recesso, a condizione che quelle che restano a farne parte risultino titolari dei requisiti di partecipazione e di qualificazione e che ciò non avvenga per eludere la legge di gara e, in particolare, per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente dell'a.t.i. venuto meno per effetto dell'operazione riduttiva*». In siffatti termini, vedasi anche, Cons. Stato, Sez. V, 25 febbraio 2020, n. 1379.

delle imprese, il Consesso ha escluso, in quel frangente, che la modifica soggettiva per addizione potesse dirsi coerente con i principi, nazionali ed europei, dettati in tema di procedimenti di aggiudicazione di appalti pubblici<sup>13</sup>.

Ha aggiunto altresì, che la sostituzione esterna non possa ritenersi certamente consentita per la figura della mandataria, ma neppure per la società mandante, dal momento che, in senso contrario, non assumerebbe alcun rilievo la diversa formulazione del comma 17 rispetto al comma 18 dell'art. 48 del codice dei contratti pubblici, in quanto, il riferimento del comma 18 all'operatore economico "subentrante" non alluderebbe certo all'ingresso nel raggruppamento di un soggetto esterno, bensì, al succedersi di una società mandante, in possesso dei requisiti di idoneità rispetto ad altro mandante, ugualmente presente nella struttura stessa del raggruppamento di imprese<sup>14</sup>.

Orbene, secondo l'impostazione della Plenaria, la deroga al principio di immutabilità soggettiva dell'offerente, con il subentro di un soggetto estraneo alla procedura, dovrebbe trovare un fondamento espresso e chiaro nel diritto dell'Unione, non potendo giustificarsi a livello sistematico nel richiamo al diverso e parallelo istituto dell'avvalimento e dell'eventuale sostituzione dell'impresa ausiliaria, trattandosi di istituti eterogenei, benchè intesi a favorire il principio della massima partecipazione alla gara, a condizioni paritarie e trasparenti tra tutti i concorrenti. *A fortiori*, secondo l'alto consesso, la stazione appaltante dovrebbe imporre all'operatore economico di sostituire i soggetti ausiliari che non soddisfino un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistano motivi obbligatori di esclusione<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> L'Adunanza Plenaria n. 10 del 2021, riprendendo quanto sostenuto in una precedente pronuncia del 4 maggio 2012, n. 8, ha ribadito che «il principio di immutabilità soggettiva persegue lo scopo di consentire alla stazione appaltante di verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara e, di conseguenza, precludere modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli, in grado di impedire le suddette verifiche preliminari, ovvero che tale verifica venga vanificata, sicché le uniche modifiche soggettive elusive del dettato normativo sono quelle che portano all'aggiunta delle imprese partecipanti, non già alla loro riduzione o al recesso di una partecipante, laddove, però, la modifica della compagine in senso riduttivo avvenga per esigenze proprie del raggruppamento o del consorzio, non già per evitare la sanzione dell'esclusione dalla procedura di gara per difetto dei requisiti in capo ad un componente». Ha aggiunto che «la giurisprudenza del Consiglio di Stato è pressochè ferma nell'escludere la modifica del raggruppamento con l'addizione di un soggetto esterno, essendo consentita in sede di gara, per tutte le ragioni vedute, solo quella c.d. per sottrazione per ragioni riorganizzative tutte interne allo stesso raggruppamento e ora eccezionalmente, per la sola fase esecutiva, anche per il venir meno, eventualmente, di uno dei requisiti di cui all'art. 80 del d. lgs. n. 50 del 2016 in capo ad una delle imprese partecipanti».

<sup>14</sup> Secondo il Collegio, «la disposizione del comma 18 correttamente interpretata intende disciplinare la prosecuzione del rapporto contrattuale tra la stazione appaltante e i rimanenti soggetti del raggruppamento, mandatario e mandanti, non certo – e quasi surrettiziamente – introdurre ab externo un terzo soggetto mandante nell'esecuzione di un rapporto contrattuale tra l'originario raggruppamento aggiudicatario e la stazione appaltante. La stessa conclusione vale a fortiori per il comma 17, in rapporto alla figura della mandataria, centrale nell'esecuzione dell'appalto (v., su questo punto, Corte cost., 7 maggio 2020, n. 85), essendo necessario costituire un nuovo rapporto di mandato, ai sensi dei commi 12 e 13 del medesimo art. 48, nella «prosecuzione del rapporto» tra i medesimi soggetti, esclusa, appunto, la mandataria colpita dall'evento ostativo, da sostituirsi con uno dei mandanti, purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire. Altrimenti, non sussistendo tali condizioni, così come ancora prevede l'ultimo periodo del comma 17 novellato dal d. lgs. n. 56 del 2017, la «stazione appaltante deve recedere dal contratto».

<sup>15</sup> In argomento, il Collegio ha provveduto a richiamare dapprima una pronuncia della Corte di Giustizia UE del 24 maggio 2016, C-396/14, in cui è stato chiarito che il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza significano, in particolare, che gli offerenti debbano trovarsi su un piano di parità sia al momento in cui preparano le offerte sia al momento in cui queste vengono valutate dall'amministrazione aggiudicatrice e, in questi termini, detto

In sostanza, l'ammissione di un soggetto esterno all'originario raggruppamento temporaneo di imprese nella fase di gara, ovvero nella fase esecutiva del contratto, si porrebbe in contrasto con il principio di concorrenza, tutelato dall'articolo 41 della Costituzione e, al contempo, si collocherebbe in spregio all'interesse generale volto al corretto svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica e alla trasparenza nell'esecuzione del contratto aggiudicato, nonché, in collisione con l'interesse (diretto e concreto) gravante in capo a tutti partecipanti al procedimento, titolari di una posizione differenziata, protesa a veder garantita l'effettività del principio di parità tra tutti gli offerenti.

### **3. Le correnti ermeneutiche tese ad ampliare il novero dei casi di sostituzione soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese in corso di esecuzione del contratto, ovvero nella fase di gara. La pronuncia della Quinta sezione del Consiglio di stato (n. 6959/2021) e la necessità di un chiarimento pretorio definitivo**

In ordine alle questioni incidentalmente affrontate dall'Adunanza Plenaria (n. 10/2021) ha avuto occasione di pronunciarsi, seppur in termini eterogeni, anche la giurisprudenza di merito, con riguardo ad una fattispecie consimile ed in tempi anteriori<sup>16</sup> rispetto ai recentissimi arresti.

Invero, in senso critico rispetto alla soluzione fornita dalla quinta sezione del Consiglio di Stato, con la sentenza del 28 gennaio 2021, n. 833, il T.A.R. Toscana, sezione II, con la pronuncia n. 00217/2021, ha evidenziato come le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19, debbano trovare applicazione anche laddove le modifiche soggettive si verificassero in corso di gara<sup>17</sup>. Si è aggiunto che l'articolo 48, con il riferimento

---

principio e detto obbligo «costituiscono la base delle norme dell'Unione relative ai procedimenti di aggiudicazione degli appalti pubblici. In seconda battuta, ha rilevato che la stessa Adunanza Plenaria, con la pronuncia del 18 marzo 2021, n. 5, aveva avuto cura di evidenziare, in tema di avvalimento, come la sostituzione del soggetto "avvalso", nelle more della procedura di gara, rappresenti uno strumento nuovo e alternativo che, alla luce del principio di proporzionalità, consentirebbe quella continuità predicata dall'Adunanza Plenaria già nel 2015, in tutti i casi in cui il concorrente si avvalga dell'ausilio di operatore terzi per garantire continuità nel possesso dei requisiti, e nell'esigenza, stimata superiore, di evitare l'esclusione del concorrente, singolo o associato, per ragioni a lui non direttamente riconducibili o imputabili. In conclusione, viene ritenuto un *istituto del tutto innovativo*, secondo la definizione mutuata dal Consiglio di Stato (sez. III, n. 5359/2015) e dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea (C-223/16 del 14 settembre 2017, Casertana costruzioni s.r.l.).

<sup>16</sup> Cfr. *ex multis*, TAR Toscana, Firenze, Sez. II, 10 febbraio 2021, n. 00217; in tal contesto, la pronuncia in discorso, anticipando le considerazioni spese dall'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 2/2022, ha evidenziato l'esistenza del problema interpretativo legato alla portata precettiva dei commi 18 e 19 *ter* dell'art. 48 del d.lgs. n. 50 del 2016. In particolare, ha messo in luce il dato per cui, «mentre da un piana lettura dei commi 18 e 19 *ter* dell'art. 48 risulta pacifico che le modifiche soggettive motivate dalla sopravvenienza di procedure fallimentari o interdittiva antimafia a carico di una delle società mandanti, siano consentite anche in corso di gara, quanto alla perdita di altri requisiti generali, il comma 18 prevede un inciso, aggiunto dall'art. 32 del d.lgs. n. 56 del 2017, del seguente tenore: "...ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80". E secondo la tesi esposta da una delle parti, esprimerebbe l'intenzione del legislatore del correttivo (d. lgs. n. 56/2017) di limitare al contempo, la possibilità di modificare la composizione del raggruppamento per sopravvenuta perdita dei requisiti di cui all'art. 80, alla sola fase di esecuzione dei lavori».

<sup>17</sup> Si veda, ancora, TAR Toscana, Firenze, sez. II, 10 febbraio 2021, N. 00217, che, ritenendo più pervasiva la conclusione tratta dal Cons. Stato secondo cui: «il comma 19 *ter* dell'art. 48, comma aggiunto dall'articolo 32, comma 1, lettera b), del D.Lgs. 19 aprile 2017 n. 56, estende espressamente la possibilità di modifica soggettiva per le ragioni indicate dai commi 17, 18 e 19, anche in corso di gara. A fronte del chiaro disposto del comma 19 *ter*, che rinvia alle disposizioni di cui ai commi 17, 18 e 19, non sono conducenti gli

espresso alle “modifiche soggettive” alludesse alla sostituzione e all’estromissione di un componente del raggruppamento, in senso ampio. È stato messo in luce il dato secondo cui, l’argomento interpretativo teso a valorizzare la contestualità dell’introduzione dell’ultimo comma all’articolo 48 e l’inciso di cui al comma 18, non avrebbe potuto spiegare le ragioni della prevalenza di quest’ultimo precetto rispetto a quello precedentemente richiamato, al fine di risolvere l’antinomia normativa.

Infatti, ritenendo maggiormente persuasiva la conclusione tratta dalla pronuncia n. 2245, del 2 aprile 2020, resa dalla III sezione del Consiglio di Stato, secondo cui: “*il comma 19 ter dell’art. 48, comma aggiunto dall’articolo 32, comma 1, lettera b), del D.Lgs. 19 aprile 2017 n. 56, estende espressamente la possibilità di modifica soggettiva per le ragioni indicate dai commi 17, 18 e 19, anche in corso di gara*”, i giudici di merito fiorentini hanno concluso ritendo di dover far prevalere l’intenzione del legislatore e reputare, cioè, più logico che il correttivo del 2017 avesse voluto concedere la possibilità di una modifica dei raggruppamenti non solo in fase di esecuzione, ma anche in corso di gara.

Di contro e come da accenno, tuttavia, la quinta sezione del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 833 del 28 gennaio 2021, ha ritenuto che il comma 19 – *ter* dell’art. 48, di fatto, consentisse la sostituzione del mandante, esclusivamente in fase di gara, per vicende sopravvenute, previste dal comma 18 e con esclusione dei casi di perdita dei requisiti di cui all’art. 80 del codice dei contratti pubblici<sup>18</sup>.

Tale conclusione è stata argomentata in considerazione della scelta del legislatore che, secondo gli interpreti, con l’introduzione del comma 19 – *ter*, ha modificato i commi 17 e 18 e, contestualmente, ha previsto la modificazione del raggruppamento a seguito della perdita dei requisiti di partecipazione di cui all’art. 80 del Codice dei Contratti Pubblici, aggiungendo, altresì, che tale menomazione potesse favorire, in prosieguo, una modificazione del raggruppamento esclusivamente in corso di esecuzione, in quanto, secondo la ricostruzione pretoria, sarebbe del tutto illogico ritenere che l’estensione alla fase di gara, di cui al comma 19 *ter*, potesse neutralizzare la specifica e coeva modifica del comma precedente<sup>19</sup>.

---

*argomenti che l’appellante trae dalla Relazione illustrativa al correttivo al codice (pag. 20) e dall’Atto del Governo n. 397 (pagg. 86 e 87). Né è convincente l’argomentazione dell’appellante secondo cui nel rinvio ai citati commi, il comma 19 ter farebbe salva anche la locuzione “in corso di esecuzione”, perché si tratterebbe di una contraddizione palese con il contenuto dispositivo innovativo del nuovo comma aggiunto dal Legislatore del correttivo, che lo priverebbe di significato”, ha concluso evidenziando come fosse maggiormente opportuno guardare all’intenzione del legislatore e considerare il decreto correttivo uno strumento proteso a concedere la possibilità di modificare un raggruppamento di imprese sia in fase di esecuzione che in corso di gara.*

<sup>18</sup> Cfr., Cons. Stato, sez. V, 28 gennaio 2021, n. 833. In tal contesto, i giudici di seconde cure hanno ritenuto di condividere le argomentazioni spese dalla stessa Giurisprudenza Amministrativa (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8) e ritenere preclusa qualsiasi modificazione dei raggruppamenti temporanei che hanno partecipato a una gara pubblica.

<sup>19</sup> Alla stregua di tale scenario, il Collegio concluse ritenendo che non vi fossero ragioni per rimettere al vaglio dell’Adunanza Plenaria la questione interpretativa legata al caso di specie e osservò come non potesse ravvisarsi «alcuna antinomia tra la norma nazionale di cui all’art. 80, comma 4, d.lgs. n. 50/2016 e il tenore dell’art. 38, par. 5, comma 1, della direttiva 2014/23/UE nonché con l’art. 57, par. 2, comma 1, e par.3 della direttiva 2014/24/UE, né tantomeno alcuna questione strettamente interpretativa».

Diversamente, la terza Sezione del Consiglio di Stato, chiamata a pronunciarsi con riguardo ad un caso simile a quello oggetto del giudizio in menzione, con la sentenza del 2 aprile 2020, n. 2245, ha ritenuto che il comma 19 – *ter* potesse estendere espressamente la modifica soggettiva a tutte le vicende richiamate dai commi 17 e 18 (oltre che dal comma 19), ivi inclusa la perdita dei requisiti di partecipazione, di cui all'articolo 80 del codice dei contratti pubblici, anche nel corso della fase di gara. La limitazione consequenziale, secondo i giudici ed in ragione della terminologia utilizzata dal legislatore, avrebbe condotto ad un'insanabile contrapposizione rispetto al contenuto dispositivo – innovativo - del nuovo comma, finendo poi per privarlo di senso<sup>20</sup>.

Tali critiche hanno mostrato, con tutta evidenza, l'esistenza di un andamento interpretativo ondivago, a fronte del portato precettivo racchiuso negli ultimi commi (17-19 *ter*) dell'articolo 48 del codice dei contratti pubblici. La ricerca di un punto di equilibrio tra le delicate problematiche che, come osservato, hanno impegnato la giurisprudenza negli ultimi anni, ha condotto i giudici amministrativi della V sezione del Consiglio di Stato a rimettere nuovamente la questione alla Adunanza Plenaria (con l'ordinanza n. 6959/2021), la quale, ha affrontato in via principale il contrasto pretorio.

In particolare, il provvedimento di rimessione, rovesciando l'impostazione della pronuncia n. 10/2021, ha auspicato l'accoglimento di una regola generale, valida ad estendere i casi di modificabilità soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, al venir meno di uno dei requisiti necessari ai fini della partecipazione alla gara<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> In argomento, si osservino le riflessioni spese da, R. DONATI, *Modifica del raggruppamento per perdita dei requisiti di cui all'articolo 80 del Codice*. in [www.GiurisprudenzaAppalti.it](http://www.GiurisprudenzaAppalti.it), 2021, N. 1, p. 14. In precedenza, si osservi: 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.*, N. 3, 2017, pp. 401; V. DI IORIO, "Requisiti dei raggruppamenti temporanei di progettisti e sulle vicende modificative soggettive in corso di gara", in [lamministrativista.it](http://lamministrativista.it), N. 26, 2016, (nota a sentenza Consiglio di Stato, sez. V, del 25 febbraio 2016, n.773); G. PASANISI, *la sostituibilità proceduralizzata dell'ausiliaria nel caso di dichiarazione falsa*, in [www.Giustamm.it](http://www.Giustamm.it), N. 5, 2022, p. 3 e ss.. In termini ancor più ampi, e con riguardo alle vicende modificative soggettive del concorrente, si veda: S. BACCARINI-G. CHINÈ-R. PROIETTI, *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 677; analogamente, in passato, valutazioni in ordine ai profili di criticità intercorrenti tra il fenomeno del mutamento soggettivo di un raggruppamento temporaneo di imprese e l'impianto assiologico del codice dei contratti pubblici sono state rese da, P. VIRGA, *Le modificazioni soggettive nell'appalto di opere pubbliche*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 12 e ss; M. GIOVANNELLI, *Prequalificazione e modifica successiva della composizione dell'ATI*, in *Urb. e App.*, 1999, N. 1, p. 310; P.S. PUGLIANO, *La modificazione soggettiva delle associazioni temporanee di imprese intervenuta successivamente alla fase di prequalificazione*, in *Riv. Trim. App.*, 1999, N. 3, p.103; S. MEZZACAPO, *La composizione delle associazioni temporanee di imprese rientra nella competenza degli stati membri*, in *Guida al Dir.*, 2003, n. 12, pp.85 e ss.; G. BALOCCO, *La modificazione dei raggruppamenti in gara: limiti e condizioni: limiti e condizioni*, in *Riv. Trim. App.*, 2004, N. 2, p. 458 e ss; A. M. ROMITO, *Il mutamento della composizione di un raggruppamento di imprese al vaglio del giudice comunitario*, in *Riv. Trim. App.*, N.1, 2004, p. 550 e ss; S. BACCARINI, *Collegamento sostanziale tra imprese nella gara d'appalto tra diritto giudiziario e accertamenti indiziari*, in *Urb. e App.*, N.1, 2005, p. 225; A. SATURNO, *La variabilità del soggetto appaltatore di opera pubblica*, in P. STANZIONE, A. SATURNO (a cura di), *Il diritto privato nella pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 2006, p.844 e ss.

<sup>21</sup> Si vedano, al riguardo e per completezza espositiva, le questioni rimesse alla Adunanza Plenaria: "1. Se sia possibile interpretare l'art. 48, commi 17, 18 e 19 – *ter* d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 nel senso che la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese in caso di perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 da parte del mandatario o di una delle mandanti è consentita non solo in fase di esecuzione, ma anche in fase di gara. 2. Di precisare, in caso di risposta positiva alla prima domanda, la modalità procedimentale con la quale detta modifica possa avvenire, se, cioè, la stazione appaltante sia tenuta, anche in questo caso, ed anche qualora

In particolare, rinunciando all’esegesi fornita dall’Adunanza Plenaria n. 10 del 2021, è stato osservato che *«se il legislatore, introducendo il comma 19 – ter all’interno dell’art. 48, avesse voluto far eccezione alla deroga e ripristinare il principio di immodificabilità del raggruppamento in caso di perdita dei requisiti generali di cui all’art. 80 del codice in fase di gara, la via maestra sarebbe stata quella di operare la distinzione all’interno dello stesso comma 19 – ter, senza dar vita ad un arzigogolo interpretativo. Rinviando alle “modifiche soggettive” contemplate dai commi 17, 18 e 19, invece, la norma pianamente dice suscettibili di portare alla modifica del raggruppamento in fase di gara tutte le sopravvenienze ivi previste, compresa la perdita dei requisiti generali»*. Ed ancora, si è aggiunto che: *«nessuna delle ragioni che sorreggono il principio di immodificabilità della composizione del raggruppamento varrebbero a spiegare in maniera convincente il divieto di modifica per la perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 in sede di gara: non la necessità di evitare che la stazione appaltante si trovi ad aggiudicare la gara e a stipulare il contratto con un soggetto del quale non abbia potuto verificare i requisiti, generali o speciali di partecipazione in quanto, una volta escluso dall’Adunanza plenaria nella sentenza n. 10 del 2021 la c.d. sostituzione per addizione, tale evenienza non potrà giammai verificarsi quale che sia la vicenda sopravvenuta per la quale sia venuto meno uno dei componenti del raggruppamento, né la tutela della par condicio dei partecipanti alla procedura di gara, che è violato solo se all’uno è consentito quel che all’altro è negato»<sup>22</sup>*.

Quanto riscontrato ha mostrato, ancora una volta, come si siano di fatto sviluppate plurime correnti ermeneutiche che, pur ammettendo la rilevanza dell’apporto interpretativo offerto dalla pronuncia n. 10/2021 dell’Adunanza Plenaria, hanno finito, poi, per allontanarsi dalla linea pretoria tracciata dalla medesima assise.

Su questo piano, si è giunti a prevedere un ampliamento dei casi di modificabilità soggettiva dei raggruppamenti, sia in fase di esecuzione che di gara, per effetto di vicende patologiche legate a ciascun componente del gruppo<sup>23</sup>.

---

*abbia già negato la autorizzazione al recesso che sia stata richiesta dal raggruppamento per restare in gara, avendo ritenuto intervenuta la perdita di un requisito professionale, ad interpellare il raggruppamento, assegnando congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno tale da poter riprendere la propria partecipazione alla gara”*.

<sup>22</sup> In argomento, Cons. Stato, sez. V, 18 ottobre 2021 n. 6959, in, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>23</sup> Con riguardo all’intervento normativo di cui all’art. 32, comma 1, lett. h), del d. lgs. n. 56 del 2017, il quale ha previsto come il venir meno di uno dei requisiti di partecipazione, di cui all’art. 80 del d. lgs. n. 50 del 2016, in capo ad uno dei componenti possa giustificare la modifica soggettiva, anche se solo interna al raggruppamento stesso, si vedano, Cons. St., sez. V, 28 gennaio 2021, n. 833, Cons. St., sez. V, 27 agosto 2020, n. 5255, nonché, la delibera ANAC, n. 555 del 12 giugno 2011, chiamata ad esprimersi con riferimento ad un’istanza di parere precontenzioso, disposto ai sensi dell’art. 211, comma 1, del d. lgs. n. 50 del 2016. Considerazioni analoghe, lungo il profilo della sostituibilità dell’impresa mandataria colpita da eventi pregiudizievoli indicati dalla legge, alla stregua del paradigma dell’articolo 48 d.lgs. n. 50/2016, si vedano, inoltre, C.G.R.S., 26 luglio 2019, n. 706; C.G.R.S., 8 febbraio 2016, n. 34 e C.G.R.S., 6 marzo 2018, n. 125; Cons. Stato, Sez. V, 24 febbraio 2020, n. 1379. Un’analisi dottrinale tesa ad evidenziare un approccio aperturistico con riguardo al fenomeno della modificabilità dei raggruppamenti temporanei di imprese è offerta da M.G. VIVARELLI, *Commento all’art. 48*, in G. M. ESPOSITO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici. Commentario di dottrina e giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 560; e G. MORBIDELLI, M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in M.P. CHITI, G. GRECO, (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, I, 503; C. ZUCCHELLI, *Avvalimento e raggruppamenti temporanei di impresa*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2019, II, 1120.

In tale direzione, è stato osservato come limitare la modifica soggettiva del raggruppamento, anche in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'articolo 80 del codice dei contratti pubblici, alla mera fase esecutiva del rapporto, recherebbe, *quoad effectum*, un vulnus al principio di affidabilità e libera concorrenza tra gli imprenditori – offerenti, in quanto, si ammetterebbe la realizzazione del fenomeno in un momento in cui la stazione appaltante non potrebbe più vagliare l'affidabilità del raggruppamento, mentre, di contro, lo si escluderebbe in un momento in cui la stazione appaltante sarebbe ancora nelle condizioni di compiere tutte le verifiche opportune, in capo ai componenti rimanenti<sup>24</sup>.

Tuttavia, dette sollecitazioni hanno fatto emergere la necessità di un chiarimento pretorio definitivo e, dunque, l'intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la quale, pronunciandosi con la sentenza n. 2 del 25 gennaio 2022, ha confermato *in toto* l'orientamento progressista, sconfessando la lettura tradizionale fornita dalla giurisprudenza amministrativa di secondo grado, in tempi anteriori.

#### **4. La pronuncia prodromica rispetto all'arresto dell'Adunanza Plenaria n. 2/2022 ed il confronto con l'orientamento pretorio tradizionale**

Come da accenno, la seconda sezione del Tribunale Amministrativo per la regione Toscana, con sentenza n. 217 del 10 febbraio 2021, aveva avvertito l'opportunità di esprimere un indirizzo pretorio restrittivo nei riguardi della portata precettiva racchiusa in seno al combinato disposto di cui all'articolo 48, commi 17, 18, 19, 19 – bis e 19 – ter, ritenendo di accogliere l'interpretazione fornita dalla parte esponente nei riguardi delle disposizioni citate e, dunque, di reputare consentita la modifica soggettiva di un raggruppamento temporaneo di imprese anche in corso di gara, qualora uno dei componenti si fosse trovato a smarrire i requisiti di partecipazione previsti dall'art. 80 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

La medesima sezione aveva considerato, peraltro, il proprio orientamento perfettamente coerente, sul piano teleologico, con la *ratio* sottesa alla novella racchiusa nell'articolo 32, comma 1, lett. h) d.lgs. n. 56 del 2017 e relativa all'introduzione del comma 19 – ter all'interno della disposizione di cui all'art. 48 del codice dei contratti pubblici.

In verità, il Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi successivamente ed in via definitiva rispetto all'appello proposto dalla società soccombente nel giudizio di primo grado ma aggiudicataria del contratto di appalto oggetto della procedura pubblicistica, dopo un'attenta ricostruzione dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale in tema di *raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici*, di cui all'art. 48 del codice dei contratti pubblici e di modificazione soggettiva riguardante i soggetti giuridici in trattazione, ha evidenziato come si fosse formata un'incertezza interpretativa di rilievo incisivo, nascente dalla novella

---

<sup>24</sup> In tali termini, si veda, Cons. Stato, Sez. V, 18 ottobre 2021, n. 6956, consultabile all'indirizzo web: [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

legislativa recata dall'articolo 32, comma 1, lett. h) d.lgs. n. 56 del 2017, c.d. *“Correttivo al codice dei contratti pubblici”*. Dunque, con ordinanza del 18 ottobre 2021, n. 6959, ha proceduto ad investire l'Adunanza Plenaria della questione concernente la possibilità di interpretare l'articolo 48, commi 17, 18 e 19 – *ter* del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nel senso di ritenere consentita la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese – in caso di perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 da parte del mandatario o di una delle mandanti – non solo in fase di esecuzione ma anche in corso di gara. Ha richiesto, altresì, di precisare le modalità procedurali attraverso le quali la modifica potesse dirsi riuscita, laddove l'orientamento del Collegio avesse deciso di porsi in termini positivi, consentendo, dunque, la realizzazione del fenomeno.

I giudici, dopo aver ripreso l'esegesi fornita dall'Adunanza Plenaria n. 10/2021, hanno affermato che l'orientamento “restrittivo”, perpetrato dal supremo consesso in composizione collegiale e poc'anzi indicato, meritasse una rieditazione.

In particolare, secondo i giudici, il dato letterale fornito dalle norme non risultava convincente e decisivo, in quanto, *«l'inciso in corso di esecuzione, riferito al caso di perdita dei requisiti di partecipazione [...], potrebbe essere stato avvertito dal legislatore come precisazione necessaria per evitare il possibile dubbio interpretativo che il richiamo ai requisiti di cui all'articolo 80 avrebbe potuto far sorgere circa l'effettivo ambito applicativo della disposizione»*.

Procedendo nel solco dell'analisi relativa alla sussistenza di una distonia normativa e di una contraddizione precettiva legate, entrambe, al piano operativo interno ed esterno delle norme, la Sezione ha auspicato, quindi, l'affermazione di un nuovo principio di diritto capace di dipanare i dubbi pretori e idoneo, altresì, a fornire un apporto di carattere generale e maggiormente aperturista rispetto agli arresti ermeneutici sino ad allora raggiunti.

In particolare, la Sezione ha osservato come non vi sarebbero state ragioni valide a sostenere il principio dell'immodificabilità del raggruppamento in corso di gara, né elementi idonei a spiegare, in maniera convincente, il divieto di mutamento soggettivo per la perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80, sempre nel solco della fase pubblicistica.

Secondo il Collegio, non avrebbe potuto trovare appiglio logico l'argomentazione riguardante la necessità di evitare che la stazione appaltante potesse trovarsi ad aggiudicare la gara e a stipulare il contratto con un soggetto del quale non avesse potuto verificare i requisiti, generali o speciali di partecipazione, in quanto, una volta esclusa dall'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 10 del 2021 la c.d. sostituzione per addizione, tale evenienza non si sarebbe potuta concretizzare mai, a prescindere dalla natura della vicenda sopravvenuta, posta a fondamento del cambiamento soggettivo.

Infine, secondo il Consesso amministrativo, negare la modifica soggettiva del raggruppamento di imprese del quale uno dei componenti del raggruppamento stesso sia incorso in perdita dei requisiti di

partecipazione in fase di gara, pur restando complessivamente in grado di eseguire il contratto di affidamento, avrebbe comportato una perdita di vantaggio in capo alla stazione appaltante e, al contempo, avrebbe potuto recare un *vulnus* alle imprese stesse che si sarebbero trovate nella condizione di dover subire ingiustamente gli effetti negativi di condotte altrui, che non avrebbero in alcun modo potuto evitare.

Dopo aver ribadito le ragioni favorevoli ad un indirizzo evolutivo, i giudici del provvedimento remittente hanno evidenziato che ad ulteriore sostegno di tale impostazione “progressista” vi fossero ragioni di eguaglianza e parità di trattamento tra i concorrenti, avvinti dalla stessa procedura ad evidenza pubblica.

Dal momento che, secondo il Collegio, *«nessuna delle ragioni che sorreggono il principio di immutabilità della composizione del raggruppamento varrebbero a spiegare in maniera convincente il divieto di modifica per la perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 in sede di gara: non la necessità di evitare che la stazione appaltante si trovi ad aggiudicare la gara e a stipulare il contratto con un soggetto del quale non abbia potuto verificare i requisiti, generali o speciali di partecipazione in quanto, una volta escluso dall'Adunanza plenaria nella sentenza n. 10 del 2021 la c.d. sostituzione per addizione, tale evenienza non potrà giammai verificarsi quale che sia la vicenda sopravvenuta per la quale sia venuto meno uno dei componenti del raggruppamento, né la tutela della par condicio dei partecipanti alla procedura di gara, che è violato solo se all'uno è consentito quel che all'altro è negato, ma qui tutti sono trattati allo stesso modo perché possono alle stesse condizioni pervenire all'aggiudicazione della procedura di gara, ossia a condizione che sia garantito l'integrale e continuativo possesso dei requisiti di partecipazione a partire dalla presentazione della domanda e fino all'esecuzione del contratto, situazione che, a ben vedere, ricorre sempre, quale che sia la ragione per la quale uno dei componenti del raggruppamento viene meno se gli altri sono in grado di garantire con i loro requisiti la corretta esecuzione del contratto»*.

Sollecitando il recepimento delle osservazioni esposte da parte dell'Adunanza Plenaria, i giudici della quinta Sezione del Consiglio di Stato hanno richiesto, pertanto, un intervento chiarificatore definitivo.

In particolare, il Collegio rimettente chiese alla Plenaria se fosse possibile interpretare l'articolo 48, commi 17, 18 e 19 – *ter* d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 nel senso di ritenere consentita la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese in caso di perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 del codice dei contratti pubblici da parte del mandatario ovvero di una delle mandanti, non solo in fase di esecuzione, ma anche in corso di gara.

In caso di risposta positiva, i giudici hanno invitato il Consesso amministrativo a precisare le modalità procedurali attraverso le quali la modifica potesse dirsi raggiunta, e se la stazione appaltante dovesse interpellare il raggruppamento, assegnando un congruo termine per la riorganizzazione interna, così da riprendere la singolare partecipazione alla gara.

## 5. L'Adunanza Plenaria dirime i nodi interpretativi: La pronuncia del Consiglio di Stato n. 2/2022 smentisce l'orientamento formalistico

Alla luce delle sollecitazioni suesposte, l'Adunanza Plenaria, pronunciandosi in via definitiva con la sentenza n. 2 del 25 gennaio 2022, ha ritenuto di dover sconfessare - *in toto* - l'orientamento tradizionale e di fornire una lettura evolutiva nei riguardi dell'istituto, in modo da consentire la cosiddetta "potenzialità di accesso al contratto", e, al contempo, l'interesse pubblico ad una maggiore ampiezza di scelta, conseguente alla pluralità di offerte.

In via preliminare, però, la Plenaria si è premurata di ricostruire la questione giuridica sottesa al suo esame, facendo ricorso ai precedenti resi sul punto da parte di diversi collegi giudicanti<sup>25</sup>, ed in tempi anteriori rispetto a quelli ascrivibili alla propria cognizione.

In via preliminare, e più in particolare, si è soffermata sul principio di diritto recato dalla pronuncia pregressa, sottolineando come i commi 17, 18, e 19 *ter* dell'articolo 48 del Codice dei contratti pubblici, in quel frangente, furono interpretati nel senso di consentire, ricorrendone i presupposti, esclusivamente una modificazione "in diminuzione" del raggruppamento temporaneo di imprese, e non anche quella c.d. "per addizione", che si verificherebbe laddove venisse introdotta nella compagine associativa un nuovo soggetto, originariamente estraneo alla stessa<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> In riferimento a tale profilo, la Plenaria, nel solco della propria pronuncia, ha riprodotto fedelmente il principio di diritto racchiuso nella sentenza n. 10 del 27 maggio 2021, disposta dal medesimo consesso nomofilattico, ma in composizione diversa, ed in particolare ha asserito che in quel contesto venne chiarito che: «*l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter, del d. lgs. n. 50 del 2016, nella formulazione attuale, consente la sostituzione meramente interna del mandatario o del mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese con un altro soggetto del raggruppamento stesso in possesso dei requisiti, nella fase di gara, e solo nelle ipotesi di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, concordato preventivo o di liquidazione o, qualora si tratti di imprenditore individuale, di morte, interdizione, inabilitazione o anche liquidazione giudiziale o, più in generale, per esigenze riorganizzative dello stesso raggruppamento temporaneo di imprese, a meno che – per questa ultima ipotesi e in coerenza con quanto prevede, parallelamente, il comma 19 per il recesso di una o più imprese raggruppate – queste esigenze non siano finalizzate ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara; b) l'evento che conduce alla sostituzione meramente interna, ammessa nei limiti anzidetti, deve essere portato dal raggruppamento a conoscenza della stazione appaltante, laddove questa non ne abbia già avuto o acquisito notizia, per consentirle, secondo un principio di c.d. sostituibilità proceduralizzata a tutela della trasparenza e della concorrenza, di assegnare al raggruppamento un congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno tale da poter riprendere correttamente, e rapidamente, la propria partecipazione alla gara o la prosecuzione del rapporto contrattuale.*»

<sup>26</sup> Si veda, per una lettura maggiormente avvertita e ampia del percorso prodromico alla definizione del giudizio: Cons. Stato, A.P., n. 2/2022, la parte della pronuncia in cui si ribadisce il principio recato dal consesso in occasione della sentenza n. 10 del 27 maggio 2021, secondo cui, "la deroga all'immodificabilità soggettiva dell'appaltatore costituito in raggruppamento, tale da evitare in fase esecutiva la riapertura dell'appalto alla concorrenza e, dunque, l'indizione di una nuova gara, è solo quella dovuta, in detta fase, a modifiche strutturali interne allo stesso raggruppamento, senza l'aggiunta di nuovi soggetti che non abbiano partecipato alla gara (o, addirittura, che vi abbiano partecipato e ne siano stati esclusi), ciò che contraddirebbe la stessa ratio della deroga, dovuta a vicende imprevedibili che si manifestino in sede esecutiva e colpiscano i componenti del raggruppamento, tuttavia senza incidere sulla capacità complessiva dello stesso raggruppamento di riorganizzarsi internamente, con una diversa distribuzione di diversi compiti e ruoli (tra mandante e mandataria o tra i soli mandanti), in modo da garantire l'esecuzione dell'appalto anche prescindendo dall'apporto del componente del raggruppamento ormai impossibilitato ad eseguire le prestazioni o, addirittura, non più esistente nel mondo giuridico (perché, ad esempio, incorporato od estinto). È chiaro che la modifica sostitutiva c.d. per addizione costituisce *ex se* una deroga non consentita al principio della concorrenza perché ammette ad eseguire la prestazione un soggetto che non ha preso parte alla gara secondo regole di correttezza e trasparenza, in violazione di quanto prevede attualmente l'art. 106, comma 1, lett. d), n. 2, del d. lgs. n. 50 del 2016, più in generale, per la sostituzione dell'iniziale aggiudicatario".

Nel merito della questione ad essa rimessa, la Plenaria, invece, dopo aver ribadito la sussistenza di un giudizio di relazione sussumibile nella locuzione “rapporto di regola/eccezione”, con riguardo al confronto diacronico tra la fattispecie – generale - della immodificabilità soggettiva dell'appaltatore costituito in raggruppamento e modificabilità, invece, per addizione e per sottrazione, della stessa compagine associativa, ha affermato che le norme di eccezione, di cui ai commi 17 e 18 dell'articolo 48 del codice dei contratti pubblici (d.lgs n. 50/2016), nella loro originaria formulazione, si occupavano, in termini specifici, di limitate sopravvenienze, quali la sottoposizione a procedura concorsuale (fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, amministrazione controllata, concordato preventivo, ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione) ovvero, in caso di imprenditore individuale, di morte, interdizione e inabilitazione, ovvero ancora, dei fenomeni legati alla cosiddetta “affiliazione mafiosa”, disciplinati dalla normativa antimafia. La previsione di un mutamento soggettivo interno al raggruppamento, in siffatte ipotesi, trovava ragione, a tenore della pronuncia, nell'esigenza di garantire la prosecuzione del rapporto negoziale, ancorché al cospetto di un operatore economico diverso dall'originario mandatario, aggiudicatario dell'appalto, ma sia pur in possesso dei requisiti di qualificazione adeguati ai lavori, servizi e forniture, ancora da eseguire.

L'intervento riformatore del 2017, n. 56, introducendo nell'articolo 48 due modifiche di rilievo ed ascrivibili, in primo luogo, all'estensione delle sopravvenienze di cui ai commi 17 e 18, anche con riguardo ai casi di perdita dei requisiti di cui all'articolo 80 del codice dei contratti pubblici, nel solco della fase esecutiva del contratto e, *in secundis*, prevenendo, con l'introduzione del comma 19 *ter*, l'applicazione delle previsioni racchiuse nei commi 17, 18 e 19, anche nel corso della fase di gara, avrebbe fatto sorgere un contrasto ed un'incompatibilità tra norme, sussumibile nella fattispecie generale dell'antinomia normativa, resasi assai problematica dalla contestualità degli interventi riformatori e dalla identica fonte di produzione legislativa<sup>27</sup>.

Ad avviso della Plenaria, non avrebbe potuto esser revocato in dubbio il dato alla stregua del quale si fosse dinanzi ad un contrasto assoluto tra enunciati e non in presenza di un'antinomia apparente, superabile con l'ausilio degli strumenti tradizionali di risoluzione dei contrasti precettivi, tra fattispecie di pari rango. Invero, secondo il collegio, affinché potesse accogliersi la tesi sostenuta dalla parte appellante

---

<sup>27</sup> Sul tema delle antinomie normative giova soffermarsi, sia pur incidentalmente e sommariamente, sulla nozione dell'istituto e su alcuni contributi dottrinari recati sul punto. Dal greco *anti-nomoi* = opposizione di leggi, regole, il termine antinomia si riferisce ad una situazione di incompatibilità tra due norme che pongono conseguenze giuridiche diverse ed incompatibili per una medesima fattispecie, per cui l'applicazione dell'una esclude l'applicazione dell'altra. In tal contesto, il riferimento è rivolto ai contributi di T. MAZZARESE, *Voce*, Digesto IV ed., 1987, p. 348; V. CRISAFULLI, *La scienza del diritto costituzionale*, Atti delle giornate di studio di Trieste, 1 – 2 ottobre 1993, Cedam, Padova; A. PIZZORUSSO, *comparazione giuridica e sistema delle fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 34 e ss.; F. MODUGNO, *voce*, Fonti del diritto (gerarchia delle), in Enc. Del Dir. Agg. 1, Milano, Giuffè, 1997; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, Padova, 2009, p.12 e ss.

in ordine alla presunta sussistenza di un'ipotesi particolare di antinomia, di tipo parziale o unilaterale, si sarebbe dovuto riscontrare o una specificazione da parte di uno dei due enunciati normativi, a detrimento dell'altro, ovvero, un'esclusione espressa da parte della norma di portata generale nei riguardi della specifica ipotesi "di perdita dei requisiti di cui all'articolo 80" dalla classe di fattispecie descritta dagli articoli 17 e 18, per le quali è intervenuto, di contro, l'effetto ampliativo anche in corso di gara.

L'adunanza Plenaria ha deciso, di converso, di adottare un orientamento estensivo e di far proprie delle considerazioni tese a superare il contrasto normativo mediante il ricorso ad altre valutazioni, riconducibili ai principi di interpretazione secondo ragionevolezza, ovvero secondo Costituzione, cui, peraltro, lo stesso criterio di ragionevolezza (sussumibile nell'art. 3 della Carta) si riporta.

La previsione di una immediata modificazione soggettiva in corso di gara, alla stregua della perdita dei requisiti di cui all'articolo 80 del codice dei contratti pubblici, troverebbe ragione nella duplice esigenza di ovviare, per un verso, ad una possibile disparità di trattamento tra varie ipotesi di sopravvenienze non ragionevolmente supportata e, per altro, scongiurerebbe la possibilità di far trovare un'impresa "incolpevole" nella concreta incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione, in quanto, si troverebbe nella condizione di dover subire un evento impeditivo riguardante un altro soggetto giuridico diverso da sé, così finendo per costituire una fattispecie di responsabilità oggettiva, ovvero una inedita, discutibile, speciale fattispecie di *culpa in eligendo*.

Ad avviso della Plenaria, dunque, tali conclusioni sarebbero dettate da un'interpretazione ermeneutica aperturista e troverebbero conforto nella normativa eurounitaria, protesa ad assicurare la massima partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica e la massima apertura del mercato all'intervento di operatori economici complessi, ancorché costituiti in forma associata.

Si è deciso, infine, di pervenire alla conclusione, alla stregua della quale, il riconoscimento della possibilità di modificare un raggruppamento temporaneo di imprese, anche in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 del Codice dei contratti pubblici, debba ritenersi possibile anche in fase di gara e non più solamente in sede di esecuzione.

Si è aggiunto, vieppiù, che la stazione appaltante dovesse ritenersi sempre tenuta ad interpellare il raggruppamento, laddove lo stesso non avesse manifestato la propria volontà in precedenza, in ordine all'intenzione di procedere alla riorganizzazione del proprio assetto interno, al fine di rendere possibile la singolare partecipazione alla gara.

## 6. L'influenza del diritto europeo: la logica pro- concorrenziale e l'apertura a favore della tesi in ordine all'ammissibilità di mutamenti soggettivi nella compagine di un raggruppamento temporaneo di imprese, anche in corso di gara

La conclusione sopra esposta è stata raggiunta dall'alto consesso della giustizia amministrativa sulla scorta di un attento ragionamento, che ha coinvolto il riformato diritto degli appalti e delle procedure ad evidenza pubblica<sup>28</sup>, interessati, entrambi e negli ultimi anni, da sollecitazioni sia interne che sovranazionali, protese ad assicurare la massima partecipazione degli operatori privati al mercato delle commesse pubbliche<sup>29</sup> e avvinti, altresì, dall'elaborazione di assiomi coerenti con i concetti di non discriminazione, parità di trattamento, *favor participationis* e con il generale postulato della concorrenza<sup>30</sup>. In via principale, la Plenaria si è occupata della problematica interpretativa legata alla sussistenza di un'antinomia normativa intercorrente tra i commi 17, 18 e 19 *ter* dell'articolo 48 del Codice dei Contratti Pubblici, sviluppatasi all'esito di un procedimento normativo determinato da un uso non particolarmente sorvegliato di una tecnica legislativa assunta dai diversi legislatori delegati che, nel corso degli anni, hanno deciso di intervenire sulla materia.

Più in dettaglio, la questione ha assunto particolare rilievo in quanto ha favorito l'emersione di un chiarimento pretorio definitivo in ordine alla possibilità di perfezionare una modificazione soggettiva (in riduzione) di un raggruppamento temporaneo di imprese, non (più) solamente nell'ambito del rapporto

---

<sup>28</sup> Per la nozione di evidenza pubblica, si rinvia, tra tutti, a M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 463 e ss., L'A. rinveniva le fondamenta storiche del fenomeno nella necessità di osteggiare "la piaga delle collusioni tra gli uffici delle amministrazioni e i fornitori, gli appaltatori, i somministratori delle pubbliche amministrazioni".

<sup>29</sup> Per una valutazione nei riguardi dei chiarimenti ermeneutici maggiormente significativi recati sul tema, nel settore degli appalti di servizi, dove la disciplina (d.lg. n. 157 del 1995) attribuisce un ampio margine di discrezionalità alla stazione appaltante nella definizione dei requisiti di partecipazione, si veda, Cons. Stato, Sez. V, 23 gennaio 2006, n. 206, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), ed anche, Cons. Stato, Sez. V., 1 ottobre 2003, n. 5684, in *Giust.amm.*, 2003, 1126, ove è stato affermato che il razionale equilibrio tra le due opposte esigenze della libertà valutativa della pubblica amministrazione e della più ampia partecipazione privata, vada individuato mediante un'attenta disamina delle specificità del singolo affidamento. Nel caso sottoposto al vaglio dei giudici di Palazzo Spasa, peraltro, era stata considerata illegittima una clausola del bando che richiedeva ai concorrenti un fatturato pari al doppio del corrispettivo presunto dell'appalto medesimo, ritenendo la suddetta clausola viziata da un'illogica e irrazionale sproporzione tra i criteri di filtro di partecipabilità alle gare e l'oggettiva tipologia di gara in esame.

<sup>30</sup> Sui profili pubblicistici della concorrenza si vedano, in generale, M.S. GIANNINI, *Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia*, in *Riv. dir. comm.*, LVIII, 1959, p. 313; E. CHELI, *Libertà e limiti dell'iniziativa economica privata*, in *Rass. dir. pubbl.*, I, 1960, 300; U. POTOTSCHNIG, *Poteri pubblici ed attività produttive*, in *Dir. ec.*, 1990, N.2, p. 49; G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, N. 17, p. 3 e ss.; M. D'ALBERTI, *Libera concorrenza e diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, N.1, 2004, p. 347. Lungo il profilo monografico si rinvia a V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo*, Pompei, Ed. Scient., 1962; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, Cedam, 1983. Secondo una definizione economica classica, valga per tutti il riferimento a A. SMITH, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of the Nations (1776)*, *La ricchezza delle nazioni* (trad. it.) Torino, Giappichelli, 1987, dove per «concorrenza» si intende, secondo l'A. un processo dinamico in cui si sviluppa il confronto tra gli operatori commerciali che agiscono in mercati aperti e privi di barriere all'ingresso. In tale contesto l'equilibrio concorrenziale può essere alterato solo se un operatore economico acquisisce una posizione di vantaggio istituzionalizzata, cioè sottratta alle normali dinamiche concorrenziali. Su questi temi, si osservi, anche, F. GOBBO, *Il mercato e la tutela della concorrenza*, Bologna, Il mulino, 2001.

negoziale intercorrente tra la pubblica amministrazione e l'operatore economico plurisoggettivo, ma anche nel corso della fase di selezione dell'offerente.

Tuttavia, valga la pena osservare come, da sempre e nelle procedure articolate in più segmenti procedimentali, sia stato ritenuto possibile consentire, in tempi anteriori rispetto alla presentazione definitiva dell'offerta privata, una modificazione soggettiva dell'operatore economico partecipante alla gara<sup>31</sup>. In altri termini, è sempre stato considerato il tempo della sottoscrizione degli impegni negoziali un momento preclusivo per l'individuazione dell'offerente, ed il frangente più idoneo a cristallizzare la compagine associativa del partecipante alla procedura di gara. Molto più complessa si è mostrata, invece e da tempo, la vicenda relativa alle possibili modifiche soggettive rimesse in capo ad un'associazione temporanea di impresa, successivamente alla presentazione dell'offerta. Invero, già prima dell'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici, due opposti orientamenti pretori hanno manifestato con forza distinte considerazioni, finendo di fatto per assumere posizioni antitetiche.

Un primo indirizzo, ispirandosi ai rigidi principi di applicazione normativa, ha finito per ritenere non ammissibili delle modificazioni di un R.T.I. in corso di gara e ha ritenuto, di contro, possibili dei mutamenti della compagine soggettiva solamente nel corso della fase di esecuzione del rapporto negoziale, in forza di espresse previsioni di legge<sup>32</sup>.

Un secondo e differente orientamento, di matrice sostanzialistica, ha ritenuto, invece, che il principio di immodificabilità costituisca un limite alla sola aggiunta o sostituzione di imprese partecipanti al raggruppamento, giungendo ad accogliere con favore la possibilità di una modifica "in riduzione" di un'associazione di imprese, anche nel solco della fase anteriore all'aggiudicazione definitiva<sup>33</sup>.

Le spinte promananti dalla Giurisprudenza di Lussemburgo, nel corso degli ultimi anni, hanno finito per manifestare con forza la loro valenza intrinseca, giungendo a rivestire un ruolo decisivo nel percorso di rimediazione degli orientamenti ermeneutici pregressi, ascrivibili al tessuto giurisprudenziale nazionale.

---

<sup>31</sup> In argomento, il riferimento corre nei riguardi degli apporti di: A CRISMANI, *Il principio della tendenziale immodificabilità soggettiva dei contratti pubblici nella fase di esecuzione*, in Riv. giur. dell'ed., 2018, N. 5, p. 337 e ss. Sul fronte pretorio, si osservi come la giurisprudenza da tempo aveva messo in luce come fosse possibile ammesso operare — nel periodo antecedente alla presentazione delle offerte — delle modificazioni alla compagine del soggetto invitato alla gara, sia esso impresa individuale che associazione temporanea, ma sempreché le stesse non siano tali da incidere in modo negativo sulla qualificazione del soggetto medesimo e quindi sul possesso da parte dello stesso dei necessari requisiti (Consiglio di Stato, sez. V, 2 dicembre 2002, n. 6619, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)). Contra, tuttavia: Consiglio di Stato, sez. VI, 8 marzo 2006 n. 1267.

<sup>32</sup> Si osservi, in tal contesto, F. DURANTE, *Associazioni temporanee di imprese e negozi collegati*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 426 ss. Sul fronte pretorio, il riferimento è nei riguardi della pronuncia del Consiglio di Stato, sez. IV, 22 dicembre 2014 n. 6311, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); nonché, del Cons. St. sez. V, 15 luglio 2014 n. 3704.

<sup>33</sup> Si veda, in argomento, Cons. St. sez. V, 20 gennaio 2015, n. 169, ivi; Id., sez. VI, 16 febbraio 2010 n. 842, ed anche, Cons. St., sez. IV, 23 luglio 2007 n. 4101.

Più in dettaglio, la giurisprudenza dell'Unione Europea<sup>34</sup> ha avuto il pregio di sottolineare come il principio di identità soggettiva dell'operatore economico, funzionale al rispetto della parità di trattamento e di trasparenza, considerati immanenti nell'ambito dello svolgimento di qualsivoglia serie procedimentale, dovesse essere ben ponderato e analizzato con riguardo al limitrofo principio della concorrenza, nonché, posto in conformità con il generale assioma della proporzionalità amministrativa, di astrazione comunitaria.

In altri termini, ad avviso dei giudici nomofilattici sovranazionali, le decisioni della stazione appaltante non avrebbero dovuto condurre a delle irragionevoli restrizioni della concorrenza, in forza di rigidi formalismi, non funzionali al perseguimento di interessi più elevati e di ampio respiro. Il bilanciamento tra contrapposti interessi (parità di trattamento e concorrenza effettiva), ad avviso degli interpreti, riscontrerebbe un punto di equilibrio nell'ambito di valutazioni particolari e casistiche, rimesse in capo alle stazioni appaltanti, variamente interessate da procedure concorsuali ad evidenza pubblica. In questo senso, prima dell'aggiudicazione del contratto e nel solco della procedura di selezione dell'offerente, finirebbero per essere ammesse delle modificazioni soggettive dell'operatore – plurisoggettivo – privato, quand'anche in riduzione, coerenti con la richiesta di requisiti idoneativi, disposta dalla stazione appaltante. Nella fase esecutiva, viceversa, rimarrebbe fermo il ruolo delle direttive europee nel recare un impianto normativo fondamentale, utile a legittimare delle modificazioni dell'esecutore sia “in via universale che parziale”.

Pertanto, seppur l'indirizzo restrittivo prospettato dalla giurisprudenza nazionale si sia mostrato degno di attenzione, in quanto in linea con le istanze di formalismo giuridico e di adesione al portato normativo nazionale, la soluzione fornita dalla Plenaria nel gennaio 2022 ha finito per porsi in posizione di prossimità rispetto ai chiarimenti pretori sovranazionali, condividendo, di fatto, le valutazioni espresse dalla Corte di giustizia<sup>35</sup>.

## **7. I limiti del quadro normativo previgente, le prospettive evolutive legate al fenomeno e la soluzione positiva fornita dal decreto legislativo n. 36, del 31 marzo 2023**

L'analisi condotta ha messo in luce come le soluzioni teoriche al problema relativo ai presupposti, al ricorrere dei quali, possa ritenersi consentita una sostituzione soggettiva di un membro di un raggruppamento temporaneo di imprese, debbano essere tragguardate alla stregua dei principi di parità di

---

<sup>34</sup> Il riferimento corre nei riguardi della pronuncia resa dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, il 24 maggio 2016, causa C-396/14, MT Højgaard A/S, con nota di A. BROWN, *If one partner in a two party bidding consortium drops out, may the remaining party continue as a tenderer in its own name? The EU Court of Justice ruling in case c-396/14 mt Højgaard and Zublin v Banednmark*, in PPLR, 2016, 6, pp. 191 e ss.

<sup>35</sup> Cgue, causa C-396/14, cit.

trattamento, di trasparenza e non discriminazione, che devono orientare, usualmente, l'interprete nell'attribuire di senso le disposizioni vigenti, ascrivibili alla contrattualistica pubblica.

Nel caso di un raggruppamento temporaneo di imprese, assume particolare rilievo, infatti, la peculiare morfologia che può connotare l'istituto, all'indomani dell'ingresso di un nuovo componente nella compagine associativa originaria. In particolare, come illustrato, occorrerà, se del caso, vagliare le capacità di quest'ultimo nell'eseguire il contratto oggetto di gara e analizzare l'attitudine del riformato operatore economico nel garantire una perdurante e corretta partecipazione alla stessa.

Invero, le caratteristiche del raggruppamento temporaneo di imprese recano con sé la necessità di indicare, da parte dell'operatore economico ed in sede di offerta, non solo i nomi dei singoli componenti del gruppo, ma anche l'affidabilità professionale, ancorché morale, dell'intera compagine associativa e l'idoneità dell'associazione ad espletare le attività accluse nell'oggetto del contratto, posto al centro della procedura<sup>36</sup>.

La normativa europea dettata in tema di aggiudicazione di contratti di concessione, in materia di appalti pubblici e in ordine alle procedure di appalto degli enti pubblici erogatori di servizi e prestatori di opere è stata recepita, come più volte indicato, nell'ordinamento italiano mediante il previgente Decreto legislativo n. 50, del 18 aprile 2016.

Invero e come già esposto, l'Art. 48, comma 9, nell'impostazione consolidata e risalente, si era occupato di disciplinare il fenomeno della modificazione soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, coinvolto nella procedura di gara, prescrivendo, in via generale, il divieto di modificazione della composizione dei raggruppamenti e dei consorzi ordinari di concorrenti *“rispetto a quella risultante dall'impegno assunto in sede di offerta, e fatto salvo quanto disposto ai successivi commi 17 e 18, che costituiscono un'ipotesi di “eccezione” al predetto principio generale”*.

Più in dettaglio, i commi 17 e 18 disponevano, l'uno, che, ad eccezione di quanto previsto dall'articolo 110, comma 5, in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo, ovvero, in caso di procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione del mandatario, oppure, qualora si fosse trattato di imprenditore individuale,

---

<sup>36</sup> Nei confronti del tema si è espressa la dottrina, in un tempo risalente rispetto al momento attuale. Il riferimento è rivolto nei riguardi del contributo di R. CARANTA, *Forma giuridica dei partecipanti alla gara e R.T.I.*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 3 e ss. Lungo il versante ermeneutico, le maggiori suggestioni sul *favor* europeo verso le forme associative e, in genere, verso la libertà della forma giuridica dell'operatore economico vengono da un gruppo di sentenze, nessuna delle quali, però, affronta con puntualità il tema della natura giuridica del raggruppamento. In relazione alla partecipazione a gare pubbliche d'appalto da parte di “holding” la Corte di giustizia europea ha affermato la piena legittimazione alla partecipazione (prima) ed alla aggiudicazione (poi) di gruppi di società (nella fattispecie della società capogruppo che si limiti ad indicare quali delle società controllate saranno chiamate all'esecuzione dell'appalto) in occasione delle sentenze *Ballast Nedam Groep I* (sez. V, 14 aprile 1994, causa C-389/92); *Ballast Nedam Groep II* (sez. III, 18 dicembre 1997, causa C-5/97); *Holst-Italia spa* (sez. V, 2 dicembre 1999, casua C-176/98), tutte disponibili su e-curia.

in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo o in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, la stazione appaltante poteva proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico, sia pur nel caso in cui si fosse costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice e purché, al contempo, lo stesso avesse i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire. In tal caso e non sussistendo le condizioni anzidette, la stazione appaltante procedeva con il perfezionamento del recesso unilaterale dal contratto. Al comma 18 si prescriveva, invece, che, salvo quanto previsto dall'articolo 110, comma 5, in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo, ovvero in caso di procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione di uno dei mandanti, oppure, qualora si fosse trattato di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo, oppure, da ultimo, in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80, oppure, ancora, nei casi previsti dalla normativa antimafia, il mandatario, laddove non avesse indicato altro operatore economico subentrante che fosse in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, era tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché, però, questi avessero i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire<sup>37</sup>.

Dunque, una prima criticità del precedente regime interno era legata all'assenza di chiarimenti in ordine alla necessità di rendere coerenti le disposizioni che prescrivevano una modifica soggettiva dei raggruppamenti temporanei di imprese con il principio di necessaria conservazione dei requisiti soggettivi per la partecipazione ad una procedura di gara, in capo a ciascun componente del raggruppamento, a partire dall'avvio dell'iter pubblicistico e sino all'aggiudicazione definitiva, ispirata, a sua volta, ai canoni di *par condicio* tra i concorrenti e di celerità e stabilità della compagine associativa. Del pari lacunosa risultava l'analisi riguardante il problema circa la compatibilità della deroga a tali assiomi rispetto al bisogno di assicurare il completamento dell'opera. Pertanto, non poteva ritenersi facilmente condivisibile la tesi sostenuta, in passato, da una parte della giurisprudenza di merito<sup>38</sup>, alla stregua della quale occorreva perfezionare una distinzione tra originaria mancanza di requisiti, mai superabile, e perdita sopravvenuta degli stessi che, di contro, avrebbe giustificato un mutamento soggettivo.

Una seconda criticità, sia pur legata alla prima, invece, afferiva all'assenza di delucidazioni in ordine alla distinzione tra sopravvenienze. In particolare, stando al portato precettivo previgente, il legislatore, di fatto, avrebbe mancato di fornire una differenziazione tra conseguenze legate, da un lato, alla sottoposizione a procedura concorsuale dell'operatore economico, all'irrogazione di misura interdittiva

---

<sup>37</sup> In ambito dottrinario, fedele al dato testuale si è mostrata la riflessione resa da A. CRISMANI, ne *"il principio della tendenziale immodificabilità soggettiva dei contratti pubblici nella fase di esecuzione"*, in *Riv. giur. dell'ed.*, 2018, N. 5, p. 337.

<sup>38</sup> Il riferimento è alla pronuncia del T.A.R. Toscana, sezione II, n. 00217/2021.

antimafia e complessivamente considerate valide a giustificare un mutamento della compagine originaria, e perdita dei requisiti - di cui all'articolo 80 del medesimo codice - considerata, di contro, un'ipotesi utile a rendere impossibile una modifica soggettiva del raggruppamento.

I predetti elementi di criticità, come osservato, sono stati successivamente posti al vaglio dell'Adunanza Plenaria, la quale ha affrontato – *funditus* - la questione inerente alla possibilità di interpretare l'art. 48, commi 17, 18, 19 – *ter* d.lgs n. 50 del 18 aprile 2016, nel senso di ritenere la modifica soggettiva di un raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione - ex art. 80 del codice dei contratti pubblici - da parte del mandatario o di una delle mandanti, legittima non solo in fase di esecuzione, ma anche in corso di gara.

Il consesso amministrativo, come evidenziato, si è mostrato incline nell'accogliere, in senso positivo, il quesito, sia pur ammettendo, in via preclusiva, delle revisioni in senso riduttivo, e dunque, non ritenendo percorribili dei mutamenti dell'unitaria compagine in senso ampliativo, a beneficio di terzi operatori, chiamati ad integrare la struttura e benché originariamente estranei al gruppo in associazione.

Da ciò ne è discesa l'osservazione in ordine alla tendenza, maturata nel solco della giurisprudenza amministrativa nazionale ad ammettere delle modificazioni soggettive nel corso della fase pubblicistica esclusivamente a vantaggio di associazioni temporanee di imprese di tipo peculiare e denominate "sovrabbondanti", caratterizzate dal possesso di requisiti, già in sede di offerta, in misura maggiore rispetto a quelli richiesti dal disciplinare e dal bando di gara<sup>39</sup>.

In realtà, anche in quel contesto e ad avviso di chi scrive sarebbe stata, invece, percorribile una più ampia apertura ermeneutica, tesa ad ammettere (certamente) l'avvio di una fase endo – procedimentale, volta a consentire al raggruppamento originario di ripensare alla propria composizione iniziale. Tuttavia, in tale fase - (ossia, al momento della valutazione pubblicistica in ordine alla compatibilità del rinnovato operatore economico, ridotto nella sua portata primigenia rispetto all'oggetto del contratto da eseguire) - si sarebbe potuta consentire – anche - una valutazione diversa e tesa a legittimare, in capo alla stessa stazione appaltante, la proposizione di un'indagine in ordine alla compatibilità dei requisiti posseduti da altra impresa, chiamata dall'esterno a ri – comporre il gruppo imprenditoriale, al fine di sanarne l'intima deficienza e per superare la lacuna dettata dalla perdita di uno dei requisiti previsti dall'articolo 80 del codice dei contratti pubblici.

---

<sup>39</sup> Una differenziazione tra le diverse tipologie di A.t.i. è fornita da M. MAZZAMUTO, *I raggruppamenti temporanei di imprese tra tutela della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, in *Riv. Dir. Pubbl. Com.*, N. 2, 2003, p. 179. Del pari, si rinvia, in argomento a G. VIDIRI, *Associazioni temporanee di imprese, consorzi e società consortili nell'appalto di opere pubbliche*, e in *Giusi. Civ.*, 2001, N. 2, p. 1242, con nota di A. DI MAJO, *Associazioni temporanee di imprese e società consortili negli appalti pubblici*. In *Società*, 2001, p. 1471 e ss., D. CORAPI, *Dal consorzio al contratto di rete: spunti di riflessione*, in *Riv. dir. comm.*, N. I, 2010, p. 795; si veda, per una sintesi, ancora, F.L. VERCELLINO, *Associazione temporanea d'impresa*, in *Dig. disc. priv.*, sez. comm., 2° Agg., Torino, Giappichelli, 2003, p. 49 ss.

L'opzione ermeneutica in discorso avrebbe senz'altro assunto una particolare rilevanza, conferendo concretezza all'ideale postulato della concorrenza e della massima apertura del mercato delle commesse pubbliche<sup>40</sup>. Avrebbe, altresì, percorso la medesima strada tracciata dal legislatore europeo nel definire nuovi archetipi peculiari di operatore economico, al fine di consentire la più ampia adesione al mercato della contrattualistica pubblica e avrebbe, del pari, condiviso la medesima *ratio* sottesa ad altri strumenti procedurali, rispetto ai quali, il legislatore aveva già manifestato un atteggiamento risoluto. Invero, al pari del sub – procedimento di verifica delle anomalie delle offerte e dell'istituto attinguo del dialogo competitivo, l'auspicata valutazione postuma ed endo - procedimentale avrebbe potuto inquadarsi entro la cornice di quegli strumenti finalizzati a realizzare la massima partecipazione alle gare pubbliche e che costituisce, ancora oggi, una precondizione necessaria al fine di assicurare alla stazione appaltante la più ampia concorrenza fra imprese e, quindi, il miglior risultato economico a vantaggio degli interessi dell'intera collettività<sup>41</sup>.

Tuttavia, all'interno del numero 77 della gazzetta ufficiale della Repubblica italiana, del 31 marzo 2023, è stato pubblicato il decreto legislativo n. 36/2023, recante “*Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici*”. L'approvazione della riforma si è inserita nel solco del programma di attuazione degli impegni assunti dal Governo con il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) ed ha risposto all'obiettivo, in primis e come dichiarato in seno alla Relazione Illustrativa di accompagnamento al provvedimento, di un intervento di semplificazione e rimozione del goldplating.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici è entrato in vigore il 1° aprile 2023, ma le sue disposizioni hanno trovato applicazione a decorrere dal 1° luglio dello stesso anno. È stato, inoltre, previsto un complesso periodo transitorio, fino al 31 dicembre 2023, che ha finito per disporre l'estensione della vigenza di alcune disposizioni del d. lgs n. 50/2016 e dei decreti semplificazioni (dl n. 76/2020) e semplificazioni bis (dl 77/2021).

---

<sup>40</sup> In argomento, particolari spunti sono stati forniti da M. IMMORDINO - A. ZITO, *Aggregazione e centralizzazione della domanda pubblica di beni: stato dell'arte e proposte di migliorie al sistema vigente*, in *Nuove autonomie - Rivista Quadrimestrale di Diritto Pubblico*, N. 2, 2018, p. 371; R. CAVALLO PERIN, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea*, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa europea*, vol. I, Firenze University Press, 2016, p. 10; G. M. RACCA, *La contrattazione pubblica come strumento di politica industriale*, in C. MARZUOLI - S. TORRICELLI (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Dalle esternalizzazioni alla contrattazione socialmente sostenibile*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, p. 171; R. CAVALLO PERIN, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Riv. Dir. Amm.* N. 2/2010, pp. 325-354, spec. 332 e 333. G. M. RACCA - R. CAVALLO PERIN - G. L. ALBANO, *Competition in the execution phase of public procurement*, in *Public Contract Law Journal*, vol. 41, 2011, pp. 89-108; Cfr. A. MASSERA - M. SIMONCINI, *Fondamenti dei contratti pubblici in Italia*, in *Ius Publicum Network Review*, N. 1, 2011, p. 3 e ss.

<sup>41</sup> In termini analoghi, si osservi, Cons. Stato, Sez. V., 24 luglio 2017, n. 3641.

Tuttavia, per ciò che in tal sede maggiormente interessa, l'art. 68 del nuovo codice dei contratti pubblici si è occupato di stabilire i cardini normativi dei raggruppamenti temporanei di imprese o associazioni temporanee di imprese, nonché dei consorzi ordinari di concorrenti e ad essi assimilati, nel peculiare contesto della disciplina dei contratti pubblici. Occorre evidenziare, sin da subito, come le principali novità introdotte dal D.Lgs. n. 36/2023 in tema di raggruppamenti e consorzi ordinari concernono la partecipazione alle procedure e la regolamentazione delle quote assegnate ai componenti del raggruppamento ai fini della qualificazione e della esecuzione del contratto, nonché il conseguente regime di responsabilità collocato in capo ai medesimi operatori economici raggruppati (o consorziati) – con riferimento precipuo ai commi 2, 9, 11 e 14 dell'art. 68 del Codice in esame. Siffatte nuove regole hanno tratto origine dal pronunciamento della Corte di Giustizia UE che, sotto tale specifico profilo, ha avuto modo di chiarire come sussista da tempo una incompatibilità assoluta tra le disposizioni previgenti, ancorate al precedente codice dei contratti pubblici, ed ai principi sanciti dal diritto unionale e, in particolare, dalle direttive europee, riguardanti la stessa materia. A tal proposito, le restanti previsioni recate dal menzionato articolo 68 ricalcano invece i contenuti della precedente normativa dettata dal D.Lgs. n. 50/2016, nonché la disciplina dei relativi provvedimenti attuativi. A tal proposito e muovendo dalle disposizioni in argomento, si evidenzia come la nuova disciplina pubblicistica abbia espunto la previsione contenuta in precedenza all'interno dell'art. 83, comma 8, del D.Lgs. n. 50/2016, con la quale veniva imposto alla mandataria dell'ATI (o alla capofila del consorzio ordinario) in ogni caso di *“(…) di possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria”*.

Invero e sulla scorta di quanto statuito dalla pronuncia sovranazionale poc'anzi indicata, recata dalla Corte di Giustizia UE nel 2022<sup>42</sup>, i commi 1, 2, 6 e 7-bis dell'art. 48 del decreto legislativo n. 50 del 2016, possono considerarsi oramai superati dalla giurisprudenza (in tal senso, Corte di Giustizia, sez. IV, 28 aprile 2022 in causa C-642/20 (punti 38, 39 e 40: nonostante gli artt. 19 e 63 direttiva, non è ammissibile che uno Stato membro predetermini le modalità esecutive all'interno del raggruppamento). In base alla giurisprudenza in menzione, dunque, l'art. 83, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016, imponendo all'impresa mandataria del raggruppamento di eseguire le prestazioni “in misura maggioritaria”, rispetto a tutti i membri della compagine, avrebbe fissato una condizione, negativa e più rigorosa di quella prevista dalla direttiva 2014/24” (si vedano, in tali termini, le pagg. 107 e ss. della citata Relazione illustrativa), non più passibile di pacifica applicazione.

---

<sup>42</sup>Si osservi, Corte di Giustizia UE, sez. IV, 28 aprile 2022, C-642/20 (c.d. sentenza “Caruter”), alla cui stregua *“L'articolo 63 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale secondo la quale l'impresa mandataria di un raggruppamento di operatori economici partecipante a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico deve possedere i requisiti previsti nel bando di gara ed eseguire le prestazioni di tale appalto in misura maggioritaria”*.

Al riguardo, appare opportuno altresì chiarire come il principio in esame sia stato successivamente confermato da pronunce rese del giudice amministrativo<sup>43</sup>, il quale ne ha dato, anche nel prosieguo del tempo, immediata attuazione, mediante la disapplicazione della norma interna<sup>44</sup>.

## **8. Il mutamento soggettivo interno ad un raggruppamento temporaneo di imprese in seno all'attuale impianto codicistico. Considerazioni conclusive**

Il tema oggetto della presente dissertazione e, dunque, la questione afferente alle modifiche soggettive di un raggruppamento temporaneo di imprese è stato oggetto dell'intervento normativo delegato n. 63 del marzo 2023. Occorre osservare come la disciplina attuale contempra solamente l'ipotesi di recesso di un membro di un raggruppamento temporaneo di imprese e non altre fattispecie modificative.

Il rinnovato impianto normativo prevede, infatti, che sia consentito il recesso di una o più imprese raggruppate, purché, però, le rimanenti società mantengano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi ancora da eseguire. L'ipotesi si considera percorribile, peraltro, anche laddove l'RTI si riduca ad un unico soggetto.

La previsione si colloca in perfetta simmetria rispetto alle precedenti e omologhe disposizioni di legge in materia, costituendo, vieppiù, un'ipotesi di deroga al principio dell'immodificabilità soggettiva di un raggruppamento temporaneo di imprese, quale principio passibile di esser considerato oramai recessivo all'indomani del pronunciamento dell'Adunanza Plenaria (n.2/2022), precedentemente illustrata.

Si ammette, da ultimo, solo in via di eccezione e in ipotesi circoscritte, la possibilità di variare la compagine, in termini esclusivamente riduzionistici e non ampliativi, in conformità con i principi di

---

<sup>43</sup> Al riguardo, si osservi, Consiglio di Stato, sez. V, 3 gennaio 2023, n. 69; id., sez. VII, 31 maggio 2022, n. 4425. In tal contesto, ed in seno alla predetta sentenza n. 69/2023, il Supremo Consesso ha acclarato che “*Secondo la pronunzia della Corte di Giustizia, per un verso l'art. 83, comma 8, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, imponendo all'impresa mandataria del raggruppamento di operatori economici di eseguire le prestazioni “in misura maggioritaria” rispetto a tutti i membri del raggruppamento, vale a dire di eseguire la maggior parte delle prestazioni dell'appalto, fissa una condizione più rigorosa di quella prevista dalla direttiva n. 2014/24/UE (e dunque con essa non compatibile); per altro verso, quand'anche la capacità di svolgere compiti essenziali rientrasse nella nozione di “capacità tecnica” delineata dalla direttiva, una norma come quella contenuta nell'art. 83, comma 8, terzo periodo del Codice dei contratti pubblici, che obbliga il mandatario del raggruppamento di operatori economici ad eseguire direttamente la maggior parte dei compiti, va al di là di quanto consentito dalla direttiva. (...) L'interpretazione della norma in esame non può infatti che essere condotta allume dei principi espressi dalla Corte di Giustizia, e dunque nell'ottica di salvaguardare la finalità, perseguita dalla normativa dell'Unione in materia, di “incoraggiare la partecipazione di raggruppamenti come le associazioni temporanee di piccole e medie imprese alle gare di appalto pubbliche” e, quindi, “di aprire gli appalti pubblici alla concorrenza più ampia possibile e di facilitare l'accesso delle piccole e medie imprese”. (...) non possa più operare, in conseguenza della pronunzia della Corte di Giustizia, l'eterointegrazione del bando di gara nel senso prospettato dalla sentenza di primo grado, non essendo conforme al diritto comunitario la disciplina interna che obbliga la mandataria del raggruppamento di imprese a possedere i requisiti previsti nel bando di gara ed eseguire le prestazioni dell'appalto in misura maggioritaria: pertanto, a fortiori, l'esclusione dell'ATI appellante non poteva conseguire alla mancata indicazione in misura maggioritaria delle quote di esecuzione in capo alla mandataria capogruppo”.*

<sup>44</sup> In siffatti termini, si osservi, in via di prima analisi, A. MASSARI, *Per la Corte di Giustizia UE l'obbligo della mandataria di possedere i requisiti ed eseguire in misura maggioritaria l'appalto non è conforme alle direttive*, 9 maggio 2022, in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it), Maggioli Editore; G. F. MAIELLARO, A. A. TALIVO, *Le quote ATI tra diritto interno e diritto europeo: l'incompatibilità UE dei limiti di legge generali e astratti*, 14 giugno 2022, disponibile all'indirizzo internet [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it).

concorrenza, correttezza e trasparenza, intesi come assiomi tipici e connaturati alla disciplina dei contratti nella pubblica amministrazione<sup>45</sup>. Si ribadisce, ancora una volta ed in via definitiva, l'inammissibilità di una modificazione della composizione originaria di un raggruppamento temporaneo mediante l'ingresso di un operatore nuovo, esterno alla compagine primigenia e, allo stesso tempo, estraneo e lontano dalla precedente fase di gara, deputata, quest'ultima, alla verifica dei requisiti dei singoli concorrenti.

Dunque, coerentemente con le indicazioni normative suesposte, conformi alle coordinate ermeneutiche tracciate dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria (n. 2 del 2022), è possibile concludere osservando che, ad oggi ed alla stregua della rinnovata cornice legislativa in vigore e dettata dall'articolo 68 del D.Lgs. n. 36 del 2023, la fattispecie della modifica soggettiva di un raggruppamento temporaneo di imprese possa ritenersi senz'altro ammissibile, sia pur "per sottrazione" (mediante subentro di soggetti già appartenenti al raggruppamento) e mai "per addizione" (mediante subentro di soggetti esterni al raggruppamento medesimo).

Da ultimo ed anche per ciò che concerne il successivo comma (18) del medesimo articolo, giova aggiungere come la disposizione in parola riproduce, fedelmente, i contenuti del precedente art. 48, comma 19-bis, del D.Lgs. n. 50/2016, disponendo l'applicabilità del recesso, di cui al precedente comma

---

<sup>45</sup>In tal senso, come già osservato, si veda: Consiglio di Stato, A.P., 25 gennaio 2022, n. 2; nonché, Consiglio di Stato, sez. V, 10 novembre 2022, n. 9864; id., sez. V, 8 febbraio 2022, n. 899. Nella specie, con la pronuncia n. 9864/2022, il Consiglio di Stato ha chiarito che, in ordine alla modifica soggettiva di un raggruppamento, l'ipotesi del recesso di una o più imprese dallo stesso ai sensi dell'art. 48, comma 19, del D.Lgs. n. 50/2016 "(...) *attiene ad una modificazione della composizione del raggruppamento derivante da una autonoma manifestazione di volontà di recedere dal raggruppamento stesso, da parte di una o più delle imprese raggruppate, senza che si sia verificato nessuno dei casi contemplati dai commi 17 e 18, ma solo come espressione di un diverso e contrario volere rispetto a quello di partecipare, in precedenza manifestato. Ed il recesso in tanto è ammesso, non tanto in base ad una più generale valutazione dei motivi che lo determinano, ma in quanto le imprese rimanenti "abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire" e sempre che la modifica soggettiva derivante dal recesso non sia "finalizzata ad eludere un requisito di partecipazione alla gara".* In tal senso, siffatte previsioni, ivi compreso il comma 19 dell'art. 48 succitato, costituiscono "norme di eccezione alla norma generale (...)" e prevedono "(...) una pluralità di esclusioni a tale principio". Siffatta sentenza, peraltro, nel richiamare quanto statuito dall'Adunanza Plenaria in materia, con riferimento alle disposizioni contenute nel precedente Codice di cui al D.Lgs. n. 50/2016, ha precisato che "(...) i commi 17-19-ter dell'art. 48 del D.Lgs. n.50/2016), così come interpretati dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato di recente in quattro pronunce (del 27.3.2019, n. 6, del 27.5.2021, nn.9 e 10 e, da ultimo, del 25.1.2022, n. 2), non ammettano la possibilità di apportare modifiche soggettive alla compagine di un RTI in caso di sopravvenuta perdita dei requisiti speciali di partecipazione (nella specie dell'attestazione SOA), essendo la sostituzione interna limitata all'ipotesi in cui una delle componenti del raggruppamento perda i requisiti generali di partecipazione di cui all'art. 80 del Codice, anche in corso di gara, e dovendo ritenersi che le esigenze organizzative per l'operatività di un RTI in riduzione non possano venire in rilievo laddove si debba per contro fronteggiare alla perdita in capo ad una delle imprese del costituendo RTI dei requisiti speciali di partecipazione". In termini analoghi, già il Consiglio di Stato, Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8, aveva affermato che: "Il principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche ... mira a garantire una conoscenza piena da parte delle amministrazioni aggiudicatrici dei soggetti che intendono contrarre con le amministrazioni stesse consentendo una verifica preliminare e compiuta dei requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria dei concorrenti, verifica che non deve essere resa vana in corso di gara con modificazioni di alcun genere"; 3.1.2. Obiettivo di siffatto divieto è quello evitare che simili modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli, siano "dunque in grado di impedire le suddette verifiche preliminari". Ciò risponde, come evidenziato dalla citata Plenaria n. 10 del 2021, ad una duplice esigenza: a) "evitare ... che la stazione appaltante si trovi ad aggiudicare la gara e a stipulare il contratto con un soggetto ... del quale non abbia potuto verificare i requisiti, generali o speciali, di partecipazione, in conseguenza di modifiche della composizione del raggruppamento avvenute nel corso della procedura ad evidenza pubblica o nella fase esecutiva del contratto" (principio di trasparenza); "tutelare la par condicio dei partecipanti alla gara con modifiche della composizione soggettiva del raggruppamento "calibrate" sull'evoluzione della gara o sull'andamento del rapporto contrattuale".

17 del medesimo art. 68 del nuovo Codice, ai soggetti menzionati nella disposizione di cui all'art. 65, comma 2, lett. b) c), d) e f). Vale a dire, nei riguardi dei consorzi di cooperative, consorzi tra imprese artigiane, consorzi stabili e consorzi ordinari di concorrenti. Il comma 19, similmente, ripercorre le previsioni di cui all' art. 48, comma 11, del D.Lgs. n. 50/2016, contemplando, altresì, la possibilità che l'operatore economico presenti offerta o tratti per sé o quale mandatario di operatori riuniti in caso di procedure ristrette o negoziate, ovvero in caso di dialogo competitivo<sup>46</sup>.

<sup>46</sup> In merito alla possibilità o meno, da parte di un concorrente singolo nell'ambito di procedure di gara in cui è prevista una prima fase di "prequalifica", di presentare offerta quale componente di un raggruppamento composto anche da operatori economici "esterni", ovvero sia non già ammessi e prequalificati" nella stessa gara, si sono invero registrati orientamenti giurisprudenziali dissonanti, attesa la sussistenza di pronunce che, da un lato, hanno offerto una indicazione favorevole alla formazione di un raggruppamento con la partecipazione anche di un soggetto non già prequalificato a una procedura ristretta, affermando che "(...) la possibilità per l'impresa prequalificata ed invitata individualmente alla procedura ristretta di presentare l'offerta quale mandataria di operatori riuniti, ancorché non invitati alla procedura, è espressamente contemplata dall'art 48, comma 11, del d.lgs. 50/2016, che nel riproporre identica disposizione di cui al previgente art. 37, comma 12, del d.lgs. 163/2006, ha previsto che "In caso di procedure ristrette o negoziate (...) l'operatore economico invitato individualmente (...) ha facoltà di presentare offerta o di trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti" (v. TAR Umbria, sez. I, 6 settembre 2018, n. 494, confermata da Consiglio di Stato, sez. III, 30 gennaio 2019, n. 751); – e, dall'altro, orientamenti ermeneuti che hanno, invece, circoscritto l'ipotesi di formazione di un raggruppamento tra soli concorrenti già prequalificati, ritenendo consentito all'operatore economico di modificare, in sede di offerta, la propria composizione soggettiva nei termini di cui sopra, aggregando all'uopo, però, soltanto imprese già prequalificate nell'ambito della stessa procedura. Alla stregua di questo indirizzo, sarebbe legittima l'aggregazione esclusivamente fra soggetti già prequalificati e invitati alla gara, poiché solo in tal modo le modifiche eventualmente operate si pongono in continuità con gli adempimenti preselettivi già svolti dalla stazione appaltante, nel rispetto dei principi di buon andamento della pubblica amministrazione, par condicio e di identità giuridica e sostanziale tra gli operatori prequalificati (così TAR Lazio, sez. I bis, 18 novembre 2020, n. 12084; TAR Lazio, sez. II bis, 23 maggio 2019, n. 6352; Corte di giustizia UE, sezione V, 11 luglio 2019, C-697/17, Telecom Italia S.p.A.; TAR Puglia, Lecce, sez. III, 28 gennaio 2019, n. 156; limitatamente alla fase cautelare, cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 16 novembre 2018, ord. n. 5515; TAR Lazio, sez. II bis, 10 febbraio 2018, n. 1880; Consiglio di Stato, sez. VI, 20 febbraio 2008, n. 588). In quest'ottica, il Giudice Amministrativo ha reputato, dunque, legittimo l'approccio restrittivo assunto dalla stazione appaltante nei casi sottoposti alla sua valutazione, riconoscendo e apprezzando la finalità cui è mirata questa scelta, ovvero sia quella di preservare, in coerenza con la tipologia di gara individuata, l'attività di controllo già svolta dalla pubblica amministrazione. Più di recente, sono intervenute in proposito due sentenze (Consiglio di Stato, sez. V, 16 gennaio 2023, n. 532 e TAR Sardegna, sez. II, 23 giugno 2020, n. 355, non appellata), alla cui stregua si è reputato ammissibile che intervengano delle modificazioni soggettive dell'operatore economico nel segmento procedimentale collocato tra l'indagine di mercato e la presentazione dell'offerta, anche nella direzione della costituzione di raggruppamento con soggetti che non abbiano presentato una manifestazione di interesse per la partecipazione alla medesima procedura. Invero, le sentenze appena richiamate sono chiare nell'affermare tale principio con riferimento al caso di procedure negoziate, poiché l'indagine di mercato "(...) non fa parte della procedura di gara", mentre non offrono indicazioni parimenti chiare e specifiche rispetto alle procedure ristrette. Nella specie, siffatte pronunce affermano, preliminarmente, che "(...) la fase di prequalifica fa parte della procedura di gara", salvo poi precisare in conclusione che, nelle procedure articolate su più segmenti procedimentali, la dottrina è praticamente unanime nel ritenere la praticabilità delle modificazioni soggettive dell'operatore partecipante prima della presentazione dell'offerta. In verità, anche la giurisprudenza aveva da tempo risolto la questione affermando che è possibile operare, nel periodo antecedente alla presentazione delle offerte, modificazioni alla compagine del soggetto invitato alla gara, sia esso impresa individuale che associazione temporanea, sempreché le stesse non siano tali da incidere in modo negativo sulla qualificazione del soggetto medesimo e quindi sul possesso da parte dello stesso dei necessari requisiti (Consiglio di Stato, sez. V, 2 dicembre 2002, n. 6619). Ma, come già si è osservato, lo stesso art. 48 del Codice vieta le modificazioni soggettive del RTI rispetto all'impegno "presentato in sede di offerta (si veda, in tal senso, in particolare, TAR Sardegna n. 355/2020, citato). Da queste ultime pronunce della giurisprudenza, dunque, non è dato ricavare indicazioni chiare e specifiche sul tema qui in rilievo, poiché in esse si sostiene che è possibile modificare il raggruppamento prima dell'offerta, senza tuttavia precisare la possibilità che il raggruppamento modificato annoveri anche soggetti che non abbiano "partecipato" alla prima fase di gara – la "prequalifica", per l'appunto – che è pacificamente ritenuta un segmento della gara vera e propria (a differenza delle indagini di mercato).

In conclusione e traendo le fila del percorso argomentativo espresso, nonché, sulla scorta dei dati in analisi emerge come la nuova normativa dettata in tema di modificazione soggettiva dei componenti di un raggruppamento temporaneo di imprese, seppur comporti indubbi vantaggi in tema di par condicio, concorrenza, correttezza e trasparenza in tema di appalti pubblici, mantenga fermi altrettanti e sicuri elementi di dubbio.

In altri e più concisi termini, la normativa attuale, stando alle analisi appena compiute, omette di compiere passi avanti significativi rispetto ai recenti apporti ermeneutici ed, in particolare, rispetto ai principi scolpiti dalle pronunce rese, nel recente passato, dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e di cui si è dato atto nel presente contributo.

Più in dettaglio, la normativa di recente emersione omette di dipanare il dubbio legato alla eventualità, ascrivibile alla fase endo-procedimentale e di “ripensamento” della composizione originaria di un raggruppamento temporaneo di imprese, di condurre – parallelamente - un duplice ordine di valutazioni. Da un lato, un'indagine circa l'ammissibilità di un subingresso nel gruppo di un soggetto estraneo rispetto all'iniziale composizione di imprese e, dall'altro, un giudizio valutativo finalizzato ad accertare il permanere dei requisiti di esecuzione del contratto, a fronte del recesso di un componente originario del gruppo.

Di conseguenza, ritenuto che la previsione normativa dettata in tema di raggruppamenti temporanei di imprese, inserita nel nuovo codice dei contratti pubblici, nulla aggiunge in merito a possibili evoluzioni positive legate al fenomeno, che non siano state già tragguardate dall'Alto consesso della giustizia amministrativa, non resta che attendere nuove sollecitazioni e approdi ermeneutici utili a sollecitare un nuovo e più incisivo intervento normativo.