

**Giuseppe Fabrizio Maiellaro**

## **FOCUS**

# **I consorzi e i raggruppamenti nel quadro del nuovo Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 36/2023)**

---

**Aprile 2023**

# 1. Premessa

“Uno per tutti, tutti per uno”: questo chiasmo, che dobbiamo a un’opera tra le più celebri e appassionanti della letteratura d’oltralpe, pare attagliarsi bene alle regole delineate dal legislatore per le imprese raggruppate, e in particolare per i consorzi e i RTI, nel peculiare contesto della disciplina dei contratti pubblici, oggi contenuta nel nuovo Codice introdotto dal **D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36** – pubblicato sulla G.U.R.I. del 31 marzo 2023, n. 77 e in vigore a partire dal 1° aprile 2023, anche se le relative disposizioni acquisteranno invero efficacia soltanto a partire dal 1° luglio 2023 (v. art. 229).

Gli operatori economici di natura plurisoggettiva rappresentano indubbiamente, da sempre, una delle fattispecie più sensibili tra quelle interessate dalla normazione in esame, quale avamposto di assoluto rilievo ai fini dell’attuazione dei principi di concorrenza e apertura al mercato, di matrice comunitaria, che presidiano l’affidamento dei contratti pubblici.

Non a caso, le previsioni di legge pertinenti alla categoria dei consorzi e raggruppamenti, anche negli ultimi anni, sono state oggetto, in più di una occasione, di contrasti interpretativi e criticità operative, anzitutto sul piano della qualificazione in gara e della esecuzione delle attività contrattuali, in termini di ripartizione di requisiti e quote. Ciò ha condotto a una cospicua serie di interventi del giudice amministrativo e del legislatore, nel tentativo di superare le incertezze insorte nell’attuazione delle regole di che trattasi nonché, da ultimo, alla riforma recata dal citato nuovo Codice appena varato il quale, al riguardo, ha inteso riformulare le relative previsioni, proprio in una ottica maggiormente sostanzialista e conforme ai citati principi e precetti europei.

Orbene, tra le novità più significative e impattanti introdotte dal nuovo Codice dei contratti pubblici, dunque, vi sono per l’appunto le norme che interessano la disciplina dei menzionati consorzi e dei raggruppamenti (v. **artt. 65 – 68**), rispetto ai quali il legislatore, come detto, è intervenuto al fine precipuo di adeguarne e riformarne le regole, sotto taluni specifici profili, alla luce dei rilievi mossi dalle istituzioni europee e dalla giurisprudenza e, in tal senso, rimuovere alcune disposizioni confliggenti con i principi e le previsioni eurounitarie di cui sopra.

Tanto premesso e precisato, di seguito si passeranno in rassegna le principali novità introdotte dal citato D.Lgs. n. 36/2023 in tema di consorzi e raggruppamenti,

evidenziandone la *ratio* e le differenze rispetto alle omologhe disposizioni recate dal precedente Codice di cui al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e s.m.i.

La trattazione che segue, è appena il caso di rimarcarlo, si colloca all'indomani della pubblicazione del nuovo Codice – per giunta, come detto, non ancora in vigore – e, in tal senso, non potrà che soffermarsi sui dati disponibili e sulle riflessioni consentite allo stato attuale, nell'attesa di potersi avvantaggiare in futuro di argomenti ed elementi di maggiore concretezza che ci verranno restituiti, nei prossimi mesi, dall'applicazione pratica delle regole di nuovo conio.

## 2. Gli operatori economici in generale (art. 65 del D.Lgs. n. 36/2023)

Vale anzitutto muovere la presente disamina dalle norme di legge che forniscono le prime indicazioni generali sulla platea delle imprese concorrenti ai fini dell'affidamento e della esecuzione di contratti pubblici.

Come noto, il Titolo II della Parte III (rubricata "Dell'appalto") del Libro II (rubricato "Dei soggetti") del nuovo Codice di che trattasi è rubricato "Gli operatori economici" e, agli artt. 65 ss., si occupa, attraverso un "*corpus omogeneo di disposizioni*", dei soggetti che aspirano a concorrere alle procedure di affidamento e alla stipula di contratti aventi ad oggetto appalti pubblici di lavori, servizi e forniture e, in tal senso, rispondono per l'appunto alla nozione di "operatori economici" (cfr. p. 103 della Relazione illustrativa degli articoli e degli allegati al Codice).

Le previsioni in argomento, tra l'altro, si conformano ai principi e criteri direttivi enucleati dall'art. 1, comma 2, della legge 21 giugno 2022, n. 78 – recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici – e tesi *"(...) al perseguimento di obiettivi di stretta aderenza alle direttive europee, mediante l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse, (...) al fine di assicurare l'apertura alla concorrenza e al confronto competitivo fra gli operatori dei mercati dei lavori, dei servizi e delle forniture, con particolare riferimento alle micro, piccole e medie imprese (...)"* (lett. a), nonché alla *"revisione e semplificazione del sistema di qualificazione generale degli operatori, valorizzando criteri di verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, dell'adeguatezza dell'attrezzatura tecnica e dell'organico, delle attività effettivamente eseguite (...)"* (lett. s).

Tanto premesso, in proposito giova in primo luogo richiamare l'**all. I.1 al Codice**, rubricato "Definizioni dei soggetti, dei contratti, delle procedure e degli strumenti", il quale, all'**art. 1, comma 1, lett. I)**, chiarisce tale nozione, precisando che si intende per *"«operatore economico», qualsiasi persona o ente, anche senza scopo di lucro, che, a prescindere dalla forma giuridica e dalla natura pubblica o privata, può offrire sul mercato, in forza del diritto nazionale, prestazioni di lavori, servizi o forniture corrispondenti a quelli oggetto della procedura di evidenza pubblica"*, in linea con il noto principio di "neutralità delle forme giuridiche" che presidia la disciplina in questione anzitutto a livello

eurounitario (cfr. art. 19, par. 2, della direttiva 2014/24/UE per gli appalti nei settori ordinari, art. 37, par. 2, della direttiva 2014/25/UE per gli appalti nei settori speciali e art. 26, par. 2, della direttiva 2014/23/UE per le concessioni)<sup>1</sup>. Questa nozione “funzionale” di impresa risulta incentrata sullo svolgimento dell’attività economica, anziché sulle caratteristiche dell’operatore professionale, e in tal senso si pone in linea con i principi sostenuti dal legislatore comunitario<sup>2</sup>.

Orbene, l’**art. 65 del nuovo Codice**, rubricato per l’appunto “Operatori economici”<sup>3</sup>, richiama espressamente la suddetta nozione di operatore economico contenuta nell’all.

---

<sup>1</sup> In particolare, art. 19, par. 2, della direttiva 2014/24/UE, rubricato “operatori economici, dispone che: *“I raggruppamenti di operatori economici, comprese le associazioni temporanee, sono autorizzati a partecipare a procedure di appalto. Essi non possono essere obbligati dalle amministrazioni aggiudicatrici ad avere una forma giuridica specifica ai fini della presentazione di un’offerta o di una domanda di partecipazione.*

*Ove necessario, le amministrazioni aggiudicatrici possono specificare nei documenti di gara le modalità con cui i raggruppamenti di operatori economici devono ottemperare ai requisiti in materia di capacità economica e finanziaria o di capacità tecniche e professionali di cui all’articolo 58, purché ciò sia proporzionato e giustificato da motivazioni obiettive. Gli Stati membri possono stabilire le condizioni generali relative all’ottemperanza a tali modalità da parte degli operatori economici.*

*Le condizioni per l’esecuzione di un appalto da parte di tali gruppi di operatori economici, diverse da quelle imposte a sin goli partecipanti, sono giustificate da motivazioni obiettive e sono proporzionate”.*

<sup>2</sup> In tal senso, cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 7 novembre 2022, n. 9752.

<sup>3</sup> L’art. 65 in questione stabilisce testualmente quanto segue:

*“1. Sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici gli operatori economici di cui all’articolo 1, lettera l), dell’allegato I.1, nonché gli operatori economici stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi.*

*2. Rientrano nella definizione di operatori economici:*

*a) gli imprenditori individuali, anche artigiani, e le società, anche cooperative;*

*b) i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422 e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577;*

*c) i consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443;*

*d) i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell’articolo 2615-ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro; i consorzi stabili sono formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa;*

*e) i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti o costituendi dai soggetti di cui alle lettere a), b), c) e d), i quali, prima della presentazione dell’offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l’offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti;*

*f) i consorzi ordinari di concorrenti di cui all’articolo 2602 del codice civile, costituiti o costituendi tra i soggetti di cui alle lettere a), b), c) e d) del presente comma, anche in forma di società ai sensi dell’articolo 2615-ter del codice civile;*

*g) le aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete ai sensi dell’articolo 3, comma 4-ter, del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, n. 33;*

*h) i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE) ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240.*

*3. Le stazioni appaltanti possono imporre alle persone giuridiche di indicare, nell’offerta o nella domanda di partecipazione a procedure per l’affidamento di appalti che comportino esecuzione di servizi o lavori nonché di forniture che comportano anche servizi o lavori di posa in opera e di installazione, il nome e le qualifiche professionali delle persone fisiche incaricate di fornire la prestazione e possono esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall’offerente”.*

I.1, specificando che essi sono ammessi alle procedure in argomento, assieme agli operatori economici stabiliti in altri Stati membri, costituiti in conformità alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi (**comma 1**). La stessa norma, poi, elenca siffatti operatori economici (**comma 2**), riproponendo sostanzialmente – fatte salve minime modifiche formali e sistematiche, quali la precisazione sulla possibilità che i raggruppamenti e consorzi ordinari partecipino alle procedure anche se non ancora costituiti (come peraltro indicato al successivo art. 68, comma 1) – l’articolazione già prevista dal precedente art. 45, comma 4, del D.Lgs. n. 50/2016.

In questa sede, dunque, si annoverano tra gli operatori economici *de quibus*:

- a) gli imprenditori individuali, anche artigiani, e le società, anche cooperative;
- b) i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro;
- c) i consorzi tra imprese artigiane;
- d) i consorzi stabili;
- e) i raggruppamenti temporanei di concorrenti;
- f) i consorzi ordinari di concorrenti; g) le aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete;
- g) i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE).

Da ultimo, il **comma 3** del medesimo art. 65 riproduce la disposizione precedentemente contenuta nel citato art. 45, comma 4, del D.Lgs. n. 50/2016, che sancisce la possibilità riconosciuta in capo alle stazioni appaltanti, di *“(…) imporre alle persone giuridiche di indicare, nell’offerta o nella domanda di partecipazione a procedure per l’affidamento di appalti che comportino esecuzione di servizi o lavori nonché di forniture che comportano anche servizi o lavori di posa in opera e di installazione, il nome e le qualifiche professionali delle persone fisiche incaricate di fornire la prestazione e possono esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall’offerente”*.

Vale sin d’ora anticipare che l’art. 65 del Codice in esame è stato oggetto di talune osservazioni e richieste espresse in sede parlamentare dalla competente commissione permanente e riferite, in punto di sostanza, alla assimilazione dei consorzi di artigiani e dei consorzi di cooperative, al fine di uniformarne il regime di qualificazione per l’affidamento dei contratti pubblici (v. parere del 21 febbraio 2023, all. I, pp. 56 – 57, lett. aa). Tali osservazioni e richieste sono state poi recepite nella pertinente disciplina dei consorzi ex art. 67 del Codice di cui *infra*.

# 3. Gli operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e di ingegneria (art. 66 del D.Lgs. n. 36/2023)

**L'art. 66 del nuovo Codice** disciplina la platea degli operatori economici ammessi alle procedure di affidamento dei c.d. "SIA", *id est* i Servizi attinenti all'Architettura e all'Ingegneria, secondo una elencazione di soggetti che ricalca la portata dell'omologa disposizione recata dal precedente Codice (art. 46 del D.Lgs. n. 50/2016)<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Ai sensi dell'art. 66 del nuovo Codice, rubricato "Operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e di ingegneria", è stabilito che:

*"1. Sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria nel rispetto del principio di non discriminazione fra i diversi soggetti sulla base della forma giuridica assunta:*

*a) i prestatori di servizi di ingegneria e architettura: i professionisti singoli, associati, le società tra professionisti di cui alla lettera b), le società di ingegneria di cui alla lettera c), i consorzi, i GEIE, i raggruppamenti temporanei fra i predetti soggetti che rendono a committenti pubblici e privati, operando sul mercato, servizi di ingegneria e di architettura, nonché attività tecnico-amministrative e studi di fattibilità economico-finanziaria ad esse connesse, ivi compresi, con riferimento agli interventi inerenti al restauro e alla manutenzione di beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici, i soggetti con qualifica di restauratore di beni culturali ai sensi della vigente normativa, gli archeologi professionisti, singoli e associati, e le società da essi costituite;*

*b) le società di professionisti: le società costituite esclusivamente tra professionisti iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali, nelle forme delle società di persone di cui ai Capi II, III e IV del Titolo V del Libro V del codice civile, oppure nella forma di società cooperativa di cui al Capo I del Titolo VI del Libro V del codice civile, che svolgono per committenti privati e pubblici servizi di ingegneria e architettura quali studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico economica o studi di impatto ambientale;*

*c) società di ingegneria: le società di capitali di cui ai Capi V, VI e VII del Titolo V del Libro V del codice civile, oppure nella forma di società cooperative di cui al Capo I del Titolo VI del Libro V del codice civile che non abbiano i requisiti delle società tra professionisti, che eseguono studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico-economica o studi di impatto, nonché eventuali attività di produzione di beni connesse allo svolgimento di detti servizi;*

*d) i prestatori di servizi di ingegneria e architettura identificati con i codici CPV da 74200000-1 a 74276400;8 e da 74310000-5 a 74323100-0 e 74874000-6 stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi;*

*e) altri soggetti abilitati in forza del diritto nazionale a offrire sul mercato servizi di ingegneria e di architettura, nel rispetto dei principi di non discriminazione e par condicio fra i diversi soggetti abilitati;*

*f) i raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti di cui alle lettere da a) a e);*

*g) i consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria, anche in forma mista, formati da non meno di tre consorziati che abbiano operato nei settori dei servizi di ingegneria e architettura.*

*2. Per la partecipazione alle procedure di affidamento di cui al comma 1 i soggetti ivi indicati devono possedere i requisiti minimi stabiliti nella Parte V dell'allegato II.12. Le società, per un periodo di cinque anni dalla loro costituzione, possono documentare il possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti dal bando di gara anche con riferimento ai requisiti dei soci delle società, qualora costituite nella forma di società di persone o di società cooperativa, e dei direttori tecnici o dei professionisti dipendenti della società con rapporto a tempo indeterminato, qualora costituite nella forma di società di capitali, nonché dei soggetti di cui alla lettera e) del comma 1, i cui requisiti minimi sono stabiliti nel predetto allegato".*

In linea di continuità rispetto a siffatta previsione del 2016, difatti, il **comma 1** dell'art. 66 *de quo* individua tali soggetti come di seguito:

- a) i prestatori di servizi di ingegneria e architettura (professionisti singoli, associati, le società tra professionisti, società di ingegneria, consorzi, GEIE, raggruppamenti, etc.);
- b) le società di professionisti;
- c) società di ingegneria;
- d) i prestatori di servizi di ingegneria e architettura stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi;
- e) altri soggetti abilitati in forza del diritto nazionale a offrire sul mercato servizi di ingegneria e di architettura, nel rispetto dei principi di non discriminazione e *par condicio* fra i diversi soggetti abilitati;
- f) i raggruppamenti temporanei;
- g) i consorzi stabili.

Anche il **comma 2** del succitato art. 66 replica i contenuti della precedente norma di riferimento in materia (ovverosia il comma 2 del ridetto art. 46 del D.Lgs. n. 50/2016), con l'apporto di una **unica modifica**, in tema di requisiti minimi prescritti in capo a tali operatori, consistente nel rinvio a quanto stabilito nella Parte V dell'**all. II.12 al Codice** – che rimanda ora, allo scopo, a un D.M. del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (in luogo del D.M. emanato ai sensi dell'art. 216, comma 27-*octies*, del D.Lgs. n. 50/2016, precedentemente richiamato da quest'ultima norma), applicandosi nelle more il D.M. 2 dicembre 2016, n. 263 (cfr. p. 105 della predetta Relazione illustrativa).

## 4. I consorzi non necessari (art. 67 del D.Lgs. n. 36/2023)

### 4.1 Linee generali

Le previsioni dell'**art. 67 del nuovo Codice** rubricato "ConSORZI non necessari" – in coerenza con la ridefinizione del quadro degli operatori economici ex artt. 65 ss. del Codice qui in esame – sono dedicate alla disciplina dei consorzi diversi da quelli c.d. "ordinari" (che invece, come noto, nello speciale contesto dei contratti pubblici sono assoggettati al medesimo regime dei raggruppamenti temporanei, nei termini di cui al successivo art. 68 – v. *infra*)<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> L'art. 67 stabilisce, nella fattispecie, quanto in appresso:

*"1. I requisiti di capacità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui agli articoli 65, comma 2, lettere b), c) e d), e 66, comma 1, lettera g), sono disciplinati dal regolamento di cui all'articolo 100, comma 4.*

*2. L'allegato II.12 disciplina, nelle more dell'adozione del regolamento di cui all'articolo 100, comma 4, la qualificazione degli operatori economici, fermo restando che per i consorzi di cui all'articolo 65, comma 2, lettera d):*

*a) per gli appalti di servizi e forniture, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate;*

*b) per gli appalti di lavori, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento sono posseduti e comprovati dagli stessi sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate.*

*3. Per gli operatori di cui agli articoli 65, comma 2, lettera d) e 66, comma 1, lettera g), i requisiti generali di cui agli articoli 94 e 95 sono posseduti sia dalle consorziate esecutrici che dalle consorziate che prestano i requisiti. Le autorizzazioni e gli altri titoli abilitativi per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione ai sensi del comma 3 dell'articolo 100 sono posseduti, in caso di lavori o di servizi, dal consorzio esecutore.*

*4. I consorzi stabili di cui agli articoli 65, comma 2, lettera d), e 66, comma 1, lettera g), eseguono le prestazioni o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante. L'affidamento delle prestazioni da parte dei soggetti di cui all'articolo 65, comma 2, lettere b) e c), ai propri consorziati non costituisce subappalto. I consorzi, di cui agli articoli 65, comma 2, lettera d) e 66, comma 1, lettera g), indicano in sede di offerta per quali consorziati il consorzio concorre. La partecipazione alla gara in qualsiasi altra forma da parte del consorzio designato dal consorzio offerente determina l'esclusione del medesimo se sono integrati i presupposti di cui all'articolo 95, comma 1, lettera d), sempre che l'operatore economico non dimostri che la circostanza non ha influito sulla gara, né è idonea a incidere sulla capacità di rispettare gli obblighi contrattuali, fatta salva la facoltà di cui all'articolo 97.*

*5. I consorzi di cooperative e i consorzi tra imprese artigiane possono partecipare alla procedura di gara, fermo restando il disposto degli articoli 94 e 95, utilizzando requisiti propri e, nel novero di questi, facendo valere i mezzi nella disponibilità delle consorziate che li costituiscono.*

*6. Per i lavori, ai fini della qualificazione di cui all'articolo 100, nell'allegato II.12 sono stabiliti i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio stabile o ai singoli consorziati che le eseguono. In caso di scioglimento del consorzio stabile per servizi e forniture ai consorziati sono attribuiti pro quota i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi maturati a favore del consorzio e non assegnati in esecuzione ai consorziati. Le quote di assegnazione sono proporzionali all'apporto reso dai singoli consorziati nell'esecuzione delle prestazioni nel quinquennio antecedente.*

*7. Possono essere oggetto di avvalimento solo i requisiti maturati dallo stesso consorzio.*

Segnatamente, alla luce di quanto specificato dal menzionato art. 65, comma 2, lett. b), c) e d), del Codice, trattasi dei:

- *“consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422 e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577”* (lett. b);
- *“consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443”* (lett. c);
- *“consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro; i consorzi stabili sono formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa”* (lett. d).

Nel novero di tali consorzi sono da ricomprendersi altresì i predetti consorzi stabili costituiti per l'affidamenti dei predetti servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura che, ai sensi del citato art. 66, comma 1, lett. g), del Codice, sono *“i consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria, anche in forma mista, formati da non meno di tre consorziati che abbiano operato nei settori dei servizi di ingegneria e architettura”*.

L'art. 67 in argomento rinvia anzitutto all'emanando regolamento di attuazione ex art. 100, comma 4, del Codice per la disciplina dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria dei consorzi predetti occorrenti ai fini dell'ammissione alle procedure di affidamento di contratti pubblici (**comma 1**). In proposito, si evidenzia da subito che, sulla scorta di quanto chiarito dalla predetta Relazione illustrativa, *“L'assimilazione dei consorzi fra*

---

8. Con riguardo ai consorzi di cui all'articolo 65, comma 2, lettera d), ai fini del rilascio o del rinnovo dell'attestazione di qualificazione SOA, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria sono posseduti e comprovati dai consorzi sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate. La qualificazione è acquisita con riferimento a una determinata categoria di opere generali o specialistiche per la classifica corrispondente alla somma di quelle possedute dalle imprese consorziate. Per la qualificazione alla classifica di importo illimitato è in ogni caso necessario che almeno una tra le imprese consorziate già possieda tale qualificazione ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno una con qualificazione per classifica VII e almeno due con classifica V o superiore, ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno tre con qualificazione per classifica VI. Per la qualificazione per prestazioni di progettazione e costruzione, nonché per la fruizione dei meccanismi premiali di cui all'articolo 106, comma 8, è in ogni caso sufficiente che i corrispondenti requisiti siano posseduti da almeno una delle imprese consorziate. Qualora la somma delle classifiche delle imprese consorziate non coincida con una delle classifiche di cui all'allegato II.12, la qualificazione è acquisita nella classifica immediatamente inferiore o in quella immediatamente superiore alla somma delle classifiche possedute dalle imprese consorziate, a seconda che tale somma si collochi rispettivamente al di sotto, ovvero al di sopra o alla pari della metà dell'intervallo tra le due classifiche. Gli atti adottati dall'ANAC restano efficaci fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al comma 2”.

*imprese artigiane ai consorzi stabili si basa sulla giurisprudenza (Consiglio di Stato n. 7155 del 2021, punti 1.4.2.1. e 1.4.2.3, dove viene richiamata la pronuncia dell'Adunanza plenaria n. 5 del 2021), oltre che sul parere ANAC n. 192 del 2008" (cfr. p. 104 della Relazione illustrativa suddetta).*

Lo stesso art. 67 del Codice, poi, richiama al riguardo le disposizioni di cui all'all. II.12 in tema di qualificazione degli operatori economici (**comma 2**) e regola l'attestazione dei requisiti – di carattere sia generale che speciale – prescritti in capo a tali consorzi per l'accesso alla gara, alla stregua di due differenti regimi, dettati rispettivamente l'uno per i consorzi stabili (cfr. commi 2, 3, 4, 6 e 8) e l'altro per i consorzi di cooperative e quelli tra imprese artigiane (cfr. commi 4 e 5).

Ciò posto in via generale, vale dunque ora esaminare partitamente le due fattispecie consortili, mettendo in luce gli aspetti salienti delle novità introdotte dal legislatore con la riforma *de qua*.

#### **4.2 I consorzi stabili**

Come accennato, i **commi 2, 3, 4, 6 e 8 dell'art. 67** citato disciplinano la qualificazione dei consorzi stabili di cui agli artt. 65, comma 1, lett. d), e 66, comma 1, lett. g), ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento di appalti pubblici.

I consorzi stabili, giova rammentarlo, costituiscono una peculiare fattispecie nella cornice normativa dei contratti pubblici<sup>6</sup> e, come rimarcato dalla giurisprudenza, sono *"(...) quei consorzi che abbiano stabilito di operare nel settore dei contratti pubblici per un periodo non inferiore a cinque anni e che, pertanto, abbiano istituito una comune struttura d'impresa. Si tratta di aggregazioni durevoli di soggetti che nascono da un'esigenza di cooperazione ed assistenza reciproca e, operando come un'unica impresa, si accreditano all'esterno come soggetto distinto. Il Consiglio di Stato ha, in più occasioni, chiarito che sono operatori economici dotati di autonoma personalità giuridica, costituiti in forma collettiva e con causa mutualistica, che operano in base a uno S. rapporto organico con le imprese associate, il quale si può giovare, senza necessità di ricorrere all'avvalimento, dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse, secondo il criterio del 'cumulo alla rinfusa' (cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 febbraio 2021, n. 964; Cons. stato, 11 dicembre 2020, n. 7943; Cons. Stato sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165; Cons. Stato, sez. III, 22 febbraio 2018, n.*

---

<sup>6</sup> La fattispecie soggettiva dei consorzi stabili è stata delineata per la prima volta, nell'ambito della disciplina dei contratti pubblici, dagli artt. 10, comma 1, lett. c), e 12, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, recante la legge quadro in materia di lavori pubblici (c.d. "Legge Merloni").

1112)”<sup>7</sup>. In tal senso, “(...) il consorzio S., è un nuovo e peculiare soggetto giuridico, promanante da un contratto a dimensione associativa tra imprese, caratterizzato oggettivamente come struttura imprenditoriale da un rapporto tra le stesse imprese di tipo organico, al fine di operare in modo congiunto nel settore dei lavori pubblici, sicchè unico interlocutore con l’amministrazione appaltante è il medesimo consorzio, con la conseguenza che i requisiti speciali di idoneità tecnica e finanziaria devono essere da esso comprovati con il cumulo dei requisiti delle singole consorziate e non solo di quelli delle imprese per le quali il consorzio dichiara di concorrere”<sup>8</sup>.

Ciò posto, sotto il profilo della **attestazione dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria dei consorzi stabili**, nel rinviare all’all. II.12 del Codice in attesa dell’adozione del suddetto regolamento di attuazione, l’art. 67 in esame reca rilevanti indicazioni e precisazioni in tema di qualificazione dei consorzi, superando in tal senso le diffuse e persistenti incertezze che hanno caratterizzato sin qui l’applicazione delle precedenti previsioni sul punto (v. artt. 47, 83, comma 2, e 216, commi 14 e 27-*octies*, del D.Lgs. n. 50/2016).

Difatti, il **comma 2** del ridetto art. 67 chiarisce oggi che, ai fini dell’ammissione alle procedure di affidamento, sia in caso di servizi e forniture (lett. a) che in caso di lavori (lett. b), i consorzi stabili possono attestare il possesso dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria cumulando quelli posseduti dalle proprie consorziate (indicate o meno in gara quali esecutrici del contratto) – **c.d. “cumulo alla rinfusa”**<sup>9</sup>. Vieppiù, in caso di appalto di lavori, il **comma 8** del medesimo articolo specifica che tale regola vige altresì ai fini del rilascio o del rinnovo dell’attestazione di qualificazione SOA, fornendo specifiche indicazioni al riguardo.

In particolare, come chiarito dalla Relazione illustrativa summenzionata, *“La formulazione tiene conto del fatto che il sistema sin qui in atto si basava su una disposizione transitoria del decreto legislativo n. 50 del 2016, (l’art. 216, comma 27-*octies*), che rinviava*

---

<sup>7</sup> V. Consiglio di Stato, sez. V, 7 novembre 2022, n. 975.

<sup>8</sup> Così Consiglio di Stato, sez. V, 7 novembre 2022, n. 9752, cit.

<sup>9</sup> Gioia segnalare, in proposito, che l’art. 100, comma 10, del D.lgs. n. 36/2023 prevede l’introduzione di un sistema di qualificazione di legge anche per servizi e forniture, la cui disciplina è affidata all’emanando regolamento di attuazione di cui al comma 4 del medesimo art. 100 del nuovo Codice.

Nella fattispecie, il citato art. 100, comma 10, stabilisce che *“Con il regolamento di cui al sesto periodo del comma 4 è altresì definita la disciplina della qualificazione degli operatori economici per gli appalti di servizi e forniture. Il regolamento contiene, tra l’altro: la definizione delle tipologie per le quali è possibile una classificazione per valore, la competenza a rilasciare la relativa attestazione, la procedura e le condizioni per la relativa richiesta, il regime sanzionatorio”*.

*all'art. 36, comma 11 del decreto legislativo n. 163 del 2006 (e fonti delegate), consentendo che i consorzi stabili attestino, per i lavori, i requisiti di qualificazione attraverso l'attestazione SOA del consorzio, nella quale si sommano i requisiti posseduti dalle singole consorziate.*

*In particolare, quanto al regime transitorio per i lavori, il decreto legislativo n. 50 del 2016 ha confermato la previgente disciplina in materia, posto che ai sensi dell'art. 83, comma 2, si è previsto che sarebbe stato il Regolamento di cui all'art. 216, comma 27-octies, a disciplinare (tra l'altro) il sistema di qualificazione dei consorzi stabili, prevedendo altresì (con rinvio alle disposizioni dell'art. 216, comma 14) che, fino all'adozione del predetto regolamento, continuavano ad applicarsi, in quanto compatibili, le disposizioni di cui alla Parte II, Titolo III (artt. da 60 a 96: sistema di qualificazione delle imprese), nonché gli allegati e le parti di allegati ivi richiamate, del d.P.R. n. 207 del 2010. A sua volta l'art. 81 del d.P.R. n. 207 del 2010 ("I requisiti per la qualificazione dei consorzi stabili sono quelli previsti dall'art. 36, comma 7, del codice"), rinvia per la qualificazione dei consorzi stabili all'art. 36, comma 7 del decreto legislativo n. 163 del 2006, il quale dispone che "il consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate. Per i lavori la qualificazione è acquisita con riferimento ad una determinata categoria di opere generali o specialistiche per la classifica corrispondente alla somma di quelle possedute dalle imprese consorziate. Ne consegue pertanto che le disposizioni dell'art. 83, comma 2 e dell'art. 47 del decreto legislativo n. 50 del 2016, in virtù dei rinvii operati alla previgente disciplina, secondo quanto previsto dall'art. 216 del codice, hanno confermato il principio del c.d. cumulo per i consorzi stabili, sulla base del quale i consorzi stabili possono scegliere di provare il possesso dei requisiti di ordine speciale richiesti per la partecipazione alle gare con attribuzioni proprie e dirette oppure con quelle dei consorziati.*

*Si applica inoltre il Manuale dell'ANAC sull'attività di qualificazione per l'esecuzione di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro, del 16 ottobre 2014 e ss.mm. (in G.U.R.I. 28 ottobre 2014).*

*Sempre con riferimento al regime transitorio, al fine di assicurare continuità con il regime vigente, non è stato previsto un vincolo di corrispondenza fra qualificazioni possedute ed esecuzione del contratto in relazione alla partecipazione dei consorzi stabili alle gare per lavori, nonostante la pronuncia dell'Ad. plen. n. 6 del 2019, resa però con riferimento ai raggruppamenti.*

*Infatti, dalla pronuncia dell'Ad. plen. n. 5 del 2021, resa con riferimento a un caso di appalti di lavori, si evince che i requisiti possono essere "prestati" anche da una consorziata non esecutrice.*

*Non è stata invece la clausola di salvezza rispetto ai requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, in modo da assicurare una maggiore semplicità al sistema" (pp. 104 – 105).*

Soprattutto, il nuovo assetto della disciplina in materia tiene conto di quanto acclarato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 5/2021, che si è pronunciata per l'appunto in questa direzione – ovvero in favore dell'applicazione ai consorzi stabili, ai fini della qualificazione in gara, del c.d. "cumulo alla rinfusa" nei termini di cui sopra – onde superare e dirimere gli annosi contrasti e le persistenti perplessità sorte in proposito negli ultimi anni<sup>10</sup> e che a tutt'oggi, invero, alla stregua della disciplina *ex art. 47 del D.Lgs. n. 50/2016*, seguitano ad esprimere in giurisprudenza orientamenti dissonanti, che interessano le stesse indicazioni rese dalla citata Adunanza Plenaria, quanto ai limiti di tale cumulo e alla qualificazione richiesta in capo al consorzio e alle consorziate esecutrici<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> V. Consiglio di Stato, Ad. Pl., 18 maggio 2021, n. 5.

Nella specie, tale pronuncia del Supremo Consesso ha acclarato che nel consorzio stabile i consorziati mettono in atto una stabile struttura di impresa collettiva che, oltre a possedere una propria soggettività giuridica con autonomia anche patrimoniale, resta distinta e autonoma rispetto alle singole aziende consorziate ed è strutturata per eseguire anche in proprio (ossia senza l'ausilio necessario delle consorziate), le prestazioni contrattuali. Il cd. "cumulo alla rinfusa" (al momento dei fatti di causa esteso anche ai requisiti di qualificazione, oggi invece limitato ad attrezzature, mezzi d'opera e organico medio annuo), si giustifica nel quadro del consorzio stabile in ragione:

*"a) del patto consortile, comunque caratterizzato dalla causa mutualistica;*

*b) del rapporto duraturo ed improntato a stretta collaborazione tra le consorziate avente come fine una comune struttura di impresa".*

Solo le consorziate indicate per l'esecuzione dei lavori partecipano alla gara e concordano l'offerta, assumendo una responsabilità in solido con il consorzio stabile nei confronti della stazione appaltante (art. 47, comma 2, del Codice di cui al D.Lgs. n. 50/2016) mentre, per le altre, il consorzio si limita a mutuare per legge i requisiti oggettivi, senza che da ciò discenda alcun vincolo di responsabilità solidale per l'eventuale mancata o erronea esecuzione dell'appalto.

Tanto chiarito, nell'ipotesi di partecipazione ad una gara d'appalto di un consorzio stabile che si qualifichi mutuando i requisiti speciali occorrenti da una consorziata non designata in gara ai fini dell'esecuzione dei lavori, quest'ultima va considerata come soggetto terzo rispetto al consorzio, equiparabile all'impresa ausiliaria nell'avvalimento, sicché la perdita da parte della stessa del requisito durante la gara impone alla stazione appaltante di ordinarne la sostituzione, in applicazione dell'art. 89, comma 3, del Codice e/o dell'art. 63 direttiva 24/2014/UE.

<sup>11</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 22 agosto 2022, n. 7360. In termini, più di recente, v. anche TAR Lombardia, Milano, sez. I, 8 marzo 2023, n. 597; TAR Campania, Napoli, sez. III, 22 febbraio 2023, n. 1152.

In particolare, con la suddetta sentenza n. 7360/2022 il Consiglio di Stato ha affermato che nel contesto normativo di cui all'art. 47 del D.Lgs. n. 50/2016:

*"a) la possibilità di "qualificazione cumulativa", nell'ambito dei consorzi stabili, è limitata ai requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature e mezzi d'opera e all'organico medio annuo (cfr. art. 47, comma 1);*

La suddetta ridefinizione delle regole per l'attestazione dei requisiti tecnici e finanziari trova sponda altresì nelle osservazioni e richieste avanzate dalla citata commissione parlamentare competente, che ha per l'appunto sollecitato una migliore ponderazione della disciplina, anche alla luce delle criticità emerse in sede attuativa e degli orientamenti giurisprudenziali. Ciò nell'ottica di salvaguardare e valorizzare le finalità mutualistiche e proconcorrenziali proprie dell'istituto consortile, con l'attuazione effettiva dei principi di concorrenza, trasparenza, *par condicio* e apertura al mercato che presidiano la normativa in materia (v. parere del 21 febbraio 2023, all. I, pp. 56 – 57, lett. bb).

Per completezza, in merito a quanto sopra, è d'uopo inoltre evidenziare che l'**art. 32 dell'all. II.12 al Codice**, rubricato "ConSORZI stabili", in punto di qualificazione di tali operatori specifica quanto in appresso:

*"1. I consorzi stabili di cui agli articoli 65, comma 1, lettera d), e 67, comma 4, del codice, eseguono i lavori o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante.*

*2. I consorzi stabili conseguono la qualificazione a seguito di verifica dell'effettiva sussistenza in capo alle singole consorziate dei corrispondenti requisiti.*

---

*b) i consorzi stabili possono, per tal via, partecipare alle gare qualificandosi in proprio (art. 47, comma 2, prima ipotesi) e comprovando i propri requisiti di idoneità tecnica e finanziaria, potendo, a tal fine, cumulare attrezzature, mezzi d'opera e organico medio annuo di tutte le consorziate (con il limite, non codificato ma implicito, del divieto di cumulo in caso di autonoma partecipazione, alla medesima gara, dell'impresa consorziate, che autorizzerebbe – di là dalla paradossale vicenda del concorso competitivo con cooperazione qualificatoria – una implausibile valorizzazione moltiplicativa dei medesimi requisiti: cfr., per la relativa vicenda, Corte di Giustizia UE, C-376/08, 23 dicembre 2009);*

*c) i consorzi stabili, anche quando partecipino e si qualificano in proprio, possono eseguire la prestazione (oltretutto con la propria struttura) per il tramite delle consorziate, ancorché non indicate come esecutrici in sede di gara (onde, in chiara – seppur circostanziata – prospettiva proconcorrenziale, il ricorso alla struttura consortile consente ad imprese non qualificate di partecipare, sia pure indirettamente, alle procedure di affidamento): si tratterebbe – nella ricostruzione di ad. Plen. N. 5/2021, che argomenta dal confronto con la previgente formulazione dell'art. 47, comma 2, di "una forma di avvalimento attenuata dall'assenza di responsabilità": che, benché si tratti, va riconosciuto, di formula men tecnicamente rigorosa che sostanzialmente espressiva, sintetizza un condivisibile corollario di sistema);*

*d) in alternativa, il consorzio può, in sede evidenziale, designare, per l'esecuzione del contratto, una o più delle imprese consorziate (che, in tal caso, partecipano direttamente alla gara, concorrendo alla sostanziale formulazione dei tratti, anche soggettivi, dell'offerta ed assumendo, in via solidale, la responsabilità per l'esatta esecuzione, ancorché la formalizzazione del contratto sia rimessa al consorzio, che è parte formale: cfr., ancora, Cons. Stato, ad. Plen., n. 5/2021 cit.);*

*e) in tal caso (che è quello in cui si sussume la vicenda di specie) è necessario che le imprese designate possiedano e comprovino (con la ribadita salvezza dei, limitati e specifici, casi di qualificazione cumulativa) i requisiti, tecnici e professionali, di partecipazione (...)"*

Al riguardo, v. M. Alò, *Il "cumulo alla rinfusa" nei consorzi stabili: lo "stato dell'arte" di una disciplina in costante mutazione*, 20 settembre 2022, in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it), Maggioli Editore.

3. *Il conseguimento della qualificazione da parte del consorzio stabile non pregiudica la contemporanea qualificazione dei singoli consorziati, ma il documento di qualificazione di questi ultimi deve riportare la segnalazione di partecipazione a un consorzio stabile.*

4. *In caso di scioglimento del consorzio stabile ai consorziati sono attribuiti pro-quota i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi maturati a favore del consorzio in quanto da questi non assegnati in esecuzione ai consorziati. Le quote di assegnazione sono proporzionali all'apporto reso dai singoli consorziati nell'esecuzione dei lavori nel quinquennio antecedente”.*

Fermo quanto sopra, il **comma 3** dell'art. 67 del Codice in esame, per la prima volta rispetto al passato, stabilisce espressamente la necessità che i **requisiti generali** prescritti ai fini dell'affidamento siano **attestati, oltre che dal consorzio stabile, altresì dalle consorziate esecutrici indicate in gara e dalle esecutrici che prestano i requisiti**, così recependo quanto acclarato da lungo tempo dalla giurisprudenza formatasi in materia<sup>12</sup>. Al riguardo, è stato precisato che *“La previsione riguarda le consorziate esecutrici e le consorziate che “prestano” i requisiti. In quest'ultimo caso l'applicazione dell'istituto si rende necessaria in quanto le consorziate che prestano i requisiti sono assimilate agli ausiliari: il rapporto che si instaura è “molto simile a quello dell'avvalimento” (Ad. plen. 18 marzo 2021 n. 5), e quindi soggiace al regime di quest'ultimo, per il quale è la stessa Corte di giustizia ad avere applicato l'istituto della sostituzione (3 giugno 2021, in causa C-210/20).*

*Si è altresì estesa la previsione alle consorziate designate all'esecuzione da parte del consorzio stabile, così come richiesto dalla giurisprudenza (Ad. plen. n. 5 del 2021).*

*È stato ritenuto di introdurre la disposizione che impone il possesso all'esecutore dei requisiti di idoneità professionale di cui all'art. 100, comma 3 al fine di assicurare l'adeguata competenza dell'esecutore, anche in ragione del fatto che detti requisiti non sono compresi nell'ambito applicativo dell'art. 63 della direttiva” (p. 105 della Relazione illustrativa di cui sopra).*

Il medesimo comma 3, in modo parimenti innovativo, **introduce la disposizione che impone espressamente al consorziato esecutore il possesso dei requisiti di idoneità professionale**, così da assicurare una adeguata competenza in capo a chi è chiamato ad

---

<sup>12</sup> Cfr. *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 19 settembre 2012, n. 4969; id., 17 maggio 2012, n. 2825; id., 15 giugno 2010, n. 3759; id., 27 giugno 2007, n. 3765; id., 5 settembre 2005, n. 4477; id., 30 gennaio 2002, n. 507. Al riguardo, v. anche R. De Nictolis, *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge “sblocca cantieri”*, Milano, 2020, pp. 634 – 635 e 638 – 639.

eseguire il contratto “(...) anche in ragione del fatto che tali requisiti non sono compresi nell’ambito applicativo dell’art. 63 della direttiva” (p. 105 della suddetta Relazione illustrativa).

In coerenza e continuità con la precedente disciplina (v. art. 47, comma 2, del D.Lgs. n. 50/2016) e, prima ancora, con la struttura e le finalità dell’istituto consortile in oggetto, il **comma 4** specifica che **i consorzi stabili eseguono le prestazioni con la propria struttura o tramite le consorziate indicate in gara senza che ciò costituisca subappalto** – come peraltro richiesto anche in sede di esame parlamentare del testo (cfr. parere del 21 febbraio 2023, all. I, p 57, lett. cc). Siffatta previsione non è stata estesa ai consorzi di cooperative “(...) in quanto non si ritiene che questi ultimi possano indicare sé stessi come esecutori stante lo scopo mutualistico (si dà per scontato in dottrina e nella sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 2 settembre 2019, n. 6024 che detti consorzi indichino una consorziata esecutrice). Sotto tale profilo i consorzi fra imprese artigiane sono invece assimilabili ai consorzi fra cooperative (Consiglio di Stato n. 7155 del 2021 e parere ANAC n. 192 del 2008)” (p. 105 della citata Relazione illustrativa).

È stata invece espunta la previsione sussistente nella precedente norma di riferimento in ordine alla eventuale indicazione in gara di un consorzio stabile quale consorziato esecutore di un altro consorzio stabile, che disponeva in tal caso in capo al consorziato stesso di designare a sua volta i consorziati per i quali concorre (v. art. 48, comma 7, del D.Lgs. n. 50/2016).

Ulteriore **novità** contenuta nel menzionato comma 4 è poi costituita dalla previsione secondo cui **“La partecipazione alla gara in qualsiasi altra forma da parte del consorziato designato dal consorzio offerente determina l’esclusione del medesimo se sono integrati i presupposti di cui all’articolo 95, comma 1, lettera d), sempre che l’operatore economico non dimostri che la circostanza non ha influito sulla gara, né è idonea a incidere sulla capacità di rispettare gli obblighi contrattuali, fatta salva la facoltà di cui all’articolo 97”**. Tale precisazione trae origine dall’esigenza di superare le criticità e i rilievi mossi in proposito in sede europea nei confronti del precedente assetto normativo. Nella fattispecie, è stato evidenziato al riguardo che **“La seconda parte del comma 4 (ultima proposizione), che supera quanto previsto nell’ art. 48, comma 7, del d.lgs n. 50 del 2016, è stata inserita considerando la giurisprudenza della Corte di giustizia e la procedura di infrazione 2018/2273, che inducono a superare il divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara da parte del consorziato designato, contenuto nel**

*citato comma 7 dell'art. 48 ma riferito (anche) ai soggetti di cui all'art. 47 del d.lgs. n. 50 del 2016 e la conseguenza automaticamente espulsiva prevista in caso di violazione del medesimo.*

*La procedura d'infrazione 2018/2273 ha avuto ad oggetto il comma 7 dell'art. 89 del decreto legislativo n. 50 del 2016, che dispone che non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, ovvero che partecipino alla medesima gara sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti, oltre altre disposizioni che impediscono la partecipazione plurima. Nella lettera di infrazione si afferma che la disposizione è incompatibile con il principio di proporzionalità in quanto non consente all'operatore economico di dimostrare che la circostanza non ha influito sul loro comportamento nell'ambito di tale procedura di gara né incide sulla loro capacità di rispettare gli obblighi contrattuali”<sup>13</sup>. Di modo che, anche in linea con le indicazioni espresse in tema dalla Corte di Giustizia UE<sup>14</sup>, “Si è proposto pertanto, anche in ragione della disciplina del self cleaning e della sostituzione, di inserire, in luogo del suddetto divieto, la disposizione in forza della quale la partecipazione alla gara in qualsiasi altra forma da parte del consorziato designato dal consorzio offerente determina l'esclusione del medesimo se sono integrati i presupposti della causa escludente dell'unico centro decisionale, sempre che l'operatore economico non dimostri che la circostanza non ha influito sulla gara né è idonea a incidere sulla capacità di rispettare gli obblighi contrattuali” (cfr. pp. 105 – 106 della citata Relazione illustrativa).*

Vale inoltre rilevare che, in ordine alla qualificazione dei consorzi stabili, l'Associazione nazionale Costruttori Edili (ANCE) ha osservato che “(...) appare cruciale il futuro regolamento sulla qualificazione che, al netto di futuri ed eventuali correttivi al Codice, dovrà eliminare quelle “storture”, manifestatesi negli ultimi anni, che hanno portato a

---

<sup>13</sup> Cfr. lettera di messa in mora della Commissione UE del 24 gennaio 2019 - Infrazione n. 2018/2273., indirizzata al Governo italiano per “(...) mancata conformità del quadro giuridico italiano alle direttive del 2014 in materia di contratti pubblici, vale a dire la direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, la direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici e la direttiva 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali”.

<sup>14</sup>V. Corte di giustizia UE, sez. IV, 19 maggio 2009, C-538/07. Con riferimento specifico ai consorzi stabili, v. anche Corte di Giustizia UE, sez. IV, 23 dicembre 2009, C-376/08. Segnatamente, con la citata pronuncia C-538/07 del 2009, il giudice europeo ha accertato che i partecipanti ai raggruppamenti possono godere di spazi di autonomia che si articolano diversamente nella prassi, tali da essere compatibili con il divieto di concordare le offerte e la regola della segretezza “(...) atte a garantire tanto l'indipendenza quanto la segretezza in sede di elaborazione di offerte” e che “I raggruppamenti di imprese possono presentare forme e obiettivi variabili, e non escludono necessariamente che le imprese controllate godano di una certa autonomia nella gestione della loro politica commerciale e delle loro attività economiche, in particolare nel settore della partecipazione a pubblici incanti”.

*fenomeni “anticoncorrenziali”, talora a danno del tessuto imprenditoriale sano e qualificato. In particolare, salvaguardando la funzione di strumento di sviluppo imprenditoriale propria del consorzio stabile, occorrerebbe prevedere:*

- *un limite massimo di partecipanti al consorzio;*
- *una limitazione al principio del c.d. “cumulo alla rinfusa”;*
- *l’obbligo per l’impresa consorziata esecutrice di possedere alcuni requisiti minimi proporzionati al lavoro da eseguire”<sup>15</sup>.*

Il **comma 6** dell’art. 67 riproduce il portato del precedente art. 47, comma 2, del D.lgs. n. 50/2016, laddove rinvia ad altra fonte regolamentare – allora il regolamento di attuazione previsto dall’art. 216, comma 27-*octies*, del medesimo D.Lgs. n. 50/2016, oggi l’all. II.12, nelle more dell’adizione del regolamento ex art. 100, comma 4, del D.Lgs. n. 36/2023 – per l’individuazione dei **criteri afferenti all’imputazione delle prestazioni eseguite** dal consorzio stabile o dai singoli consorziate al fine della qualificazione nei lavori.

Ancora, va segnalato che il **comma 7** dell’art. 67 predetto specifica che *“Possono essere oggetto di avvalimento solo i requisiti maturati dallo stesso consorzio”*.

È d’uopo infine evidenziare che il nuovo Codice dispone uno specifico **regime transitorio**, in ordine alla qualificazione dei consorzi stabili, precisando all’**art. 225, comma 13**, che *“Gli articoli 47, comma 1, 83, comma 2, e 216, comma 14, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, si interpretano nel senso che, in via transitoria, relativamente ai consorzi di cui all’articolo 45, comma 2, lettera c), del medesimo codice, ai fini della partecipazione alle gare e dell’esecuzione si applica il regime di qualificazione previsto dall’articolo 36, comma 7, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006 e dagli articoli 81 e 94 del regolamento di esecuzione ed attuazione di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207. L’articolo 47, comma 2-bis, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, si interpreta nel senso che, negli appalti di servizi e forniture, la sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara per l’affidamento di servizi e forniture è valutata a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati, anche se diversi da quelli designati in gara”*.

#### **4.3 I consorzi di cooperative e i consorzi tra imprese artigiane**

---

<sup>15</sup> Cfr. Documento ANCE di esame e commento al nuovo Codice dei contratti pubblici, p. 38.

Il dettato dei **commi 1, 4 e 5** dell'art. 67 del Codice di che trattasi contempla l'assimilazione tra i consorzi di cooperative e i consorzi tra imprese artigiane ai fini della attestazione dei requisiti generali e speciali di tali consorzi. Questa equiparazione si è resa opportuna in quanto entrambe le tipologie di consorzio, nella pratica, svolgono il medesimo ruolo di garanzia di accesso al mercato per molte PMI in vista del perseguimento di uno scopo mutualistico<sup>16</sup>.

Siffatta assimilazione tra consorzi di cooperative e consorzi tra imprese artigiane risponde peraltro anche alle osservazioni e richieste formulate in tal senso dalla competente commissione parlamentare permanente, al fine di uniformarne il regime di qualificazione per l'affidamento dei contratti pubblici (v. parere del 21 febbraio 2023, all. I, pp. 56 – 57, lett. aa).

Come dianzi accennato, sotto tale profilo il nuovo Codice ha previsto una disciplina *ad hoc* per i consorzi suddetti, alla stregua del citato art. 67, stabilendo che essi possono partecipare alle procedure di gara qualificandosi in proprio e riconoscendo loro, al contempo, la possibilità di far valere i mezzi nella disponibilità delle consorziate che li costituiscono (**comma 5**). In tal senso, dunque, per queste tipologie di consorzi viene definito **un regime di qualificazione distinto rispetto a quello che caratterizza i consorzi stabili**, quale sopra illustrato.

In proposito, giova segnalare peraltro che, alla stregua della giurisprudenza formatasi in materia, seppur con qualche distinguo "(...) i "consorzi di cooperative fra società cooperative di produzione e lavoro" e i "consorzi stabili" sono tra loro per vario rispetto assimilabili (...)" nello specifico contesto della disciplina dei contratti pubblici<sup>17</sup>.

Il **comma 4** del medesimo art. 67, in linea con quanto stabilito per i consorzi stabili, dispone parimenti per i consorzi di cooperative e per i consorzi tra imprese artigiane che l'affidamento delle prestazioni ai propri consorziati non costituisce subappalto. Anche in questo caso, dunque, il nuovo assetto normativo accoglie le istanze avanzate in tal senso dalla commissione parlamentare permanente (parere del 21 febbraio 2023, all. I, p. 57, lett. cc).

Diversamente da quanto previsto per i consorzi stabili, **non sono state invece estese anche ai consorzi di cooperative e a quelli tra imprese artigiane:**

---

<sup>16</sup> Sulla nozione ed evoluzione normativa dei consorzi di cooperative e dei consorzi tra imprese artigiane, cfr. A. Cianflone, G. Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2021, 567- 574. In tema di consorzi di cooperative, v. anche Consiglio di Stato, Ad. Pl., 20 maggio 2013, n. 14.

<sup>17</sup> Così Consiglio di Stato, sez. V, 22 luglio 2019, n. 5124.

- la previsione inerente all’indicazione in gara della modalità di esecuzione del contratto, in proprio o tramite imprese consorziate (cfr. citato comma 4), precisandosi che questa disposizione “(...) non è stata estesa ai consorzi di cooperative in quanto non si ritiene che questi ultimi possano indicare sé stessi come esecutori stante lo scopo mutualistico (si dà per scontato in dottrina e nella sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 2 settembre 2019, n. 6024 che detti consorzi indichino una consorziata esecutrice). Sotto tale profilo i consorzi fra imprese artigiane sono invece assimilabili ai consorzi fra cooperative (Consiglio di Stato n. 7155 del 2021 e parere ANAC n. 192 del 2008)” (v. p. 106 della citata Relazione illustrativa)<sup>18</sup>;
- ad onta delle richieste formulate in questa direzione in sede parlamentare (v. parere del 21 febbraio 2023, all. I, p. 57, lett. cc), la previsione del succitato comma 6 dell’art. 67 in argomento, afferente alla imputazione delle prestazioni eseguite da consorzio e consorziati.

Infine, anche con riguardo a tali tipologia di consorzi è d’uopo richiamare quanto disposto dal **comma 7** dell’art. 67 *de quo*, alla cui stregua, come dianzi riportato, “Possono essere oggetto di avvalimento solo i requisiti maturati dallo stesso consorzio”.

---

<sup>18</sup> Con il parere 10 luglio 2008, n. 192, l’ANAC – facendo riferimento al quadro normativo vigente in materia a quel momento – ha chiarito che “consorzi fra imprese artigiane, costituiti ai sensi della legge 8 agosto 1985 n. 443, previsti dall’articolo 34, comma 1, lettera b) del d. Lgs. n. 163/2006 (insieme ai consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro ex legge n. 422/1909) quali soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento di contratti pubblici, ai sensi dell’articolo 35 del medesimo decreto devono possedere e comprovare i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l’ammissione alle procedure di appalto, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d’opera, nonché all’organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate.

*I consorzi fra imprese artigiane si caratterizzano per l’organizzazione comune che gli imprenditori istituiscono per disciplinare o svolgere determinate fasi della propria attività attraverso lo strumento della cooperazione interaziendale, finalizzata alla riduzione dei costi di gestione ed all’accesso a possibilità di sviluppo economico non realizzabili senza l’organizzazione consortile. Al riguardo, l’orientamento del Consiglio di Stato, pronunce n. 2183/2003 e n. 3477/2007, è nel senso che la ratio che sorregge la costituzione di detti consorzi è data dall’esigenza di consentire, grazie alla sommatoria dei requisiti posseduti dalle singole imprese, la partecipazione a procedure di gara, di imprese artigiane che, isolatamente considerate, non sarebbero in possesso dei requisiti richiesti o, comunque, di effettive chances competitive.*

*Occorre evidenziare la natura del rapporto tra consorzio ed imprese consorziate, in base al quale, attraverso la struttura comune di impresa, il consorzio assume la veste di “procacciatore di contratti di appalto”, strumento di supporto tecnico economico e finanziario che svolge detta attività nell’interesse e per conto delle imprese consorziate, tramite l’imputazione dei contratti e dei rapporti giuridici a sé stesso. Ed è per questo motivo che la qualità di appaltatore, e la relativa responsabilità, è propria del solo consorzio.*

*In virtù del particolare rapporto consortile – rapporto organico - esistente in tale tipologia di consorzi, l’articolo 35 del d. Lgs. n. 163/2006 dispone che i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria devono essere posseduti e comprovati dai consorzi stessi e non dalle singole società consorziate che eseguiranno i lavori, mentre i requisiti di carattere morale devono essere posseduti dal consorzio e da ciascuna delle imprese che partecipano al consorzio stesso”.*

## 5. I raggruppamenti temporanei di imprese e i consorzi ordinari di operatori economici (art. 68 del D.Lgs. n. 36/2023)

**L'art. 68 del nuovo Codice** si occupa di stabilire i cardini normativi dei raggruppamenti temporanei di imprese (c.d. "RTI") o associazioni temporanee di imprese (c.d. "ATI"), nonché dei consorzi ordinari di concorrenti a essi assimilati (e, come si è visto, alternativi, quale modello di partecipazione e acquisizione di contratti), nel peculiare contesto della disciplina dei contratti pubblici<sup>19</sup>. Come noto, siffatte peculiari fattispecie costituiscono

---

<sup>19</sup> L'art. 68 del D.Lgs. n. 36/2023, rubricato "Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici", prevede testualmente che:

*"1. È consentita la presentazione di offerte da parte dei soggetti di cui all'articolo 65, comma 2, lettera e) e lettera f), anche se non ancora costituiti. In tal caso l'offerta deve essere sottoscritta da tutti gli operatori economici che costituiranno i raggruppamenti temporanei o i consorzi ordinari di concorrenti e deve contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, gli stessi operatori conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, da indicare in sede di offerta e qualificato come mandatario, il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti.*

*2. Fatto salvo quanto previsto dal comma 4, in sede di offerta sono specificate le categorie di lavori o le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati, con l'impegno di questi a realizzarle.*

*3. I raggruppamenti temporanei non possono essere obbligati ad avere una forma giuridica specifica ai fini della presentazione di un'offerta o di una domanda di partecipazione.*

*4. Le stazioni appaltanti possono:*

*a) imporre ai raggruppamenti di operatori economici di assumere una forma giuridica specifica dopo l'aggiudicazione del contratto, nel caso in cui tale trasformazione sia necessaria per la buona esecuzione del contratto;*

*b) specificare nei documenti di gara le modalità con cui i raggruppamenti di operatori economici ottemperano ai requisiti in materia di capacità economica e finanziaria o di capacità tecniche e professionali, purché ciò sia proporzionato e giustificato da motivazioni obiettive.*

*5. Per la costituzione del raggruppamento temporaneo gli operatori economici devono conferire, con un unico atto, mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, detto mandatario.*

*6. Il mandato deve risultare da scrittura privata autenticata. La relativa procura è conferita al legale rappresentante dell'operatore economico mandatario. Il mandato è gratuito e irrevocabile e la sua revoca, anche per giusta causa, non ha effetto nei confronti della stazione appaltante. In caso di inadempimento dell'impresa mandataria è ammessa la revoca del mandato collettivo speciale di cui al comma 5 al fine di consentire alla stazione appaltante il pagamento diretto nei confronti delle altre imprese del raggruppamento.*

*7. Al mandatario spetta la rappresentanza esclusiva, anche processuale, dei mandanti nei confronti della stazione appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto, anche dopo il collaudo, o atto equivalente, fino all'estinzione di ogni rapporto. La stazione appaltante, tuttavia, può far valere direttamente le responsabilità facenti capo ai mandanti.*

*8. Il rapporto di mandato non determina di per sé organizzazione o associazione degli operatori economici riuniti, ognuno dei quali conserva la propria autonomia ai fini della gestione, degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali.*

*9. L'offerta degli operatori economici raggruppati o dei consorziati determina la loro responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante, nonché nei confronti del subappaltatore e dei fornitori. Nell'ipotesi di cui al comma 4, lettera a), la responsabilità solidale di cui al primo periodo concorre con quella del soggetto giuridico nel quale il raggruppamento temporaneo o il consorzio ordinario si sono trasformati. Nel caso di cui*

uno schema organizzativo con cui più imprese pattuiscono di associarsi (o consorziarsi) e così concorrere congiuntamente ai fini dell'acquisizione di una specifica commessa pubblica<sup>20</sup>.

**Occorre subito evidenziare che le principali novità introdotte dal D.Lgs. n. 36/2023 in tema di raggruppamenti e consorzi ordinari concernono la partecipazione alle**

---

*al comma 4, lettera a) e nell'ipotesi in cui i concorrenti riuniti o consorziati indicati dal consorzio come esecutori, anche in parte, dei lavori dopo l'aggiudicazione costituiscono tra loro una società anche consortile, ai sensi del Libro V del Titolo V, Capi III e seguenti del codice civile, per l'esecuzione unitaria, totale o parziale, dei lavori, la responsabilità solidale di cui al primo periodo concorre con quella del soggetto giuridico nel quale il raggruppamento temporaneo o il consorzio ordinario si sono trasformati a far data dalla notificazione dell'atto costitutivo alla stazione appaltante e, subordinatamente, alla iscrizione della società nel registro delle imprese. In tale ipotesi la società subentra, senza che ciò costituisca ad alcun effetto subappalto o cessione di contratto e senza necessità di autorizzazione o di approvazione, nell'esecuzione totale o parziale del contratto.*

*10. Le stazioni appaltanti possono richiedere ai raggruppamenti di operatori economici condizioni per l'esecuzione di un appalto diverse da quelle imposte ai singoli partecipanti, purché siano proporzionate e giustificate da ragioni oggettive.*

*11. I raggruppamenti e i consorzi ordinari di operatori economici sono ammessi alla gara se gli imprenditori o altro raggruppamento che vi partecipano, oppure gli imprenditori consorziati, abbiano complessivamente i requisiti relativi alla capacità economica e finanziaria e alle capacità tecniche e professionali, ferma restando la necessità che l'esecutore sia in possesso dei requisiti prescritti per la prestazione che lo stesso si è impegnato a realizzare ai sensi del comma 2. Si applicano in quanto compatibili le disposizioni contenute nell'allegato II.12.*

*12. Se il singolo concorrente o i concorrenti che intendano riunirsi in raggruppamento temporaneo hanno i requisiti di cui al presente articolo, possono raggruppare altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando, a condizione che i lavori eseguiti da queste ultime non superino il 20 per cento dell'importo complessivo dei lavori e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna sia almeno pari all'importo dei lavori che saranno ad essa affidati.*

*13. Tutti i partecipanti al raggruppamento e al consorzio ordinario possiedono i requisiti generali di cui agli articoli 94 e 95.*

*14. La partecipazione alla gara dei concorrenti in più di un raggruppamento o consorzio ordinario, ovvero in forma individuale qualora abbiano partecipato alla gara medesima in raggruppamento o consorzio ordinario, determina l'esclusione dei medesimi se sono integrati i presupposti di cui all'articolo 95, comma 1, lettera d), sempre che l'operatore economico non dimostri che la circostanza non ha influito sulla gara, né è idonea a incidere sulla capacità di rispettare gli obblighi contrattuali.*

*15. È vietata l'associazione in partecipazione sia durante la procedura di gara sia successivamente all'aggiudicazione. La modifica dei consorzi e dei raggruppamenti è ammissibile nei termini indicati dall'articolo 97 e dal comma 17 del presente articolo.*

*16. L'inosservanza di quanto prescritto al comma 15 comporta l'esclusione dei concorrenti riuniti in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti, nonché l'annullamento dell'aggiudicazione o la risoluzione del contratto.*

*17. È ammesso il recesso di una o più imprese raggruppate, sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire. Il recesso è ammesso anche se il raggruppamento si riduce a un unico soggetto.*

*18. Le previsioni di cui al comma 17 trovano applicazione anche con riferimento ai soggetti di cui all'articolo 65, comma 2, lettere b), c), d) e f).*

*19. In caso di procedure ristrette o negoziate oppure di dialogo competitivo l'operatore economico invitato individualmente o il candidato ammesso individualmente nella procedura di dialogo competitivo può presentare offerta o trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti.*

*20. Il presente articolo trova applicazione, in quanto compatibile, nella partecipazione alle procedure di affidamento delle aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete, di cui all'articolo 65, comma 2, lettera g); queste ultime, nel caso in cui abbiano tutti i requisiti del consorzio stabile di cui all'articolo 65, comma 2, lettera d), sono ad esso equiparate ai fini della qualificazione SOA".*

<sup>20</sup> In materia di raggruppamenti e consorzi, v. R. De Nictolis, *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge "sblocca cantieri"*, cit., pp. 641 ss.; A. Cianflone, G. Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, cit., pp. 528 ss.

**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) – cfr. **commi 2, 9, 11 e 14** dell’art. 68 del Codice in esame. Siffatte nuove regole scaturiscono dal pronunciamento della Corte di Giustizia UE che, sotto tale specifico profilo, ha avuto modo di accertare l’incompatibilità delle disposizioni vigenti nel nostro ordinamento rispetto ai principi e precetti sanciti dal diritto unionale e, in particolare, dalle direttive europee che disciplinano la materia.

Fermo quanto sopra, le restanti previsioni recate dall’art. 68 *de quo* ricalcano invece i contenuti della precedente normativa dettata dal D.Lgs. n. 50/2016, nonché dai relativi provvedimenti attuativi.

Ciò posto, muovendo dalle dette, rilevanti novità recate dall’art. 68 del Codice in materia di quote degli RTI, si evidenzia che la nuova disciplina ha espunto la previsione contenuta in precedenza nell’art. 83, comma 8, del D.Lgs. n. 50/2016 il quale, come noto, impone(va) alla mandataria dell’ATI (o alla capofila del consorzio ordinario) in ogni caso di “(...) *possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria*”. Infatti, sulla scorta di quanto statuito dalla Corte di Giustizia UE nel 2022<sup>21</sup>, *“I commi 1, 2, 6 e 7-bis dell’art. 48 del decreto legislativo n. 50 del 2016, sono superati da 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 a detta pronuncia, l’art. 83, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016, imponendo all’impresa mandataria del raggruppamento di operatori economici di eseguire le prestazioni “in misura maggioritaria” rispetto a tutti i membri del raggruppamento, fissa una condizione più rigorosa di quella prevista dalla direttiva 2014/24”* (v. p. 107 della citata Relazione illustrativa).

---

<sup>21</sup> Cfr. 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”*.

In tema, cfr. 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, in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it), Maggioli Editore.

Tale principio è stato poi richiamato e confermato da successive pronunce del giudice amministrativo<sup>22</sup>, che vi ha dato immediata attuazione disapplicando la norma dell'ordinamento interno: *“Come noto, infatti, le sentenze della Corte di Giustizia rese in sede di rinvio pregiudiziale non sono solo vincolanti per il giudice che ha sollevato la questione, ma spiegano i propri effetti anche rispetto a qualsiasi altro caso che debba essere deciso in applicazione della medesima disposizione di diritto comunitario interpretata dalla Corte”*<sup>23</sup>. La stessa Corte di Cassazione, nel solco di tali pronunce, ha avuto modo di chiarire, in particolare che le sentenze della Corte di Giustizia UE hanno efficacia *ultra partes*, con *“(…) valore di ulteriore fonte di diritto comunitario, non nel senso che esse creino ex novo norme comunitarie, in quanto ne indicano il significato e limiti di applicazione, con efficacia erga omnes nell’ambito della Comunità (cfr. fra le tante Cass. n. 2468/2016 e Cass. n. 22558/2016)”*<sup>24</sup>.

In ragione di quanto sopra, la possibilità di prescrivere specifici vincoli sulle modalità di ripartizione delle quote e sulle modalità esecutive dei RTI e quindi degli operatori raggruppati è affidata alle stazioni appaltanti, mentre gli Stati membri possono intervenire, in taluni casi, in merito ai requisiti di qualificazione. Tale riforma della disciplina, conformatasi ai rilievi eurounitari succitati, ha di conseguenza **precluso la riproposizione, nel nuovo assetto normativo in riferimento, della distinzione tra**

---

<sup>22</sup> V. Consiglio di Stato, sez. V, 3 gennaio 2023, n. 69; id., sez. VII, 31 maggio 2022, n. 4425.

Con la predetta sentenza n. 69/2023, segnatamente, il Supremo Consesso ha acclarato che *“Secondo la pronuncia 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 pronuncia 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>23</sup> Così Consiglio di Stato, sez. V, 3 gennaio 2023, n. 69, cit. Cfr. anche Corte Cost., 29 ottobre 2015, n. 210; id., 7 febbraio 2000, n. 41; id., 10 novembre 1994, n. 384.

<sup>24</sup> Cassazione, sez. I, 26 aprile 2022, n. 13066.

**ATI orizzontali e ATI verticali** – che si basa(va), per l'appunto, sulla prescrizione di una quota maggioritaria in capo alla impresa mandataria.

Le regole oggi introdotte prevedono quindi la presentazione dell'offerta da parte del raggruppamento (o del consorzio), sulla base di un mandato collettivo, senza ulteriori prescrizioni nei termini appena chiariti, con conseguente responsabilità solidale dei partecipanti alla compagine (v. comma 9 del medesimo art. 68 - *infra*).

Tanto precisato, possono ora passarsi brevemente in rassegna le previsioni di cui all'art. 68, evidenziando le eventuali differenze e novità che connotano i contenuti di tale norma rispetto alle omologhe disposizioni dettate in precedenza.

Il **comma 1** del citato art. 68 ripropone i contenuti del comma 8 dell'art. 48 del D.Lgs. n. 50/2016, confermando la possibilità di presentare offerte, ai fini dell'affidamento di contratti pubblici, da parte di ATI e consorzi ordinari, anche se non ancora costituiti, sulla base di un mandato collettivo speciale con rappresentanza conferito a uno degli operatori economici raggruppati (v. p. 107 della citata Relazione illustrativa).

Come chiarito dalla detta Relazione illustrativa, il nuovo **comma 2** *"(...) ripropone la necessità di indicare, in sede di offerta, le quote di esecuzione delle prestazioni fra i partecipanti al raggruppamento, in quanto requisito distintivo rispetto all'avvalimento"*. Si è poi precisata, **in aggiunta** *"(...) la necessità di presentare un impegno all'esecuzione da parte dei partecipanti al raggruppamento, con l'indicazione della parte del contratto cui si riferisce; inoltre la stazione appaltante può imporre vincoli esecutivi"* (p. 107).

Il **comma 3** ripropone, quale regola generale, l'applicazione del suddetto principio di neutralità delle forme giuridiche (di cui al citato art. 19, par. 2, della direttiva 2014/24/UE), con particolare riguardo ai raggruppamenti, rimarcando che gli RTI non possono essere obbligati ad assumere una forma specifica ai fini della partecipazione a una procedura di affidamento di contratti pubblici.

Il **comma 4** riproduce quanto già specificato all'art. 45, comma 3, del D.Lgs. n. 50/2016 (conformemente al dettato del citato art. 19, par. 2, della direttiva 2014/24/UE), prevedendo la possibilità che le stazioni appaltanti – ferma la regola generale di cui al precedente comma 3 dell'art. 68 in esame – prescrivano nei documenti di gara una determinata forma giuridica da assumere in relazione alle specifiche esigenze e caratteristiche dell'appalto da affidare e, altresì, le modalità con cui i raggruppamenti ottemperano ai requisiti speciali richiesti per l'affidamento, purché ciò sia proporzionato e giustificato da motivazioni obiettive.

Ai **commi 5, 6, 7 e 8** l'art. 68 *de quo* disciplina le regole di costituzione e funzionamento dei raggruppamenti, sulla base del conferimento del mandato, specificandone le regole senza recare novità al riguardo, in continuità con quanto previsto dalle precedenti previsioni di cui ai commi 12, 13, 15 e 16 dell'art. 48 del D.Lgs. n. 50/2016.

**In linea con la novità del superamento dell'istituto dei raggruppamenti verticali e orizzontali**, introdotta dal nuovo Codice in ossequio alle succitate pronunce della giurisprudenza comunitaria e interna, il **comma 9** della norma in questione prevede ora la **responsabilità solidale dei partecipanti al raggruppamento**, adeguando e implementando in tal senso quanto precedentemente disposto dall'art. 48, comma 5, del D.Lgs. n. 50/2016. Ciò anche in raccordo alle previsioni del menzionato comma 4 dell'art. 68 qui in rilievo, precisandosi sul punto che *"(...) Nel caso di cui al comma 4, lettera a) e nell'ipotesi in cui i concorrenti riuniti o consorziati indicati dal consorzio come esecutori, anche in parte, dei lavori dopo l'aggiudicazione costituiscono tra loro una società anche consortile, ai sensi del Libro V del Titolo V, Capi III e seguenti del codice civile, per l'esecuzione unitaria, totale o parziale, dei lavori, la responsabilità solidale di cui al primo periodo concorre con quella del soggetto giuridico nel quale il raggruppamento temporaneo o il consorzio ordinario si sono trasformati a far data dalla notificazione dell'atto costitutivo alla stazione appaltante e, subordinatamente, alla iscrizione della società nel registro delle imprese"* (v. art. 68, comma 9, del D.Lgs. n. 36/2023).

Si segnala peraltro che, in occasione della disamina svolta sul testo del Codice ad opera della competente commissione parlamentare, era stato richiesto, in ordine al dettato del comma 9 in oggetto, di valutare *"(...) l'opportunità di escludere più chiaramente i comportamenti elusivi della stessa, sostituendo il riferimento al Libro V del Titolo V, Capi III e seguenti del codice civile con quello all'articolo 31 dell'Allegato II.12"* (v. parere del 21 febbraio 2023, all. I, p. 57, lett. dd).

Il **comma 10**, ricalcando pedissequamente le previsioni dell'art. 45, comma 5, del D.Lgs. n. 50/2016, stabilisce la possibilità di richiedere ai raggruppamenti di operatori economici condizioni per l'esecuzione di un appalto o di una concessione diverse da quelle imposte ai singoli partecipanti, così conferendo continuità alla normativa in punto di attuazione del ridetto art. 19, par. 2, della direttiva 2014/24/UE (richiamato dalla menzionata sentenza della Corte di Giustizia UE del 28 aprile 2022, C-642/20).

Come evidenziato dalla suddetta Relazione illustrativa, il **comma 11** dell'art. 68 in argomento *"(...) stabilisce che i raggruppamenti temporanei e i consorzi ordinari sono*

*ammessi se gli imprenditori partecipanti al raggruppamento, ovvero gli imprenditori consorziati, sono in possesso dei requisiti relativi alla capacità economica e finanziaria e alle capacità tecniche e professionali (Cons. St., sez. V, 31 marzo 2022, n. 2367), ferma restando la necessità che l'esecutore sia in possesso dei requisiti prescritti per l'esecuzione. Ivi è stata aggiunta (secondo periodo) la previsione di rinvio alle disposizioni contenute negli artt. da 60 a 96 del d.P.R. n. 207 del 2010" (p. 108). Siffatta disposizione, quindi, **estende anche ai contratti pubblici di servizi e forniture una regola generale – il necessario possesso dei requisiti prescritti per l'esecuzione da parte di ciascun operato del raggruppamento, in rapporto alla quota di prestazioni che lo stesso operatore deve realizzare** – sin qui stabilita espressamente soltanto per gli appalti di lavori pubblici (cfr. art. 92, comma 2, del D.P.R. n. 207/2010), come acclarato da recente giurisprudenza pronunciatasi in materia<sup>25</sup>.*

Il **comma 12** dell'art. 68 in esame recepisce in questa sede l'istituto delle **imprese c.d. "cooptate"** - in precedenza contenuto nell'art. 92, comma 5, del D.P.R. n. 207/2010 - prevedendo "*(...) che, laddove il singolo concorrente o i concorrenti che intendano riunirsi in raggruppamento temporaneo possiedano i requisiti previsti dall'art. 68 medesimo, essi possano raggruppare altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando, a condizione che i lavori eseguiti da queste ultime non superino il venti per cento dell'importo complessivo dei lavori e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna sia almeno pari all'importo dei lavori che saranno ad essa affidati*" (cfr. p. 108 della citata Relazione illustrativa).

Il **comma 13** prevede che i partecipanti al raggruppamento e al consorzio ordinario debbano possedere i requisiti generali "*(...) in continuità con il regime vigente (desumibile*

---

<sup>25</sup> V. Consiglio di Stato, sez. V, 24 maggio 2022, n. 4123; id., sez. IV, 4 gennaio 2021, n. 39.

In particolare, per mezzo della citata pronuncia n. 4123/2022, i giudici di Palazzo Spada hanno accertato che, nel quadro della disciplina normativa antecedente al D.Lgs. n. 36/2023, "*(...) dopo la sentenza dell'Adunanza plenaria 28 aprile 2014, n. 27 non può dubitarsi che, negli appalti di servizi e forniture, non vige più ex lege il principio di necessaria corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa e la quota della prestazione di rispettiva pertinenza, essendo la relativa disciplina rimessa alle disposizioni della lex specialis della gara; rientra pertanto nella discrezionalità della stazione appaltante sia stabilire il fatturato necessario per la qualificazione delle imprese, sia la fissazione delle quote che devono essere possedute dalle imprese partecipanti ai raggruppamenti (ex multis, Cons. Stato, sez. V, 2 dicembre 2019, n. 8249; III, 17 giugno 2019, n. 4025; III, 22 maggio 2019 n. 3331; III, 26 febbraio 2019 n. 1327; III, 21 gennaio 2019, n. 487 e n. 488)*" (Cons. Stato, V, 12 febbraio 2020, n. 1101). Né la conclusione raggiunta trova smentita nel principio di diritto recentemente espresso con decisione dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio, 27 marzo 2019, n. 6, riferendosi quest'ultimo ai soli appalti di lavori (per i quali trova applicazione la disciplina speciale di cui all'art. 92, comma 2, del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207), laddove l'odierna vertenza concerne un appalto di servizi, per il quale trovano dunque applicazione i consolidati principi sopra richiamati" (Cons. Stato, V, 13 novembre 2019, n. 7805)".

dall'art. 48, comma 17 e ss. del decreto legislativo n. 50 del 2016)" (cfr. p. 108 della citata Relazione illustrativa).

Al **comma 14** dell'art. 68 *de quo* – in coerenza con quanto analogamente precisato in tema di consorzi non necessari al precedente art. 67, comma 4 – è stata inserita la disposizione ***"(...) in base alla quale la partecipazione alla gara in qualsiasi altra forma da parte del partecipante al raggruppamento determina l'esclusione del medesimo se sono integrati i presupposti della causa escludente dell'unico centro decisionale, sempre che l'operatore economico non dimostri che la circostanza non ha influito sulla gara né è idonea a incidere sulla capacità di rispettare gli obblighi contrattuali. E ciò in ragione di quanto sopra illustrato in seguito alla procedura di infrazione 2018/2273"*** (cfr. p. 108 della citata Relazione illustrativa). Rispetto al precedente regime normativo (cfr. art. 48, comma 7, del D.Lgs. n. 50/2016), il nuovo Codice muta quindi assetto, sotto tale specifico profilo, conformandosi ai principi europei che si connotano per un approccio sostanzialista e maggiormente inclusivo nella regolamentazione dell'accesso degli operatori economici, anche raggruppati, alle procedure di affidamento in oggetto. Viene meno così il precedente divieto assoluto di contemporanea partecipazione autonoma dell'operatore economico che partecipa alla stessa gara in forma raggruppata, agevolando una maggiore flessibilità in ordine alla sostituzione, in gara o in esecuzione, del soggetto raggruppato o consorziato (cfr. anche l'art. 97 del medesimo D.Lgs. n. 36/2023<sup>26</sup>).

---

<sup>26</sup> Per agilità di lettura e completezza, si riporta qui di seguito quanto disposto dal citato art. 97 del D.Lgs. n. 36/2023 rubricato "Cause di esclusione di partecipanti ai raggruppamenti":

*"1. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 96, commi 2, 3, 4, 5 e 6, il raggruppamento non è escluso qualora un suo partecipante sia interessato da una causa automatica o non automatica di esclusione o dal venir meno di un requisito di qualificazione, se si sono verificate le condizioni di cui al comma 2 e ha adempiuto ai seguenti oneri:*

*a) in sede di presentazione dell'offerta:*

*1) ha comunicato alla stazione appaltante la causa escludente verificatasi prima della presentazione dell'offerta e il venir meno, prima della presentazione dell'offerta, del requisito di qualificazione, nonché il soggetto che ne è interessato;*

*2) ha comprovato le misure adottate ai sensi del comma 2 o l'impossibilità di adottarle prima di quella data;*

*b) ha adottato e comunicato le misure di cui al comma 2 prima dell'aggiudicazione, se la causa escludente si è verificata successivamente alla presentazione dell'offerta o il requisito di qualificazione è venuto meno successivamente alla presentazione dell'offerta.*

*2. Fermo restando l'articolo 96, se un partecipante al raggruppamento si trova in una delle situazioni di cui agli articoli 94 e 95 o non è in possesso di uno dei requisiti di cui all'articolo 100, il raggruppamento può comprovare di averlo estromesso o sostituito con altro soggetto munito dei necessari requisiti, fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata. Se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, il raggruppamento non è escluso dalla procedura d'appalto. Se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, l'operatore economico è escluso con decisione motivata.*

*3. I commi 1 e 2 si applicano anche ai consorzi ordinari. Si applicano altresì ai consorzi fra imprese artigiane, nonché ai consorzi stabili limitatamente alle consorziate esecutrici e alle consorziate aventi i requisiti di cui i consorzi si avvalgono".*

Il **comma 15** ripropone la disposizione contenuta nel comma 9 dell'art. 48 del D.Lgs. n. 50/2016, che vieta l'associazione in partecipazione.

Il **comma 16**, a sua volta, disciplina gli effetti della violazione del divieto di cui al suddetto comma 14 dell'art. 6, ricalcando quanto già previsto dall'art. 48, comma 10, del del D.Lgs. n. 50/2016, in termini di esclusione dei concorrenti riuniti in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti, nonché di annullamento dell'aggiudicazione o di risoluzione del contratto.

Con il **comma 17** viene riprodotta nel nuovo Codice la previsione *ex art.* 48, comma 19, del D.Lgs. n. 50/2016, che consente la modifica del raggruppamento per mezzo del **recesso di uno o più operatori** – anche se il raggruppamento si riduce infine a un unico soggetto – sempre che le restanti imprese abbiano i requisiti di qualificazione. Siffatta previsione, che presenta come detto caratteri di continuità rispetto alle precedenti, omologhe disposizioni di legge in materia, costituisce, come noto, una deroga al principio di immodificabilità soggettiva del raggruppamento e, in tal senso, ammette solo in via eccezionale e in ipotesi circoscritte la possibilità di variare la compagine, in termini di riduzione del raggruppamento stesso e non di “addizione”, in ossequio ai principi di concorrenza, correttezza e trasparenza che presidiano gli affidamenti pubblici di che trattasi<sup>27</sup>. In buona sostanza, coerentemente con tali ultime indicazioni, pare lecito

---

<sup>27</sup> In tal senso Consiglio di Stato, Ad. Pl., 25 gennaio 2022, n. 2; 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”.*

---

Lo stesso Supremo Consesso, per mezzo della citata sentenza n. 899/2022, sempre con riguardo all'assetto delle precedenti previsioni di cui al D.Lgs. n. 50/2016, ha ripercorso i recenti arresti giurisprudenziali che hanno caratterizzato il dibattito sul tema, rimarcandone gli approdi conclusivi come in appresso:

*"3.1. Ai sensi dell'art. 48, comma 9, del Codice dei contratti: "è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei ... rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta".*

*Tale regola (immutabilità soggettiva dei concorrenti) soffre di due eccezioni: la prima è prevista dal successivo comma 17 e riguarda la "mandataria", la quale può essere sostituita al ricorrere di alcune tassative ipotesi e, tra queste, anche in caso di concordato preventivo (come nella specie). Condizione di fattibilità di tale sostituzione è che l'impresa subentrante abbia gli stessi requisiti di qualificazione necessari per eseguire l'appalto; la seconda eccezione è prevista dal comma 18 e riguarda la "mandante", la quale può essere sostituita al ricorrere delle stesse ipotesi (sottoposizione a fallimento o comunque ad altre procedure concorsuali) ed alle stesse condizioni di cui al comma 17.*

*La questione della modificazione soggettiva è stata nel tempo risolta, dalla giurisprudenza, nel senso che essa debba avvenire soltanto "per sottrazione" (ossia mediante subentro di soggetti già appartenenti al raggruppamento) e mai "per addizione" (ossia mediante soggetti esterni al raggruppamento medesimo).*

*La sostituzione unicamente interna riguarda la figura sia del mandatario (comma 17) sia del mandante (comma 18).*

*In questi esatti termini si è definitivamente indirizzata la Adunanza plenaria, con sentenza n. 10 del 27 maggio 2021, la quale ha ribadito l'impossibilità di ricorrere ad un soggetto esterno all'ATI per la sostituzione non solo della mandataria ma anche della mandante. Questi in sintesi i passaggi salienti della giurisprudenza che ha avuto modo di occuparsi di questa tematica:*

*3.1.1. Già il Consiglio di Stato, Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8, aveva affermato che: "Il principio di immutabilità 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" (principio della parità di trattamento).*

*3.1.3. Di qui la netta tendenza a privilegiare sostituzioni di carattere soltanto "interno" al raggruppamento (le imprese uscenti vengono dunque sostituite da altri soggetti già presenti nel raggruppamento) e non "esterno" ad esso, ossia mediante il ricorso a soggetti estranei al raggruppamento. La stessa Adunanza plenaria n. 10 del 27 maggio 2021 ha così affermato che tali modifiche soggettive sono ammesse nella sola misura in cui queste operino "in riduzione, anziché in aggiunta o in sostituzione, e quindi solo internamente e senza innesti dall'esterno del raggruppamento". Tali modificazioni, in altre parole, debbono eventualmente svolgersi "senza l'addizione di nuovi soggetti che non abbiano partecipato alla gara" (punto 15). Del resto, come anche di recente espresso dalla Adunanza plenaria n. 2 del 25 gennaio 2022:*

*"la modifica sostituiva 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";*

*3.1.4. Quanto alla possibile distinzione tra le due figure della mandataria e della mandante, la Adunanza plenaria n. 10 del 2021 ha così affermato che: "La sostituzione esterna non è consentita né per la figura della mandataria né per quella della mandante e, in senso contrario, non assume alcun rilievo sul piano letterale né deve trarre in errore la diversa formulazione del comma 17 al rispetto al comma 18 dell'art. 48 del codice dei contratti pubblici, perché il riferimento del comma 18 all'operatore economico "subentrante" non allude certo all'ingresso nel raggruppamento di soggetto esterno, ma semplicemente alla struttura stessa del raggruppamento, che presuppone una pluralità di mandanti, e al subentro, appunto, di un mandante in possesso dei prescritti requisiti di idoneità ad altro mandante, salvo l'obbligo, per il mandatario, di eseguire direttamente le prestazioni, direttamente o a mezzo degli "altri mandanti", purché abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori e ai servizi o fornitura "ancora da eseguire" (punto 33.1);*

ritenere a tutt'oggi, anche nella rinnovata cornice legislativa dell'art. 68 del D.Lgs. n. 36/2023, che la modificazione soggettiva del raggruppamento possa avvenire soltanto "per sottrazione" (mediante subentro di soggetti già appartenenti al raggruppamento) e mai "per addizione" (mediante soggetti esterni al raggruppamento medesimo).

Il **comma 18** riproduce i contenuti dell'art. 48, comma 19-*bis*, del D.Lgs. n. 50/2016, disponendo l'applicabilità del recesso di cui al precedente comma 17 del medesimo art. 68 del nuovo Codice ai soggetti di cui all'art. 65, comma 2, lett. b) c), d) e f) di quest'ultimo provvedimento, ovverosia rispettivamente a consorzi di cooperative, consorzi tra imprese artigiane, consorzi stabili e consorzi ordinari di concorrenti.

Il **comma 19** ricalca la previsioni ex art. 48, comma 11, del D.Lgs. n. 50/2016, contemplando 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 di dialogo competitivo<sup>28</sup>.

---

*3.1.5. La stessa Adunanza plenaria n. 10 del 27 maggio 2021 ha dunque stabilito in sintesi che: a) le modificazioni soggettive dei raggruppamenti sono solo quelle a carattere "interno" (dette anche "per sottrazione" od ancora "per riduzione"), ossia dove le sostituzioni sono sì ammesse ma soltanto attraverso altri soggetti del raggruppamento stesso (ed in possesso dei necessari requisiti per eseguire la commessa); b) una tale limitazione riguarda sia la figura del mandatario, sia quella del mandante".*

<sup>28</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", ovverosia non già ammessi e prequalificati" nella stessa gara, si sono invero registrati orientamenti giurisprudenziali contrastanti, 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);
- dall'altro, 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

Il **comma 20** della norma in questione, in continuità rispetto a quanto già previsto dall'art. 48, comma 14, del D.Lgs. n. 50/2016, contempla infine l'applicabilità delle disposizioni contenute nell'art. 68 qui in esame alla partecipazione alle procedure di affidamento delle aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete.

---

mirata questa scelta, ovverosia 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 reputano ammissibili 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 procedurali (procedure ristrette, negoziate, dialogo competitivo) 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" (cfr. 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).